

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

KAROLINA GAMA CARNAÚBA AZEVEDO

**A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DE MEIOS COLETIVOS
PROCESSUAIS**
**O “ativismo judicial” analisado nos julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª
Região.**

MACEIÓ
2015

KAROLINA GAMA CARNAÚBA AZEVEDO

**A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DE MEIOS COLETIVOS
PROCESSUAIS**
**O “ativismo judicial” analisado nos julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª
Região.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Neoconstitucionalismo. Linha de pesquisa: Direitos Sociais, Difusos, e Controle das Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell

MACEIÓ
2015

RESUMO

A prolixidade da Constituição Federal de 1988 – ao prever uma gama diversa de direitos individuais, coletivos e sociais, entre outros – permitiu uma alteração no paradigma jurídico, que passando a encarar tais direitos como vinculativos, engendrou na possibilidade fática de questioná-los judicialmente diante de condutas omissivas/comissivas do Estado. Apesar de figurar como fenômeno mundial, já identificado em diversos ordenamentos jurídicos em períodos históricos diversos, a judicialização de direitos, sobretudo de direitos sociais, é, no Brasil, fenômeno verificado após a promulgação desse texto constitucional de 1988. Os direitos sociais destacam-se dos demais devido ao caráter predominantemente prestacional que possuem, exigindo do Poder Público condutas positivas, no sentido de efetivar os direitos previstos no artigo 6º da vigente Constituição Federal. É inegável que a via precipuamente utilizada para a obtenção de prestações judiciais é a individual. Defende-se a utilização de uma tutela coletiva, por permitir que sejam analisadas as problemáticas que envolvam a concretização dos direitos sociais de maneira mais abrangente, além de tratar de uma maneira igualitária os envolvidos na contenda. Dando elementos concretos a essa análise, ainda, é promovida análise regionalizada da utilização da tutela coletiva, especialmente no que concerne à atuação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Há que se reconhecer que a atuação judicial, mesmo meritória, é ainda insuficiente quando se trata de tutela coletiva de direitos sociais. Sendo assim, define-se como objetivo deste trabalho a análise da possibilidade e a pertinência da utilização da via coletiva quando da concretização de direitos sociais.

Palavras-Chave: Direitos Sociais; Tutela Coletiva; Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The prolixity of the Federal Constitution of 1988 - providing a diverse range of individual, collective and social rights, among others - led to a change in the legal paradigm, with the possibility to face such rights as binding, bringing forth the possibility of question them judicially before the occurrence of state omissive/active behavior. Despite being a global phenomenon, identified in many legal systems throughout history, the judicial control of public policy, especially on social rights is, in Brazil, a phenomenon that starts after the promulgation of the 1988 Constitution. Social rights stand out from the others due the prestacional feature they possess, requiring positive behaviors of the Government in order to give effect to the rights provided in Article 6 of the current Federal Constitution. It is undeniable that the primarily way used for obtaining judicial benefits is the individual suit. Advocating the use of a collective protection by enabling the issues involving the implementation of the rights of members will be analyzed more comprehensively, and effectively treat an equal way involved in the strife. Giving more evidence, in this analysis also is promoted regionalized analysis of the use of collective protection, especially in relation to the performance of the Federal Regional Court of the 5th Region. It must be recognized that, even meritorious, judicial action is still insufficient when it comes to collective protection of social rights. Thus, we define the objective of this work to examine the possibility and appropriateness of collective suits when the realization of social rights.

Keywords: Social Rights; Collective Protection; Judicial Activism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	DOS DIREITOS SOCIAIS	12
2.1	Aspectos introdutórios.....	12
2.2	Evolução histórico-jurídica dos direitos sociais	12
2.3	O tratamento dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988	20
2.4	Tutela jurisdicional das políticas públicas voltadas à execução de direitos sociais²³	
3	DA TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	28
3.1	Concepções iniciais acerca da tutela coletiva	28
3.2	Dos instrumentos processuais de tutela coletiva	34
3.2.1	Da ação popular	34
3.2.2	Da ação civil pública	37
3.2.3	O mandado de segurança coletivo	46
3.3	A tutela coletiva como instrumento processual apto a concretizar direitos sociais⁴⁸	
4	O ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA TUTELA COLETIVA	50
4.1	O ativismo judicial como fenômeno mundial.....	50
4.2	O “ativismo social” de direitos sociais: o protagonismo do judiciário brasileiro após a promulgação do texto constitucional de 1988 – a defesa de um “ativismo judicial” moderado.....	56
4.3	O ativismo judicial no Brasil e a visão dworkiana do juiz héracles	61
4.3.1	Ronald Dworkin e a defesa de um juiz Héracles.....	63
4.3.2	Críticas à teoria dworkiana	67
4.4	O poder do judiciário e o orçamento: o conflito entre a “reserva do possível e o mínimo existencial” – a importância da discussão na tutela coletiva de direitos sociais .	70
5	A ANÁLISE REGIONAL.....	79

5.1	O ativismo judicial em ações coletivas que buscam a efetivação de direitos sociais em julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região	79
5.2	A análise regional por espécie de direito social	80
5.2.1	Direito social à educação	80
5.2.2	Direito social à moradia.....	93
5.2.3	Direito social à saúde.....	97
5.2.4	Direito social à previdência social	108
5.2.6	Direito social à segurança pública	111
5.3	O posicionamento regional perante o cenário nacional	112
5.3.1	Direito social à saúde.....	112
5.3.2	Direito social à educação	114
5.3.3	Direito social à segurança pública	116
5.3.4	Demais direitos sociais	119
5.4	Diagnóstico da situação atual e propostas	119
6	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	130

1 INTRODUÇÃO

É com o advento do Estado Democrático do Direito que se observa o surgimento de uma inovação na configuração jurídica, impulsionada por um novo papel assumido pelo Estado consequente de um constitucionalismo voltado a sobrelevar a função hermenêutica do direito. Situações que impulsionaram essa nova conjectura são diversas, podendo-se citar como principais: o caráter principiológico dos textos constitucionais, o reconhecimento da força normativa da Constituição que causou a formação de seu caráter compromissório e diretivo e o crescimento das demandas sociais apoiadas nos mecanismos de acesso à justiça que buscam, através do Poder Judiciário, a concretização de direitos¹.

A alteração de paradigma ocorrida – no contexto brasileiro – após a edição da Constituição Federal de 1988, quando da previsão – particularmente prolixa – de uma gama de direitos individuais e coletivos, dotados, em sua maioria, de previsão textual liquefeita, com termos jurídicos de espectro interpretativo dilatável, requereu do Estado prestações positivas, perpetrando a ideia de um Estado intervencionista, que se dedica à procura de uma otimização do ambiental social, através da aplicação direta de políticas públicas neste sentido².

A efetivação desses direitos é questão intrincada, pois “o desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subhumanidade em que se encontra quase um terço de sua população”³. Nesse contexto, o Judiciário destaca-se ao procurar sanar as omissões clássicas a que o Poder Público brasileiro parecia estar habituado. Não são raras decisões judiciais que determinem ao Poder Público o dever de prestar o correspondente direito. A concessão de remédios, então, é – até hoje – uma das causas mais corriqueiras e, conseqüentemente, mais discutidas pela doutrina especializada. É de acordo com essa faceta que o texto constitucional dedicou espaço para os denominados direitos sociais, uma clara preocupação do Constituinte em promover a integridade física do homem, aliada às noções de dignidade da pessoa humana, de solidariedade e de igualdade, com objetivo de atingir a justiça social. São, em consonância com os esclarecidos termos de Robert

¹ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 343-367. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 05 de julho de 2014, p. 344.

² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Organizadora: Maria Paula Dallari Bucci. p. 01- 49. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 05.

³ Op. cit., p. 10.

Alexy, “os direitos do indivíduo frente ao Estado, a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-los também de particulares”⁴.

Tais direitos cuidam – precipuamente – de prestações positivas, que devem ser oferecidas pelo Estado de maneira direta ou indireta, com o desígnio de permitir melhores condições de vida aos menos abastados, como maneira de promover uma isonomia entre as diversas classes pertencentes à sociedade. Seu caráter prestacional positivo torna possível ao indivíduo a assunção de uma postura de exigência perante o Estado, para que este efetive prestações positivas e materiais a que está vinculado e garanta o devido cumprimento de tais direitos⁵.

Fica claro o caráter insurrecional com o intuito de transformar direitos humanos com conteúdo social em um projeto político, e exatamente pelo fato de surgirem dentro do contexto jurídico com facetas políticas tão diversas (ao contrário dos demais direitos fundamentais) que os direitos sociais enfrentam tantos impasses doutrinários⁶. Um desses empecilhos está relacionado à própria imprecisão que esses direitos sociais apresentam dentro da Constituição. Isso porque, ao prever tão somente, *v. g.*, o direito social à moradia, o texto constitucional não estabelece quais serão as prestações ou critérios compatíveis com a efetivação de tal direito social⁷.

E a despeito de contemporaneamente o governo brasileiro ter passado a assumir uma postura voltada à erradicação dos índices de desigualdade, através da criação de inúmeros programas de caráter assistencialista, não restam dúvidas de que o descompasso entre a realidade e o estabelecido no texto constitucional é manifesto. Não é rara, portanto, a utilização da via judicial para preencher as lacunas deixadas pelas escolhas de política pública.

As críticas ao novo posicionamento do Poder Judiciário, por conseguinte, não tardaram a aparecer. A cardeal é a de que o Judiciário estaria usurpando poderes que não lhe teriam sido constitucionalmente concedidos, invadindo o espectro discricionário do Poder Executivo e sua execução de políticas públicas. Diante da tomada, pelo Poder Judiciário, do protagonismo na efetivação de direitos, surge à baila a discussão acerca do “ativismo judicial”. Sobre o assunto,

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 482.

⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 289.

⁶ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 05-24. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 07.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp.284-285.

muitos autores, tal como Lênio Streck, creditam a razão de sua origem – que começa a ser avistada com a efetivação da jurisdição constitucional – como solipsista, ofendendo a democracia ao passo que colocaria na mão de um poder não eleito democraticamente a determinação dos rumos e avanços do ordenamento jurídico⁸. Contudo, a exaltação oportuna do princípio da separação dos poderes não logrou, ao menos para a maioria da doutrina, evitar a possibilidade do Judiciário concretizar judicialmente direitos, desde que estes possuam reconhecido nível de justiciabilidade⁹.

Para além da simples discussão da sindicabilidade judicial desses direitos, propõe-se esse trabalho submeter-se a um novo aspecto: a tutela dos direitos sociais em âmbito coletivo. Isso porque, como será analisado, a simples submissão de análises individuais de direitos sociais acabam afastando o magistrado da necessária análise de questões essenciais para a concessão de tutela judicial, tal como uma simples apreciação das próprias consequências do julgado. Assim, propõe-se, e esmiúça-se, o estudo da utilização da via coletiva para promover a concretização dos direitos ditos sociais.

Como é possível verificar, a problemática apresentada transborda os limites do mero formalismo legal, partindo para ramos que nunca devem ser ignorados por um estudante do Direito, sendo conveniente, portanto, reconhecer a importância social que advém de seu estudo, ao passo que seus resultados afetam diretamente direitos que interessam e, principalmente, pertencem a toda a coletividade. A hipótese teórica básica, portanto, é a seguinte: seria possível ao Judiciário, dentro do julgamento específico da tutela coletiva, transpor os limites de suas competências originárias e controlar efetivamente as políticas públicas, na área dos direitos sociais, em defesa da execução de preceitos constitucionais? Se possível, este seria o caminho mais adequado? E quais seriam seus limites?

O objetivo genérico deste trabalho é promover uma análise da tutela coletiva como ferramenta, existente no ordenamento jurídico, que possuiria a capacidade de efetivar os direitos fundamentais sociais previstos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. Em outros termos, será examinada a legitimidade da tutela coletiva e do próprio Poder Judiciário no exercício do controle judicial das políticas públicas no âmbito da persecução de direitos sociais, ou seja, verificar-se-á a possibilidade e a ocorrência fática de decisões judiciais em sede de lide coletiva de cunho eminentemente político, que invadam a discricionariedade

⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

⁹ MARANHÃO, Clayton. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. **Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. Coordenadores: Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. p. 159-169. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 166-167.

administrativa de maneira velada e promovam atitudes de cunho ativista. Estabelecidos os conceitos teóricos com o subsídio de uma revisão de literatura sobre o tema, faz-se necessária uma análise jurisprudencial, focada nas decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de modo a verificar – através de uma análise dos casos concretos – o posicionamento do Judiciário regional acerca do problema apresentado.

Assim, estruturar-se-á esse trabalho em quatro capítulos. Em um primeiro momento, serão analisados aspectos específicos acerca do desenvolvimento dos direitos sociais. Para isso, serão verificados seu conteúdo histórico até o tratamento dispendido pela Constituição Federal de 1988. Em seguimento, será realizada uma análise do fenômeno da judicialização de direitos no contexto brasileiro e, de maneira mais específica, da tutela jurisdicional concedida aos direitos fundamentais sociais.

Em um segundo momento, o objeto do trabalho será a própria tutela coletiva, quando serão analisados os aspectos relevantes ao estudo em questão, apresentando-se, assim, uma evolução histórica, da aptidão para a concretização dos famigerados direitos sociais.

No terceiro capítulo, cingem-se as temáticas anteriores e passa-se a analisar, dentro de um contexto dos direitos sociais, a hipótese do “ativismo judicial”. Para isso, será analisado aspectos acerca do desenvolvimento histórico do fenômeno, em nível mundial e nacional. E, por derradeiro, o conflito entre a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”.

Por fim, em um quarto, e último, capítulo, será realizada uma análise regional acerca do tema proposto. Pesquisando-se, portanto, acerca do ativismo judicial em sede de procedimentos coletivos que buscaram a efetivação de direitos sociais nos julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com a análise de dados estatísticos e de decisões emblemáticas. Logo após será realizado um estudo comparado de estatísticas: o posicionamento regional perante o cenário nacional para, por fim, apresentar um diagnóstico da situação atual e propostas cabíveis.

Objetivando uma realização satisfatória do objetivo final querido, a metodologia desenvolver-se-á, inicialmente, através de uma revisão de literatura, com a análise de obras e artigos jurídicos, da legislação aplicável, da jurisprudência contemporânea, com maior incidência nas decisões emanadas pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Além disso, será promovida uma análise de casos práticos específicos com o objetivo de dar maior arcabouço material à problemática. Haverá, ainda, coleta de dados estáticos com o desígnio de dar maior estrutura fática às matérias que serão discutidas no decorrer do trabalho acadêmico.

Ao tratar a respeito de questões que não se limitam ao mero discurso procedimental jurídico, a pesquisa aprofundada da tutela coletiva – dentro do paradigma de que é, no ordenamento jurídico atual, instrumento determinante à efetivação, em casos concretos

específicos, dos direitos fundamentais sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, nos termos da nossa constituição – apresenta-se salutar, tanto ao entendimento do instituto *de per si*, como para uma conscientização das fronteiras que sua utilização é capaz de transpor.

2 DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 Aspectos introdutórios

Dado o fato de que objeto de discussão desse trabalho refere-se à análise da concretização de direitos de caráter social, faz-se vinculante o estudo desta categoria de direito antes de adentrar-se no objeto central de discussão, qual seja: a concretização desses direitos através da tutela coletiva. Sendo assim, com o objetivo de dar definição aos parâmetros preliminares fundamentais, faz-se necessária a apresentação de como se desenrolou a evolução da concepção histórica dos famigerados direitos sociais – tanto no plano internacional, quanto no plano interno – para atingirmos a discussão acerca da sua justiciabilidade.

2.2 Evolução histórico-jurídica dos direitos sociais

Até o advento do século XVIII, a cidadania – e, conjuntamente, a possibilidade de exercer direitos – estava limitada a um reduzidíssimo grupo de aristocratas. A grande maioria da população pertencia às classes ditas populares e estava excluída do exercício da cidadania e, por consequência, de qualquer espécie de direito juridicamente tutelado. Os direitos existentes, por sua vez, eram pertencentes aos chamados homens livres, demonstrando uma concepção individualista dos direitos até então reconhecidos juridicamente¹⁰. Desenvolvidos dentro de uma matriz notadamente liberal, e subsumidos aos valores característicos dessa matriz, esses direitos individuais (também denominados doutrinariamente de clássicos, de defesa, negativos, e de primeira geração ou dimensão) foram encarados como basilares pelas revoluções liberais e se caracterizam, essencialmente, por promover limites à intervenção do Estado e de terceiros ao âmbito tutelado pelo direito específico. Esses direitos são, ainda, considerados como fundamentais, o que, numa concepção liberal, significa, como bem explica Josué Mastrodi, “ao contrário de dar força e efetividade aos direitos, é a estrutura racional da matriz que se reforça pois, segundo a lógica de sua estrutura, os direitos só podem ter eficácia se puderem ser legitimados pelos fundamentos de seu próprio sistema”¹¹.

¹⁰ KELLER, Arno Arnoldo. **O Descumprimento dos Direitos Sociais: Razões Políticas, Econômicas e Jurídicas**. São Paulo: LTR, 2001, pp. 32-33.

¹¹ MASTRODI, Josué. **Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 76.

Apesar da inegável evolução concedida pelas liberdades públicas durante a Era Moderna principalmente no desenvolvimento da economia de mercado, em contraponto às arbitrariedades estatais do período anterior, percebeu-se que não havia uma adequação aos anseios da maioria populacional (que não eram titulares de direitos individuais). A razão é simples: as ditas liberdades públicas, caracterizadas por uma predominância de uma dimensão negativa, de abstenção, ao cingir sua titularidade a certo grupo específico de indivíduos, os aristocratas, induziam a um crescimento do abismo que separava a classe dominante e a maioria absoluta das pessoas, aos quais os direitos em questão eram denegados. Assim, com o desenvolvimento de uma nova matriz de pensamento, abrange-se a titularidade dos direitos, com o claro objetivo de promover uma diminuição das desigualdades e a promoção de um mínimo existencial, originando o desenvolvimento de uma nova concepção de direito, agora predominantemente prestacional, de caráter positivo, cuja promoção, implementação e garantia dependem, precipuamente, de atuação estatal¹².

Em outras palavras, os direitos considerados como sociais são encarados, em um primeiro momento, não como direitos contrapostos à vontade estatal, mas direitos que somente poderiam ser efetivados, atingindo assim seu fim de satisfazer as necessidades sociais básicas do homem, através da força estatal. Tal necessidade acaba por conjecturar uma de suas principais características, qual seja, a da necessidade da intervenção estatal em favor de determinado direito social de modo a garantir-lhe eficácia e efetividade. Seriam, deste modo, direitos a perceber prestações, tanto pela sociedade e/ou pelo Estado, de serviços públicos capazes de promover uma igualdade de oportunidades aos membros de determinado grupo social. São encarados, deste modo, como uma concretização das liberdades públicas de matriz liberal, antes existentes somente no plano metafísico. Em miúdos, “os direitos sociais nada são senão as liberdades públicas em sua dimensão objetiva. Não podemos imaginar direitos mais fundamentais que este”¹³.

A concepção centrada no conteúdo legal – onde a fonte basicamente exclusiva de conteúdo jurídica sobrevinha da lei editada por um parlamento, inexistindo uma concepção de normatividade do texto constitucional – predominante no velho continente até o advento da Segunda Guerra Mundial, encarava o texto constitucional como simples programa político em que o legislador deveria buscar inspiração, mas que não engendrava a configuração de um direito subjetivo, capaz de permitir uma vindicação em sede judicial. Assim, “os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam,

¹² Op. cit, pp. 77-78.

¹³ Op. cit, p. 82.

em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos”¹⁴.

É durante o período entre guerras que a discussão acerca da constitucionalização dos direitos sociais ganha assento de importância na discussão jurídica. Denominado de “constitucionalismo social”, esse movimento caracteriza-se, portanto, pela inclusão de cláusulas de conteúdo econômico e social dentro dos textos constitucionais¹⁵. A concepção individualista da sociedade começa a se submeter a um caminho contínuo (por vezes interrompido) em destino ao reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, caracterizando-se como primeiro passo a Declaração Universal dos direitos do homem, em 1948¹⁶.

Então, somente após a Segunda Guerra Mundial, primeiramente na Alemanha e na Itália (com o fim das ditaduras de direita), e, mais tardiamente, na Espanha e em Portugal, houve uma alteração do paradigma filosófico-jurídico. Ao perceber-se que um afrouxamento legal, aliado às maiorias políticas, poderia permitir a ocorrência de barbáries (tais como ocorreu com o episódio do nazismo alemão), o poder constituinte ulterior desses países, traumatizados pelos recentes acontecimentos, passou a editar constituições que buscavam fortalecer a jurisdição constitucional, com a criação de mecanismos capazes de permitir uma proteção de direitos fundamentais até mesmo ao Poder Legislativo. Enxerga-se, nesse ponto, uma aproximação entre a concepção de Constituição por esses países europeus e aquela já há muito existente nos Estados Unidos, onde – desde o início de seu constitucionalismo – a Constituição é vista como autêntica norma jurídica, limitadora do exercício do Poder Legislativo e justificadora de invalidação de leis. Contudo, as Constituições europeias foram além. Ao contrário do texto constitucional americano organizado de maneira sintética, dedicando-se apenas a estabelecer questões básicas relacionadas à organização do Estado e a previsão de poucos direitos individuais¹⁷, as Constituições europeias surgidas no período pós-guerra desviam-se do caráter procedimental da carta magna americana, propugnando por documentos carregados por normas de alto teor axiológico, passando a tratar de temas que, historicamente, não eram tratados dentro do texto constitucional, tais como: economia, relações de trabalho e a família. Outras, vão ainda

¹⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Organizador: Marcelo Novelino, p. 31-68. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 34-35.

¹⁵ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 5-25. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004, pp. 4-5.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. Op. cit, p. 35.

mais além e trazem em companhia aos já tradicionais direitos individuais e políticos, os direitos sociais de natureza eminentemente prestacional¹⁸.

O primeiro aparecimento constitucional desses direitos sociais, contudo, é associada à Constituição do México, em 1917, sendo tal modelo seguido também pela Constituição da República Alemã, de 1919. Apesar da previsão textual, é inegável que os dispositivos referentes aos direitos sociais não possuíam aplicabilidade imediata, passando por um período de baixa normatividade e pouca eficácia. Isso se deve, principalmente, pelo fato desses direitos necessitarem do Estado para que atinjam sua concretude. São direitos que, apesar de não figurarem como originalmente opostos ao Estado, precisam desse Estado, que fica responsável por prover certas prestações materiais. Relacionados a uma concepção de Estado Social, tais direitos caracterizam-se por dar uma prevalência aos direitos coletivos perante os individuais. Assim, através da legislação, de atos administrativos e do serviço público, o Estado tem a responsabilidade constitucional de “definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos”¹⁹.

Percebe-se, portanto, que as Constituições de caráter social, que surgiram durante o decorrer da primeira metade do século XX, primam pela definição de uma configuração política do econômico e do social através de desígnios do Estado. Isso ocorre pelo desenvolvimento da concepção do sufrágio universal e pelo reconhecimento da necessidade de intervenção estatal em setores economicamente desfavorecidos. Assim, a intensificação da participação popular, através da ampliação do conceito de cidadania, irradiou como efeitos a anexação de conteúdos econômicos e sociais nas constituições elaboradas durante o referido período²⁰.

O direito sempre se vê influenciado pelos fenômenos sociais e políticos a que está submetido, tal foi o caso do ato de codificação dos direitos do homem, com o seu início no século XVIII, caracterizando-se como uma clara tentativa de constitucionalizar um movimento insurrecional. Não foi diferente no caso dos direitos de conteúdo social, inclusive, pode-se afirmar que a intenção de constitucionalizar um projeto político foi expressada, nesse caso, de forma ainda mais direta. Porém, de maneira diversa à ocorrida com os direitos individuais e políticos, os direitos sociais sempre aparecem como uma revolução que não atingiu sua

¹⁸ Op. cit, p. 36.

¹⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 19-20.

²⁰ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1946). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 25-61. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 55-56;

conclusão, não só do ponto de vista dos movimentos falharem na realização do programa político original, quanto na necessidade – imposta pelo positivismo – desses direitos serem incluídos necessariamente dentro do ordenamento jurídico²¹.

Quanto à específica história constitucional brasileira nesse sentido – que até o momento viu a edição de oito constituições, respectivamente em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 – é notável que a maioria destas cartas constitucionais não tiveram a aptidão de limitar de maneira satisfatória a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados. A maioria destes textos tinha o claro objetivo de manter uma aparência de legitimidade do poder vigente, apesar de concretamente não submeterem esse poder a limites concretos. O processo político brasileiro, ao reverso do disposto apenas textualmente na maioria de seus textos constitucionais, foi marcado pela ocorrência de golpes e desvios das prescrições constitucionais vigentes, aliado ao autoritarismo, à confusão entre o público e o privado, à exclusão social e ao desrespeito aos direitos básicos de diversos segmentos da população. Contudo, como bem afirma Daniel Sarmento, a circunstância histórica e os problemas a ela característicos não ocasionaram a produção de textos constitucionais de baixa qualidade. Ao reverso do que poderia se concluir, é notório que a maior parte desses textos encontravam-se em clara sintonia com a tendências constitucionalistas da época. A grande problemática, por sua vez, não foi o texto, mas sim a falta de efetividade dessas constituições, pois não havia – de fato – instrumentos que fossem capazes de limitar de maneira efetiva as ações dos detentores dos poderes político, econômico e social. Assim, “Infelizmente, na nossa trajetória institucional, entre a realidade e o texto constitucional tem mediado sempre uma distância enorme”²².

Quanto ao trato específico dos direitos sociais, foi a Constituição de 1934 a responsável pela inauguração do constitucionalismo social dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Irrupendo o paradigma instaurado pelo modelo liberal adotado no texto constitucional anterior, o texto de 1934 passou a tratar de questões que jamais foram objeto de análise em constituições anteriores, tais como: a ordem econômica, as relações de trabalho, a família, a educação e a cultura²³.

Estes não estavam arrolados na declaração de direitos, mas nos títulos que cuidavam da “ordem econômica e social”, e da “família, da educação e da cultura”. Merece destaque o elenco de direitos trabalhistas, estabelecido no art. 121 da Constituição, dentre os quais figuravam o salário mínimo, o limite de oito horas de jornada de trabalho, o repouso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas e a indenização

²¹ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 5-25. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

²² SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 03-04.

²³ Op. cit, p. 31.

por dispensa sem justa causa. E o texto constitucional ainda falava em amparo aos desvalidos, à maternidade e à infância em socorro à família numerosa, em combate à mortalidade infantil (art. 138), bem como em ensino primário gratuito, de frequência obrigatória, e em tendência à gratuidade do ensino superior primário, visando a torná-lo mais acessível (art. 150, Parágrafo único, alíneas “a” e “b”). Enfim, na ordem jurídica brasileira, depois da Constituição de 1934, os direitos fundamentais não poderiam mais ser concebidos exclusivamente como direitos de defesa, que limitavam a ação do Estado. Agora, ao lado destes direitos negativos, surgiam direitos positivos, que reclamavam a atuação dos poderes públicos em seu favor, e não o absentismo estatal²⁴.

Contudo, o texto constitucional de 1934 vigorou por um curto período (entre julho de 1934 até novembro de 1937), até o início do chamado Estado Novo, já que os termos constitucionais democráticos da constituição até então vigente não se enquadravam aos anseios do regime instaurado e do clima social existente. A Constituição seguinte (1937), apesar do caráter eminentemente autoritário, promoveu importantes avanços no campo dos direitos sociais, como a continuidade no aprofundamento das conquistas trabalhistas, inclusive com o evento da edição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1943. Ao contrário do que ocorreu em terras ocidentais europeias, o advento do Estado Social no Brasil apresentou-se em moldes diversos. Na Europa Ocidental, em um primeiro momento, foram efetivados – não somente constitucionalmente previstos – os direitos individuais e políticos (também denominados de primeira geração), somente em momento posterior – em razão de pressões sociais e eleitorais das classes de menor poder aquisitivo – emergiram constitucionalmente os famigerados direitos sociais. No Brasil, contudo, durante a Era Vargas, quando os direitos sociais alcançaram sua consagração, a lógica era diversa. Havia uma concepção paternalista na existência dos direitos sociais, sendo considerados como favores decorrentes da generosidade de Getúlio Vargas (considerado “pai dos pobres”). Além disso, os direitos não eram garantidos de maneira universal, mas a determinadas categorias profissionais ou econômicas, conformando uma situação de clara “cidadania regulada”. Mas não era a pura previsão constitucional que faziam esses direitos – mesmo que de maneira discriminada – transbordarem o texto constitucional e atingir ares de concretude, a efetividade desses direitos sociais, durante o Estado Novo, baseou-se, na verdade, na vasta legislação editada à época e aos desígnios e inclinações ideológicas presidenciais. A Constituição seguinte, de 1946, retornou a busca por uma conciliação entre a democracia e o liberalismo dentro um Estado Social, possuindo como principal desígnio afastar-se do autoritarismo da Carta Magna de 1937, adotando instituições clássicas do liberalismo democrático (como a separação dos poderes e o pluripartidarismo), sem necessitar abandonar as conquistas trabalhistas e a intervenção do Estado na ordem

²⁴ Op. cit, pp. 33-34.

econômica, posições clássicas do Estado Social. Apesar disso, não trouxe pretensões muito inovadoras²⁵.

Como é sabido, duas constituições foram formuladas durante a Ditadura Militar no Brasil. A Constituição de 1967, diante da ausência de um bloco ideologicamente homogêneo entre os militares (parte defendia uma radicalização do regime, outra defendia uma utilização mais moderada da força), assim, dessa configuração política, surgiu uma carta constitucional que, apesar de concentrar verticalmente (com a centralização do pacto federativo) e horizontalmente (com a hipertrofia do Poder Executivo) o poder, preocupou-se em preservar certos aspectos liberais, mesmo que de fachada, prevendo, inclusive, extenso capítulo de direitos e garantias individuais²⁶. Postura que foi totalmente afastada pela Constituição de 1969, que trouxe incisivos retrocessos aos direitos fundamentais, tais como:

Autorizou-se o legislador a condicionar o ingresso do cidadão em juízo à prévia exaustão das vias administrativas (art. 160 §4º); criou-se nova restrição à liberdade de expressão, pela proibição de “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” (art. 160, §8º); e a incorporou-se à Constituição a possibilidade, estabelecida no AI-14, de imposição de pena de morte em outros casos além da guerra externa (art. 160, §11). Ademais, ampliou-se o prazo máximo do estado de sítio, afóra casos de guerra, de 60 para 180 dias (art. 156), e diminuiu-se o quórum para afastamento das imunidades parlamentares durante o seu interregno, de 2/3 para a maioria absoluta dos membros da casa legislativa respectiva (art. 157, Parágrafo único)²⁷.

É nesse contexto que exsurge, no plano internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), instrumento internacional de proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja adoção pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) ocorreu nos idos de 1966. O Brasil é um dos diversos signatários, ratificando o PIDESC apenas em 24 de janeiro de 1992, obrigando-se a promover e garantir todos os direitos promovidos no Pacto, tanto para adoção de políticas públicas e programas, quanto para promover ações compatíveis com sua efetivação para todos os seus cidadãos. Com o objetivo de dar efetividade ao PIDESC, em 1993, a Conferência de Viena promoveu uma série de recomendações, sendo as mais relevantes: a utilização de um sistema de indicadores como sugestão de critérios a serem examinados sob a égide do PIDESC, além de propugnar por um esforço harmonizado, com o objetivo de promover a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos planos nacional, regional e internacional²⁸.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais e Culturais (PIDESC) possui

²⁵ Op. cit, pp. 35, 44, 45 e 49.

²⁶ Op. cit, pp. 62 e 64.

²⁷ Op. cit., p. 72.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 13 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248.

como principal desígnio dar obrigatoriedade e vinculabilidade a preceitos jurídicos previamente estabelecidos na Declaração Universal através da *internacional accountability*, que – ao estabelecer obrigações legais aos Estados-partes – prevê a ocorrência de responsabilização internacional diante da violação de direitos estabelecidos no tratado internacional em questão. Assim, o PIDESC traz em seu bojo uma variada gama de direitos, desde o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e associar-se em sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, o direito à previdência social, o direito à saúde e o direito à participação na vida cultural da comunidade²⁹.

Como deveres direcionados aos Estados signatários, os direitos econômicos, sociais e culturais, que diversamente dos direitos civis e políticos (também tutelados por Pacto Internacional) dotados da denominada autoaplicabilidade, são submetidos a uma realização progressiva de seus preceitos³⁰, como estabelece expressamente o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Se a plena realização de relevantes direitos pode ser alcançada progressivamente, medidas nesta direção devem ser adotadas em um razoavelmente curto período de tempo, após o Pacto entrar em vigor em relação a determinado Estado. Estas medidas devem ser deliberadas e concretamente alcançáveis, da forma mais clara possível, no sentido de conferir cumprimento às obrigações reconhecidas no Pacto³¹.

Para promover o controle do cumprimento dessas obrigações pactuadas, o PIDESC possui um sistema de monitoramento baseado na apresentação de relatórios ou informes encaminhados para análise ao Comitê de Direitos Econômicos e Culturais (Comitê DESC). O Estado-parte fica responsável pelo envio do primeiro informe nos primeiros dois anos de ratificação do Pacto e, após, remeter novos informes a cada cinco anos para que o Comitê – após analisar o relatório ou informe enviado – emitir suas observações conclusivas, que apesar de não dotadas de força legal, servem como pressão internacional na proteção da garantia dos direitos humanos. Mesmo ratificando o Pacto em 1992, o Governo Federal somente apresentou seu primeiro informe ao Comitê DESC com sete anos de atraso (em 2001). Diante de tal inércia, a sociedade civil, em 2000, apresentou informe alternativo. Em tal documento, são delineados o cenário de cada um dos direitos vergastados no PIDESC.

Vale ressaltar, ainda sobre o tratamento internacional de direitos sociais, que a famigerada divisão de direitos em gerações ou dimensões (posicionando, por exemplo, os direitos civis e políticos em um patamar de primeira geração/dimensão e os direitos sociais em um de segunda geração/dimensão), apesar de possuir congruência com o desenvolvimento

²⁹ Op. cit., p. 242.

³⁰ Op. cit., p. 243.

³¹ Op. cit., p. 245.

histórico desses direitos, não poderá subentender qualquer compreensão de prevalência de uma dessas categorias de direito sobre outras. Inclusive, em Conferência promovida pela ONU em 1968, na cidade de Teerã, foi externado o caráter indivisível desses direitos e reconhecida a impossibilidade da concretização efetiva de direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em 1993, por sua vez, em uma segunda Conferência Mundial da ONU sobre direitos humanos, ficou consignado, no item 5 da Declaração de Viena, o seguinte³²:

Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presentes o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais³³.

Analisado os aspectos, conceitos e o histórico que justificaram o surgimento da figura dos direitos sociais tanto no ordenamento brasileiro, quanto no mundial, faz-se necessária a verificação dos termos acostados na Carta Magna brasileira vigente, não só pela sua atualidade, mas pela importância jurídica que o novo paradigma constitucional impôs ao tratamento dos direitos sociais no contexto nacional.

2.3 O tratamento dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988

A história constitucional brasileira avança diante da crise instalada durante a ditadura militar culminando no movimento que resultou na convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88. Houve, com o marco inicial durante o governo do Presidente Ernesto Geisel, uma lenta transição do regime de exceção instalado à democracia, com um processo de abertura política, mesmo que de maneira lenta e gradual. Foi um período em que a sociedade civil viu-se mais articulada e com reconhecida em uma capacidade reivindicatória (instituições de destaque, à época, foram a OAB, a ABI, a CNBB e o sindicalismo que ganhava nova forma no país)³⁴. Assim, a Constituição promulgada em 1988 representa “o coroamento do processo

³² CUNHA, José Ricardo. Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística ou sobre porque estamos diante de uma questão ética de primeira grandeza. In: **Direitos Sociais em Debate**. Organizadora: Cláudia Toledo. pp. 91-126. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 116.

³³ ONU, CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM Viena, 14-25 de Junho de 1993, DECLARAÇÃO DE VIENA E PROGRAMA DE ACÇÃO. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 14 de agosto de 2014.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80.

de transição do regime autoritário em direção à democracia”³⁵, tornando possível a promulgação de um texto constitucional compromissado com a democracia e com os direitos fundamentais, com uma fulgente defesa – lastreada pelo princípio da dignidade da pessoa humana – por uma mudança nas relações políticas, sociais e econômicas existentes, com o objetivo de fundar uma sociedade mais inclusiva. Por essas características, e pelo fato de não representar a solidificação de uma ideologia política, é que a Constituição de 1988 é denominada de compromissória, caracterizando-se como um fruto de um compromisso entre as diversas forças políticas e grupos de interesse participantes da Assembleia Constituinte, assim a Constituição refletiu o pluralismo de sua sociedade, trazendo preceitos baseados em ideologias nem sempre convergentes³⁶. Em consonância com essa característica, a Constituição de 1988 é vista como uma constituição dirigente, pois vai além da simples previsão de direitos de abstenção destinados a limitar o poder estatal e traz os já apresentados direitos prestacionais, estabelecendo metas e objetivos que deverão guiar a atividade estatal e a própria sociedade, com um claro objetivo de diminuir as desigualdades sociais. É inegável que a preocupação da Assembleia Constituinte de 1988 não se limitou a tratar dos direitos sociais de maneira quantitativa, diante do expressivo número de direitos sociais elencados no texto constitucional, é clara uma preocupação quanto aos termos qualitativos, tratando de traduzir um regime jurídico-constitucional dos direitos sociais. Infelizmente, apesar da afinidade da Constituição à essa categoria de direitos, as promessas realizadas estão distantes de serem efetivamente cumpridas em solo brasileiro³⁷.

Essa constitucionalização de direitos e deveres de matriz social não passa indene a críticas tanto no âmbito da doutrina brasileira, quanto internacional. Inclusive, apesar do desenvolvimento do sistema internacional de tutela dos direitos humanos, muitas constituições de Estados estrangeiros ainda preferem não elevar a matriz social ao status de normas constitucionais, algo que não significa diretamente que tais países falham na proteção social, mas que preferem tratar da matéria através da legislação ordinária, por considerar inconveniente a inserção desses direitos/deveres no texto constitucional, dada às características próprias admitidas às normas constitucionais. Esse comportamento representa um reflexo da própria esfera doutrinária, que vive às voltas diante da discussão acerca da fundamentação e legitimação

³⁵ Op. cit., p. 102.

³⁶ Op. cit., p. 102-103.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em 18 de julho de 2014, p. 02.

dos direitos sociais, principalmente no que se discute ao conteúdo e ao regime jurídico destes. No Brasil, poder-se-ia pensar, que o simples fato de tais direitos possuírem assento constitucional provocaria uma ausência de maiores debates sobre o tema, quando, ao reverso, a questão é objeto de constante debate doutrinário³⁸.

Isso porque, a simples previsão de um rol de direitos sociais dentro do texto constitucional (mesmo que, em certos casos específicos, o ordenamento constitucional brasileiro apresente dispositivos que facilitam a executoriedade de tais direitos) não configurou como elemento suficiente para a garantia concreta do previsto no texto constitucional, abrindo azo a objeções doutrinárias, engendrando diversas discussões acerca do assunto, como acertadamente aponta Ingo Sarlet:

Saber em que medida os direitos sociais, a despeito do regime jurídico que lhes foi atribuído pela Constituição (em que pese a controvérsia sobre qual exatamente é este regime jurídico), de fato representam mais do que manifestação de um constitucionalismo simbólico, já seria matéria mais do que suficiente para ocupar uma monografia de envergadura, e, por certo, não haveria como ser suficientemente discutido nos limites deste breve ensaio. Todavia [...] não há como desconsiderar que o tema guarda íntima vinculação (também) com o problema das resistências aos direitos sociais, seja no que diz com o uso meramente retórico do discurso dos direitos, seja no que diz respeito à sua eficácia e efetividade³⁹.

Apesar de toda a discussão apresentada, é possível verificar, principalmente no decorrer da última década, um progresso doutrinário e jurisprudencial quanto ao tratamento dos direitos sociais previstos na Constituição vigente. A visão de que tais normas figurariam como simples normas de caráter programático (impossibilitando a sua utilização como fundamento para a exigência judicial de prestações estatais) foi sobrepujada, vencendo concepções de que decisões judiciais dessa envergadura não deveriam prevalecer diante de concepções rígidas do princípio da separação dos poderes “que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais”⁴⁰.

Assim, atualmente, não é raro deparar-se com decisões judiciais que estabeleçam prestações materiais que satisfaçam aos direitos sociais constitucionalmente positivados para os jurisdicionados. Essa alteração de paradigma é vista como algo bem vindo por boa parcela da doutrina, como se posiciona Daniel Sarmento, que acredita que é possível afirmar que o Judiciário brasileiro hoje “leva a sério” a discussão dos direitos sociais, deixando de trazer à tona o discurso descompromissado do caráter simplesmente programático das ditas normas,

³⁸ Op. cit., pp. 02-03.

³⁹ Op. cit., pp. 03-04.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179.

passando a considerá-los como verdadeiros direitos de caráter fundamental, assumindo, assim, todas as consequências dessa linha argumentativa, dentre elas a de encarar a via judicial como adequada, “incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna”⁴¹.

2.4 Tutela jurisdicional das políticas públicas voltadas à execução de direitos sociais

Apesar de figurar entre os quinze países com o maior PIB do planeta, o Brasil – paradoxalmente – quando se refere ao seu desenvolvimento social, sofre de todos os problemas comuns aos países considerados não desenvolvidos. Imerso em uma desigualdade social que impõe à maioria populacional uma situação de dependência das ações estatais na implementação de políticas públicas em áreas básicas como educação, saúde e moradia. Como acertadamente estabelece Daniel Sarmiento, a ordem social brasileira é notoriamente caracterizada pela desigualdade. Assim, acredita, deveriam os direitos sociais servir como uma emancipação dos segmentos excluídos, exercendo um essencial papel na promoção do bem-estar, possibilitando um efetivo exercício das liberdades individuais e políticas. O autor insiste, ainda, que a existência de padrões enviesados exercidos pela jurisprudência brasileira podem atrapalhar a execução desse desígnio. Por esse motivo, insiste na necessidade da alteração desses padrões, de modo que os direitos sociais sejam aplicados no que considera como verdadeiro propósito, qual seja, a inclusão dos excluídos⁴².

Apesar de teoricamente plausível, o conceito de direitos sociais e sua consequente (e esperada) concretização enfrentam diversos empecilhos no contexto brasileiro. O país está absorto em uma longa e triste história de desigualdades sociais desde seus primórdios. Há que se encarar que não é possível superar séculos de desigualdade apenas prevendo direitos em uma folha de papel. Por isso, é complicada a efetivação desses direitos, ao passo que é necessário compreender que “o desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço de sua população”⁴³.

⁴¹ Op. cit, pp. 180-181.

⁴² SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. p. 553- 586. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 586.

⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Organizadora: Maria Paula Dallari Bucci. p. 01- 49. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

Juridicamente, a questão social ganha maiores ares de complexidade após a edição da Constituição Federal de 1988. Virgílio Afonso da Silva aponta que esse novo cenário decorre de algumas variáveis, quais sejam: i) o fato das políticas públicas implantadas pelos governos nunca foram capazes de satisfazer as demandas da população carente brasileira; ii) o fato da atual constituição aumentar ainda mais o rol de temas que naturalmente eram reservados ao campo da política, “como a regulação do salário mínimo, a fixação de taxas de juros e a garantia de direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia”⁴⁴.

O novo constitucionalismo brasileiro, dentre as diversas mudanças a si atribuídas, trouxe também a possibilidade do Poder Judiciário estabelecer condenações contra à Administração Pública com vistas a promover prestações de caráter social. Anteriormente, vigorava uma concepção de que os magistrados estavam adstritos às normas jurídicas estabelecidas pelo Poder Legislativo. Isso porque, as prestações sociais – apesar de já constitucionalmente previstas – só eram consideradas judicialmente exigíveis quando o legislador definisse legalmente os parâmetros de promoção de tais direitos pelo Estado. Tal concepção, presa ao conservadorismo positivista de outrora, começou a ser abandonado na década de 1990, com as primeiras decisões judiciais que visavam a entrega de medicamentos a portadores de HIV, que engendrou sucessivas decisões nesse sentido, inclusive no Supremo Tribunal Federal⁴⁵. A essa nova postura podem ser atribuídos diversos fatores: i) o novo texto constitucional da Carta Magna de 1988 coligado à concepção da normatividade constitucional; ii) crises do Legislativo e do Executivo e iii) uma superação do positivismo dentro da metodologia constitucional⁴⁶.

Assim, o Judiciário destaca-se ao procurar sanar as omissões clássicas a que o Poder Público brasileiro parecia estar bem habituado. Não foram raras decisões judiciais que determinaram ao Poder Público o dever de prestar o correspondente direito. A concessão de remédios, então, é – até hoje – uma das causas mais corriqueiras e, conseqüentemente, mais discutidas pela doutrina especializada.

Como já mencionado alhures, um dos argumentos aventados contra essa nova concepção judicial é aquele referente à teoria da separação dos poderes. No padrão liberal clássico, que fora adotado no Brasil e outros muitos países da América Latina, os juízes somente

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 587-599. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 587-588.

⁴⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 515-551. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515.

⁴⁶ Op. cit., p. 516.

“podiam ser considerados como simples ‘boca 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”. Essa concepção, há muito lastreada dentro do ideário doutrinário brasileiro, segundo aponta Virgílio Afonso da Silva, estaria equivocada, pois configurar-se-ia numa “simples visão enviesada das ideais de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma”. Essa nova conjuntura jurídica, imposta pelo texto constitucional, encontra diversos impasses no pensamento jurídico principalmente diante da estranheza que a concepção da implementação de políticas públicas (algo predominantemente jurídico) não se coaduna com o pensamento jurídico tradicionalmente liberal que forma o pensamento da grande maioria dos profissionais de direito. Essa concepção pode ser facilmente verificada na própria produção jurídico-doutrinária e na jurisprudencial, quando é clara a tentativa de transpor a racionalidade liberal – baseada em uma concepção bilateral entre um credor e um devedor – à área afeta dos direitos sociais⁴⁷. O resultado disso é bem apontado por Virgílio Afonso da Silva:

Um grande número de operadores do direito encara os desafios suscitados pelos direitos sociais a partir dessa transposição, da seguinte maneira: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários⁴⁸.

De acordo com a processualística brasileira, os direitos sociais podem ser judicialmente assegurados através de duas maneiras: a) ações individuais e b) demandas coletivas. Nesse sentido, a doutrina aponta como clara opção pela utilização da via individual para a solução dessa espécie de conflito de interesses. Algo que também é apontado é a também preferência do próprio Poder Judiciário no momento da procedência dessas demandas, quando é muito mais dádivo em ações individuais em comparação com as ações coletivas, o que, na opinião de Daniel Sarmiento, “gera uma grave distorção, em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da racionalidade do sistema”⁴⁹.

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. p. 587-599. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 588.

⁴⁸ Op. cit.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. p. 553- 586. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 583.

Assim, apesar dos inegáveis avanços assistidos nas últimas décadas com o protagonismo do Poder Judiciário, é inegável que a principal clientela dessas demandas jurídicas que se insurrecionam na busca pela efetividade dos direitos sociais é a classe média. Aquele segmento, já comentado, dos que estão à margem da sociedade brasileira dificilmente figuram como partes em demandas judiciais em busca de tais direitos, apontando-se como uma das razões dessa conjuntura a própria insuficiência cultural desse segmento, que, na maioria dos casos, desconhece desses direitos sociais. Assim, diante da escassez própria da natureza dos recursos existente, decisões que alocam recursos são, necessariamente, desalocativas, isso porque os recursos que serviriam para atingir os que mais necessitam acabam sendo transferidos para a classe média, assim, “o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como uma espécie de ‘Robin Wood às avessas’”⁵⁰.

Assim, apesar de bem vindo, esse posicionamento do Poder Judiciário não pode se deixar quedar pela falta de um método. Ao decidir-se acerca da execução de um direito social, deverá o magistrado – dentro dos limites da lide – sopesar acerca da política pública desejada. O simples reconhecimento da indisponibilidade de um direito social não pode ensejar a automática aceitação da política pública requerida. É necessário que o magistrado volte suas vistas, dentro dos limites funcionais que lhe são impostos, para os efeitos práticos da decisão que será por ele emitida, evitando-se os rasos argumentos do “simples” reconhecimento da importância do direito vindicado.

Por esse motivo, defende-se a tutela de tais direitos pela via coletiva, pois nela os “magistrados não têm como escapar de uma reflexão que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial da universalização do que foi pedido”. O maior impacto natural nas verbas existentes das demandas coletivas provoca a necessidade de seu enfrentamento pelo magistrado, forçando uma análise de “macrojustiça”, fazendo o julgador a ponderar o binômio existente entre o que é requerido judicialmente e a existência, ou não, de recursos suficientes⁵¹. Ocorre que esse raciocínio jurídico deveria ser também utilizado quando da apreciação das demandas individuais.

Contudo, aqui é muito mais fácil para o juiz “tapar o sol com a peneira”, e conceder “com o coração” qualquer prestação demanda, já que os efeitos concretos de cada decisão sobre o orçamento público costumam ser diminutos e existe todo um apelo emocional que inclina os magistrados a decidirem com maior generosidade em favor de pessoas concretas, de carne e osso, cujas carências e necessidades foram explicitadas no processo. Assim, muitas vezes o Judiciário acaba assegurando direitos que, diante dos recursos disponíveis e da existência de outras necessidades igualmente importantes, não teriam como ser universalizados⁵².

⁵⁰ Op. cit., p. 584.

⁵¹ Op. cit.

⁵² Op. cit.

Contudo, a sindicabilidade jurídica dos direitos ditos prestacionais é uma realidade. Novos desafios devem ser, agora, encarados com maior seriedade com o objetivo de dar uma maioria racionalização a esse processo. Daniel Sarmiento apresenta suas concepções de como essa racionalização deveria ser feita, vejamos:

Esta racionalização, do meu ponto de vista, passa por dois pontos principais: (a) a superação de uma certa “euforia judicialista” que tomou conta dos meios jurídicos brasileiros, com o reconhecimento de que o Poder Judiciário, apesar da relevância de sua função, não é, nem tem como ser, por suas limitações institucionais, o grande protagonista no cenário de afirmação dos direitos sociais, que dependem muito mais das políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo e da mobilização da sociedade civil; e (b) o traçado de parâmetros ético-jurídicos para as intervenções judiciais nesta seara⁵³.

Para uma maximização desses direitos sociais, então, carece promover uma formação social aprofundada dos juízes, dado que questões basilares acerca da organização e efetivação de direitos sociais estão, cada vez mais, sob a responsabilidade desses personagens públicos. Além disso, o reconhecimento da participação de outros personagens, caso do Ministério Público, na consecução da judicialização desses direitos faz-se importante para a compreensão de todo o procedimento discutido.

⁵³ Op. cit.

3 DA TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 Concepções iniciais acerca da tutela coletiva

Em análise do capítulo anterior, ficou-se verificado a influência que as escolhas históricas, relacionadas aos sistemas políticos e econômicos, apresentaram quando do desenvolvimento dos discutidos direitos sociais. Quanto à tutela coletiva, não é possível formular afirmação diversa, pois a influência liberal, e sua proteção ao individualismo, experimentadas com intensidade durante do século XX, incutiu no pensamento jurídico uma concepção processual centrada em uma lide onde é possível identificar-se, sem maiores dificuldades, um credor e um devedor, analisados em suas pretensões individuais.

Enquanto no processo individual encontramos a simples delimitação da relação jurídica entra a parte autora e a parte ré, numa lide coletiva – diante da própria abrangência dos direitos postos em análise – não nos deparamos com uma relação de identidade entre os legitimados para propor e conduzir a ação cabível e os titulares do respectivo direito. Dentro do processo individual, portanto, a coisa julgada constituída é *intra partes* – ao passo que vincula somente os sujeitos que estejam presentes dentro do processo – e, além disso, *pro et contra* – independentemente do resultado do processo (procedência ou improcedência), ele vinculará o autor⁵⁴. Desta maneira, a massificação da sociedade, com sua alteração no *modus operandi* das relações intersubjetivas, consignou um crescimento dos danos perpetrados e suportados, levando à superação do paradigma subjetivista do ordenamento, erguendo, de tal modo, a discutida preocupação com a tutela jurisdicional de interesses transindividuais. Assim, não se faz necessário prender-se a um discurso jurídico ao procurarmos as origens dos interesses coletivos, quando tal concepção vê-se extraída, como foi possível verificar, de uma análise sociológica ou filosófica⁵⁵.

Nesse sentido, insta ressaltar que a categoria dos interesses transindividuais não se confunde com o do interesse público. Na verdade, como pertencem a grupos, classes ou categorias de pessoas, os interesses transindividuais ultrapassam a mera categoria de interesses

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008. Página 369.

⁵⁵ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. *In: GOZZOLI, Maria Clara. CIANCI, Mima. CALMON, Petrônio. QUARTIERI, Rita (orgs.) Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 172.

de caráter individual, mas não atingem a égide de interesse público⁵⁶. Evidentemente que não é incomum os interesses transindividuais e públicos coincidirem em questões práticas, entretanto não é permissivo partir da premissa de que tais interesses seriam, de fato, sinônimos.

Quanto aos modelos ocidentais acerca do tratamento da tutela de direitos coletivos conhecidos, é possível verificar a ocorrência de dois modos distintos. Uma dessas formas de tutela é a verificada no Direito Continental Europeu, conhecida como *Verbandsklage* na Alemanha; a outra forma de proteção judicial se dá através do modelo de *Class Action Lawsuits*, de origem norte-americana e adotado pelo Canadá, a Suécia, e o Brasil, que o tomou como inspiração para o sistema de ações civis públicas, dentre outros países. No arquétipo da *Verbandsklage* verifica-se a adoção do modelo alemão nas chamadas “ações associativas”, cujo regramento foi o primeiro a tratar da proteção dos direitos coletivos dos consumidores, em 1976; apesar de a Itália, ainda em 1970, ter instituído legitimação extraordinária para os sindicatos no art. 28 de seu Estatuto do Trabalho, e a França ter tratado da matéria na célebre *Loi Royer*, o regramento germânico foi o que melhor tratou da tutela dos direitos coletivos, atentando às peculiaridades da matéria. Fredie Didier Jr. afirma que, devido à natureza fragmentada desse modelo de tutela coletiva, ela aparenta buscar o atendimento das demandas advindas dos novos sistemas de direitos coletivos, como os direitos ambientais e consumeristas, sem, contudo, ser baseada numa nova filosofia voltada ao atendimento das necessidades específicas da tutela coletiva, diversos daqueles decorrentes de litígios individuais, ao contrário das “*Class Actions*”, que são fundadas na perspectiva dos litígios coletivos⁵⁷.

O modelo supramencionado pode ser caracterizado pelos seguintes pontos: a) legitimação ativa extraordinária das associações, na forma de um “sujeito supra individual”, que litiga em nome próprio; os direitos transindividuais passam a ser considerados próprios deste sujeito (ou seja, não haveria aqui uma hipótese de substituição processual); b) afastamento da possibilidade da tutela desses direitos por litígios individuais, de modo extremado; conforme Taruffo, a lei ambiental italiana não estabelece nenhuma forma de tutela individual – diversamente da responsabilidade aquiliana, a responsabilização decorrente dos danos objetiva apenas a reparação do Estado, constituindo-se numa responsabilidade de direito público; para além, é necessária autorização administrativa pelo Poder Público, que mantém os nomes das associações legitimadas em cadastros específicos, para permitir que tais associações

⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.48.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, pp. 56-57.

representem direitos coletivos; por último, c) dois modos de tutela são estipulados para as associações: no primeiro, a associação, por autorização do indivíduo, busca em juízo o direito individual; já no segundo modo, que é extremamente mais restrito e raro, a associação litiga demandando direitos transindividuais, não se confundindo com hipótese de litisconsórcio ativo multitudinário⁵⁸.

Já o modelo norte-americano (e adotado pelo ordenamento jurídico pátrio), das *Class Actions*, origina-se das *Federal Rules* nº 23, promulgadas em 1938 e alteradas em 1966 e 1983; o modelo, fundado na necessidade de proteção de indivíduos ou coletividades de lesões de massa, que careceriam de proteção, seja por falta de disponibilidade dos indivíduos afetados ou por se tratar de demanda demasiado onerosa ou complexa. Para possibilitar este modo de tutela judicial, é necessário identificar ainda dois requisitos: 1) que haja uma “comunhão de questões” e 2) uma “identidade de direitos ou fática” que unifique os direitos individuais ou da classe. Nesse sistema, o ordenamento jurídico reconhece a necessidade de tutelar os direitos transindividuais de modo a protegê-los de lesões ou ameaças a lesões. Este sistema possui como característica distintiva a separação da tutela coletiva dos modos individuais de tutela jurisdicional; trata-se de um modelo pragmático, focado na tutela efetiva dos direitos coletivos. Para além, importa ressaltar ainda as seguintes características: A) legitimidade individual ou de grupo de indivíduos, principalmente a partir da reforma de 1966, que possibilitou o controle judicial da “adequada representação”; b) a eficácia da coisa julgada estendida para todos os componentes do grupo representado na ação, tanto favoravelmente quanto de modo prejudicial; c) e, por fim, o requisito de adequada notificação para o ingresso, alteração ocorrida em 1983 que busca conferir um contraponto à absoluta vinculação dos membros das classes⁵⁹.

Em terreno brasileiro, registra-se como primeira manifestação legal do reconhecimento da relevância da tutela dos direitos coletivos a edição da ação popular – tratada, em um primeiro momento, pela Constituição de 1934 e, após, regulamentada pela Lei 4.717/65 – que inova o ordenamento jurídico ao romper o antigo paradigma “que concentrava na mesma pessoa os sujeitos da relação jurídica material e os sujeitos da relação jurídica processual”⁶⁰. Após o transcurso de 20 anos da edição da legislação específica da ação popular, é editada a Lei 7.447/85 que trata da ação civil pública destinada à responsabilização em casos de danos causados ao meio ambiente ao consumidor e a bens de valor artístico, estético, histórico,

⁵⁸Op. cit., pp. 57-58.

⁵⁹ Op. cit., p. 58-59.

⁶⁰ BEZERRA, Márcia Fernandes. Tutela dos interesses coletivos do consumidor no direito brasileiro. **Revista de Processo**. p. 43-58. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais: São Paulo, Ano 32, nº. 150, ago./2007, p. 44.

turístico e paisagístico. Como também já analisado, foi durante este século XX, quando o Brasil recuperava-se da ditadura militar, que emerge novamente a democracia e, com ela, o processo constituinte. Desse contexto, surge a atual Carta Magna, editada em 1988, caracterizada pela escolha de constitucionalizar um extenso rol de direitos e garantias fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Nela, além da tutela aos direitos individuais – tão denegridos durante o período ditatorial –, o legislador constituinte originário trouxe à baila com a proteção dos direitos de dimensão coletiva⁶¹, como é possível verificar no Capítulo I, Título II do texto constitucional, denominado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

O texto constitucional de 1988 traz, ainda, a incorporação da tutela dos interesses coletivos em outros dispositivos, como ao legitimar as entidades associativas na representação judicial ou extrajudicial dos seus filiados (art. 5º, XXI⁶²) e os sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria respectiva, administrativa ou judicialmente, (art. 8º, III⁶³). Para além disso, a Constituição tipificou o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX⁶⁴), a ação popular (art. 5º, LXXIII⁶⁵) e a ação civil pública (art. 129, III, §1º⁶⁶).

Consustanciadas na Carta Magna, foram editadas novas leis que aumentaram as hipóteses de incidência de ações civis públicas: i) a Lei 7.853/89 (proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência); ii) Lei 7.913/89 (ressarcimento de danos causados aos titulares de valores imobiliários e aos investidores de mercado); iii) Lei

⁶¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 01.

⁶² Art. 5º. (...)

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

⁶³ Art. 8º. (...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

⁶⁴ Art. 5º. (...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

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;

⁶⁵ Art. 5º. (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular 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, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁶⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

8.069/90 (proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos à infância e adolescência). Além disso, em 1990 é editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que destina um título à Defesa do Consumidor em Juízo (Título III) e um Capítulo de Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos (Título III, Capítulo II, arts. 91 a 100)⁶⁷.

Na verdade, os direitos transindividuais, também conhecidos como direitos coletivos *lato sensu*, são entendidos como gênero, cujas espécies encontram-se, atualmente, sistematizadas na Lei n.º. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único⁶⁸, quais sejam: I – interesses ou direitos difusos; II – interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*) e III – interesses ou direitos individuais coletivos.⁶⁹ Em linhas gerais, o direito individual homogêneo, creditado como direito acidentalmente coletivo, caracteriza-se pela titularidade de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que figuram juridicamente unidas diante de lesões de origem comum. Por sua vez, o direito coletivo no seu sentido estrito pode ser reconhecido como direito transindividual indivisível, pertencente a um grupo determinado, ou determinável, de pessoas, que são consideradas congregadas diante da existência de uma relação jurídica básica em comum. Enquanto o direito difuso traduz interesses de caráter transindividual indivisível, partilhados por pessoas indetermináveis em razão de circunstâncias de fato⁷⁰.

A escolha constitucional (como também seus reflexos infraconstitucionais) nada mais é do que um reflexo da sociedade massificada atual, onde a incidência de lesões a direito que atingem coletividades, grupos ou uma certa quantidade de indivíduos são crescentes. Assim, possibilita-se a chance desses indivíduos exercerem suas pretensões em comum de modo coletivo. A especial atenção ao seu estudo atualmente se dá, por sua vez, pelo inegável aumento na ocorrência de situações proveniente de circunstâncias de fato ou de relações jurídicas em

⁶⁷ BEZERRA, Márcia Fernandes. Tutela dos interesses coletivos do consumidor no direito brasileiro. **Revista de Processo**. p. 43-58. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais: São Paulo, Ano 32, n.º. 150, ago./2007, p. 44.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 75.

⁷⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 50-53.

comum – tanto na esfera pública, quanto na privada – dado que é inegável, por exemplo, um aumento do crescimento da produção, dos meios de comunicação, do consumo, do número de funcionários públicos, trabalhadores, aposentados e pensionistas, dentre outras situações, multiplicando as lesões sofridas dentro de cada relação jurídica ou circunstâncias de fato em que tais pessoas figuram na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, etc⁷¹.

Quanto aos objetivos que devem permear a prática da tutela coletiva, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes é bastante claro:

“(a) ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade, como meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento; ou que causas de valor individual menos significantes, mas que reunidas representam vultosas quantias, como direitos dos consumidores, possam ser apreciadas pelo Judiciário; (b) que as ações coletivas representem, de fato, economia judicial e processual, diminuindo, assim, o número de demandas ajuizadas, originárias de fatos comuns e que acabam provocando acúmulo dos processos, demora na tramitação e perda na qualidade da prestação jurisdicional: ao invés de milhões ou milhares de ações, sonhamos com o tempo em que os conflitos multitudinários, como o ocorrido em torno dos expurgos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), possam ser resolvidos mediante uma única demanda e um único processo; (c) com isso, as ações coletivas poderão oferecer, também, maior segurança para a sociedade, na medida em que estaremos evitando a proliferação de decisões contraditórias em processos individuais, em benefício de preservação do próprio princípio da igualdade: o processo, sendo coletivo, servirá como instrumento de garantia da isonomia e não como fonte de desigualdades; e (d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças praticadas em todos os nossos países ibero-americanos”⁷².

O ordenamento brasileiro, todavia, ainda não possui uma legislação específica à tutela coletiva. Enquanto isso, são utilizados os instrumentos processuais já reconhecidos e legitimados pelo ordenamento jurídico, tais como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Vale acrescentar que já existem vários projetos de lei que objetivam a criação de um Código de Processo Coletivo. Tais projetos são encabeçados pelos mais aclamados processual coletivo, tais como Antonio Gidi, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Os projetos mais afamados são os seguintes:

- 1) Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi;
- 2) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero - América (CMI-A);
- 3) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (CBPC-IBDP);
- 4) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC-UERJ/UNESA), coordenado pelo Prof.

⁷¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ação Civil Pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985. In: MILARÉ, Édis (org.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010, p. 63.

⁷² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva: vinte anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Quinze anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 46-47.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁷³. Pela ausência de regramento que promova uma uniformização da processualística coletiva, apresenta-se como de suma importância o estudo dos instrumentos processuais atualmente possível dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a permitir uma melhor compreensão da tutela de questões coletivas em terreno brasileiro. Vejamos.

3.2 Dos instrumentos processuais de tutela coletiva

3.2.1 Da ação popular

Alguns datam como primeira previsão constitucional da ação popular ao texto da Constituição do Império de 1824, que trazia em seu art. 157 que “por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles ação popular, que será intentada dentro de um ano, e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecido na Lei”. Contudo, o entendimento majoritário credita que sua primeira previsão data da Constituição Federal brasileira de 1934, em seu art. 113, nº. 38, dentro do capítulo “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, que estabelecia que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Tal texto constitucional, que vigorou por apenas três anos, teve a possibilidade da ação popular suprimida pela Constituição Federal de 1937, que inaugurou um período ditatorial no Brasil, que não se adequava à concepção de uma ação popular pautada no controle democrático dos atos do Estado. Sua previsão constitucional retorna com o texto de 1946, que em seu art. 141, §38, em um capítulo novamente denominado “Dos Direitos e Das Garantias Individuais”, previa que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”, aumentando, assim, o número de sujeitos passivos subordinados à ação popular. A possibilidade da ação popular também veio prevista nas Constituições de 1967 (art. 150, §31) e de 1969 (art. 153, §31) que trouxeram a mesma redação, estabelecendo que “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas”⁷⁴.

⁷³ DIDIER JR., Fredie. ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 64.

⁷⁴ BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. **Ação popular constitucional brasileira: aspectos históricos, conceito e natureza jurídica**. Disponível em: <http://www.ambito->

Entre as previsões constitucionais, a ação popular recebeu, também, tratamento infraconstitucional com a edição da Lei 4.717/65 cuja previsão afirma que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”. Assim, primeiramente designada a pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos considerados lesivos ao patrimônio público, esse meio processual viu seu objeto ser majorado através do art. 5º, inc. LXXIII da Constituição Federal de 1998 que passou a destinar a ação popular em situações em que ocorrer “(...) 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 (...)”⁷⁵.

Algumas discussões doutrinárias, entre juristas brasileiros, são travadas quando da definição do conceito da ação popular. De um lado, Hely Lopes Meirelles apresenta a ação popular como uma ação constitucional e coletiva designada a tutelar direitos que não tenham natureza penal. Em outras palavras, a ação popular, em sua concepção, seria um instrumento destinado à defesa de interesses de uma coletividade, passível de ser ajuizada por qualquer um de seus membros, com o claro objetivo de questionar em juízo um direito subjetivo a um governo honesto, assim, “o cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga⁷⁶”. Em outra banda, José Afonso da Silva defende que a ação popular é uma manifestação da soberania popular, onde o cidadão utiliza-se de tal remédio constitucional para exercer um poder de natureza política, caracterizando-se tal instrumento, portanto, como uma garantia constitucional política. Nela, defende o autor, o cidadão poderá promover diretamente uma fiscalização, sendo eficaz na provocação da atividade jurisdicional para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de pessoa

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10698. Acesso em 01 de setembro de 2014.

⁷⁵ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Ação Popular e Defesa do Meio Ambiente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. RODRIGUES, Marcelo Abelha (coords.). **O Novo Processo Civil Coletivo**. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2009. p. 127.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”**. 20. ed.. São Paulo: Malheiros, 1998, p.114.

jurídica de que o Estado faça parte; à moralidade da Administração Pública; ao meio ambiente; assim como ao meio-ambiente histórico e cultural, com clara finalidade corretiva⁷⁷. Das duas definições lastreadas, pode-se perceber o inegável fato de ser um instrumento disposto ao cidadão para, através da utilização da via judicial, fiscalizar, controlar e cessar ilegalidades da Administração.

Como é possível perceber, ao contrário do que ocorre na ação civil pública, o pedido possível de ser formulado em casos de ajuizamento de ação popular é bastante adstrito, limitando-se somente ao pedido de anulação do ato administrativo lesivo correspondente às hipóteses previstas na legislação infraconstitucional e constitucional. Enquanto a ação civil pública permite uns cem números de pedido diversos, incluindo, até mesmo a condenação da ré a realização de uma obrigação de fazer ou não fazer⁷⁸. Outra questão peculiar à ação popular concerne à legitimidade para ajuizá-la. O caput do art. 1º da Lei nº. 4.717/65 prevê que “(...) qualquer cidadão (...)” possuirá legitimidade ativa para promover o ajuizamento da ação em questão. Por cidadão deverá ser compreendido aquele que comprovar esta condição, através da apresentação do título de eleitor ou documento correspondente⁷⁹.

Contudo, é salutar apresentar o alerta, feito por José Emmanuel Burle Filho, quanto a um declínio da ação popular, principalmente após o surgimento da ação civil pública. A isso, o autor imputa diversos fatores, mas considera como principal a utilização indevida e abusiva do instrumento processual. Afirma que, muitas vezes, o desígnio do autor-popular não é propugnar pelo objetivo da ação popular, qual seja a defesa do povo ou do patrimônio público, mas satisfazer interesses pessoais e/ou políticos já que, segue defendendo o autor, “imprensa normalmente dá, ou pelo menos dava, divulgação especial ao ajuizamento dessa ação, causando ao réu, pelo alarido, inegável lesão à sua imagem pessoal, familiar e funcional ou política”⁸⁰. Nesse sentido, segue:

Sabe ainda o autor-popular que esse estrépito provocado pelo ajuizamento da ação causa ao réu lesão que não será integralmente reparada nem mesmo quando a demanda for julgada improcedente, mesmo porque, aí, a notícia não sai ou, quando sai, não tem o mesmo destaque da propositura da ação. Além disso, como a improcedência ocorre muito tempo depois, na verdade, o fato não mais tem importância, a não ser para o réu, sua família e amigos. Na verdade, o rumor, o fragor, o alarido local e social, causado pelo ajuizamento da ação popular nunca será apagado. Assim, em muitos

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, pp. 462-463

⁷⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140.

⁷⁹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Ação Popular e Defesa do Meio Ambiente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. RODRIGUES, Marcelo Abelha (coords.). **O Novo Processo Civil Coletivo**. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2009, p. 128.

⁸⁰ BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação Civil Pública. Instrumento de Educação Democrática. In: MILARÉ, Édís (org.). **A Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**, p. 402-413. São Paulo: RT, 2002, pp. 407-408.

casos, o mero ajuizamento da demanda popular é causa suficiente para gerar uma sanção quase que perpétua ao demandado⁸¹.

Por esses motivos, José Emmanuel Burle Filho estende o alerta àqueles que lidam com ações civis públicas, de modo que seus legitimados exerçam o direito de maneira apropriada e busque dele não abusar para, assim, garantir o contínuo reconhecimento da importância que o instituto representa para a sociedade. O autor aponta para a necessidade de uma maior observância dessa responsabilidade pelo Ministério Público, que deve estar “conscientizado de que uma ação civil pública açodada e sem justa causa (...) pode gerar indevida e perigosa sensação de impunidade quando ocorrer a sua inevitável improcedência”⁸².

3.2.2 Da ação civil pública

Tal instrumento processual deita suas origens no objetivo do legislador em instituir um meio jurídico capaz de prover eficácia na proteção dos bens jurídicos coletivos. Isso porque, o contexto, anterior ao surgimento da norma jurídica que deu vida à ação civil pública, – embora previsse regras legais direcionados aos direitos metaindividuais – carecia de um arcabouço instrumental que permitisse sua efetiva tutela⁸³. Diversas fraquezas encontradas no ordenamento processual no que pertence à tutela de direitos coletivos, tais como a legitimidade para ajuizar a ação em questão, a coisa julgada, o custo processual e os resultados jurídicos da tutela coletiva, foram objeto de apreciação da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85) – que aprimorada posteriormente pela Lei nº. 8.078/90 – objetivou promover um maior acesso à justiça no que se refere à proteção de direitos considerados difusos⁸⁴.

Sem desconhecer o conquistado pela Lei da Ação Popular, é imperioso distinguir que atualmente – em matéria de tutela de direitos coletivos – a ação civil pública assume o papel de meio processual mais ativo na persecução do fim a que foi destinada⁸⁵. Isso porque a legislação anterior, além de abreviar a tutela dos direitos difusos àquelas mencionadas lesões ao patrimônio público, permitia apenas a concessão de provimento jurisdicional que anulasse, ou declarasse nulo, determinado ato lesivo ou, no máximo, condenasse o violador ao pagamento

⁸¹ Op. cit., p. 403.

⁸² Op. cit., p. 409.

⁸³ ALVIM, Arruda. Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005. p. 77.

⁸⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública e as tutelas jurisdicionais de prevenção e precaução. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010. p. 79.

⁸⁵ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.

de valor indenização ou à reparação do mal causado⁸⁶. A ação civil pública, por sua vez, aspira pela reconstrução do *status quo ante* do meio ambiente, dos consumidores, do patrimônio cultural e natural, como também de qualquer espécie de direito difuso ou coletivo atingindo por uma lesão através da responsabilização dos violadores⁸⁷.

A legitimação para a proposição da ação civil pública encontra previsão no artigo 5º da Lei nº. 7.347/1985, que colaciona um rol taxativo de legitimados, quais sejam: i) Ministério Público; ii) Defensoria Pública; iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; iv) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; v) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Quanto aos bens tutelados pela legislação (art. 1º da Lei nº. 7.347/1985), encontramos que os legitimados desse instrumento processual, sem prejuízo dos casos previstos à ação popular, poderão ajuizar ações de responsabilização por danos morais e patrimoniais ocasionados: 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 à ordem econômica; e vi) à ordem urbanística.

É forçoso reconhecer, ainda, a importância que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) impôs ao desenvolvimento da ação civil pública em nosso país. Ao incluir na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85) o art. 21⁸⁸, o CDC promoveu uma relação de integração entre as normas processuais presentes em ambas as legislações, instituindo verdadeiro microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum⁸⁹.

Em aspectos da teoria constitucional, a ação civil pública caracteriza-se como concretização normativa do movimento ao acesso à justiça, ao passo que se propõe a efetivar uma gama de direitos coletivos já reconhecidos pelo ordenamento⁹⁰. Não fosse isso o bastante,

⁸⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005. p. 25.

⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública. Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35.

⁸⁸ Art. 21. 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. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).

⁸⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010. p. 243.

⁹⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. 2ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 121.

o próprio objeto (direitos ou interesse coletivos considerados pela própria Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais), demonstra a relevância e dimensão social a que trata a ação civil pública, impregnando-a no caráter de garantia fundamental. Ademais, o texto constitucional traz referência específica à ação civil pública em seu art. 129, III (c/c art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988⁹¹), quando prevê como uma das funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. É inegável, ainda, a importância desse instrumento processual para o nosso dito Estado Democrático de Direito. Ao permitir que essa garantia fundamental constitucional possibilite acesso amplo e irrestrito à justiça⁹².

A ação civil pública, apesar de todas suas benesses e desenvolvimento doutrinário, ainda encontra dificuldades das mais variadas no que diz respeito à sua aplicação e efetivação no cenário jurídico. Gregório Assagra produz uma rica lista com as principais limitações imputadas à esse instrumento processual, cuja reprodução considera-se necessária, sendo elas: i) a existência de uma aversão à compreensão do processo coletivo; ii) a formação liberal e individualista das faculdades de direito brasileiras, que acaba por não se preocupar numa formação social do graduando com vistas à efetivação do Estado Democrático de Direito e o controle de conflitos sociais; iii) o apego às regras previstas no Código Civil e no Código de Processo Civil, criados apenas para dirimir conflitos de natureza individual; iv) uma certa resistência no reconhecimento do Ministério Público como órgão legitimado ao ajuizamento das ações coletivas, quando, na verdade, há previsão expressa no texto constitucional nesse sentido; v) as decisões equivocadas emitidas pelos Tribunais brasileiros; vi) a ausência de uma estrutura judiciária organizada e especializada para atender às demandas coletivas e suas especificidades; vii) a persistência numa interpretação restritiva da ação civil pública por pequena parte da doutrina e da jurisprudência que afirmam a impossibilidade de controle difuso quando da utilização desse instrumento processual; viii) além das decisões judiciais que intentem diminuir o campo de aplicação da ação civil pública, nota-se uma postura do próprio Poder Público em atalhar a aplicação desse instrumento processual, principalmente em causas

⁹¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹² ALMEIDA, Gregório Assagra. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010. pp. 251-252.

que discutam questões tributárias e previdenciárias, confrontando o texto constitucional que não prevê restrições para a tutela jurisdicional coletiva realizada pela ação civil pública; e ix) a oposição apresentada pelos setores econômico e empresarial, receados com as formas de tutela jurisdicional coletiva⁹³.

Os problemas apontados não se esgotam nos mencionados, o autor traz ainda outra problemática que aflige a aplicação da ação civil pública. Trata-se de uma das facetas da postura restritiva do Poder Público quanto à aplicação desse instrumento processual, que estabeleceu – primeiramente através de uma medida provisória – uma restrição territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública⁹⁴. Editada originalmente na Medida Provisória 1.570 de 1997 – desatendendo o pressuposto constitucional da urgência para edição de tais instrumentos normativos –, a limitação territorial da coisa julgada em decisões de ações civis públicas viu-se alçada ao *status* de Lei Federal no mesmo ano de 1997 quando da edição da Lei n. 9.494/1997, que, em seu art. 2º-A, então validou a alteração do texto normativo do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. A nova redação estabeleceu que a sentença de caráter civil produzida em ações civis públicas produzirá coisa julgada *erga omnes*, “nos limites da competência do órgão prolator da sentença”.

Não persistem muitas dúvidas quanto aos interesses envolvidos na edição dessa alteração legislativa. Ficou claro, até pelo fato de ter sido editada por uma Medida Provisória, que se tratou de empenho direto do Poder Executivo Federal, diante dos recorrentes conflitos judiciais coletivos em que figurava como parte ré, principalmente em questões de salários de funcionários públicos, em que as decisões judiciais – até então com sequelas irrestritas e aplicáveis em todo território nacional – foram emitidas determinando seus imediatos cumprimentos. Sendo uma questão de nível nacional é possível idealizar a desordem que tais decisões jurídicas ocasionaram, mesmo que devidamente. Assim, ameaçando a própria razão de ser da ação civil pública, o Poder Público amedrontado com as consequências econômicas dessas decisões judiciais concebeu a indigesta ideia da limitação territorial da coisa julgada em sentenças cíveis emitidas em ações civis públicas⁹⁵.

A despeito da Lei da Ação Civil Pública apenas definir a competência para julgamento das demandas de foro local, é através da interpretação das normas coletivas presentes no texto

⁹³ ALMEIDA, Gregório Assagra. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010, pp. 267/268.

⁹⁴ Op. cit., p. 267.

⁹⁵ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. 2ª Edição, revistada, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 213.

do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que se determina a competência para julgar causas em que o dano verificado possua abrangência regional ou nacional. Então, em seu art. 93 o supramencionado código consumerista estabelece que é competente o foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal “para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”. Dois posicionamentos doutrinários emergiram da interpretação do texto em questão: i) quem defende que há uma competência concorrente entre os foros da capital dos Estados-membros e dos Distrito Federal; ii) e quem, como é o caso de Ada Pellegrini Grinover, que defenda que a competência seria exclusiva do foro do Distrito Federal. Pacificando o conflito de competências, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Conflito de Competência 28.842-DF, reconheceu que a competência é concorrente entre o foro das capitais dos Estados-membros e do Distrito Federal, possuindo, ambas, competência para processar e julgar ações coletivas de dano de abrangência nacional⁹⁶.

O problema da limitação territorial da coisa julgada produzida por decisões judiciais emitidas por esses órgãos de competência regional ultrapassa questões de cunho social e deita seus maiores conflitos em pontos lógicos. Pois a simples delimitação da coisa julgada produz efeitos para além da aplicação de suas implicações, radiando-se por diversos aspectos da execução do dispositivo processual. Como admitir que uma decisão coletiva – como o é a emitida na maioria dos casos submetidos à ação civil pública – fique limitada apenas aos detentores do direito que tenham domicílio no território de circunscrição da competência do foro que tenha emitido a decisão? Como considerar razoável aceitar que o título executivo formulado pela decisão judicial que verifique, por exemplo, um dano nacional apenas sirva para parte dos indivíduos detentores do direito, em razão de mero critério de territorialidade? Qual seria, portanto, a razão de existir desse instrumento processual diante dessa aplicação normativa defasada?

A maioria da jurisprudência – na contramão – tem adotado a postura legalista, delimitando os efeitos da sentença coletiva aos limites da competência territorial do órgão prolator. Nesse sentido, é paradigmático voto do ministro relator na ADIn 1576-1, publicado também no ano de 1997:

A alteração do artigo 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada *erga omnes* da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolata-la. A alusão à eficácia *erga omnes* sempre esteve

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, pp. 156/157.

ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança da redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos *erga omnes* na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário⁹⁷.

O tema é conflituoso na jurisprudência do STJ, sendo possível encontrar nesse mesmo Tribunal Superior dois entendimentos díspares. Um dos entendimentos coaduna com a compreensão de que o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública não é válido, logo, a decisão judicial em sede de ação civil pública não estaria submetida a tal limitação territorial, como é possível verificar em diversos de seus julgados: REsp 1.243.887/PR, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/10/2011; AgRg no REsp 1326477/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 06/09/2012; REsp 1.377.400-SC, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 18/02/2014. O segundo entendimento considera que tal art. 16 possui validade somente em ações civis públicas que discutam direitos individuais homogêneos, não valendo, portanto, para ações civis públicas que envolvam direitos difusos e coletivos em sentido estrito, como é possível concluir do REsp 1.114.035-PR, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 07/10/2014, a argumentação de tal corrente jurisprudencial é de que o artigo em discussão se aplica aos direitos individuais homogêneos, já que estes podem ser desmembrados, possibilitando um tratamento diverso a cada titular de direito. Em outro julgado (REsp 1.319.232-DF), o STJ, ao considerar que a ação foi proposta contra a União, no Distrito Federal, contando com a participação de entidades de caráter nacional, entendeu pela não aplicabilidade do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e considerou que a eficácia da coisa julgada deveria ter abrangência nacional.

Argumentam, ainda, os magistrados que as decisões judiciais das ações diversas, apesar de pleitearem a mesma tutela jurídica, quando limitadas espacialmente darão melhor encaminhamento à resolução da lide, além de estarem de acordo com a divisão territorial de competências da Federação. Consideram que, em casos de decisões conflitantes, a problemática poderá ser facilmente resolvida e conciliada pelos Tribunais Superiores⁹⁸.

As vozes dissonantes também atingem a doutrina, como é possível verificar no posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, que defende a constitucionalidade do

⁹⁷ STF – Pleno, ADIn n. 1576-1, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.4.1997, DJU, de 24.4.1997, p. 14914, por maioria de votos. Vale acrescentar que a ADIn foi julgada prejudicada, em decisão monocrática, não tendo ocorrido decisão de mérito sobre a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Sua liminar, entretanto, havia sido negada.

⁹⁸ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. 2ª Edição, revistada, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 217.

dispositivo, no sentido de que o limite de territorialidade imposto pela legislação serviria para delimitar a área em que os efeitos da sentença irão atingir em consonância com o território em que o juiz de primeiro grau possui competência para conhecer e julgar os processos, o que, segundo o entendimento do autor, não ofenderia as competências territoriais conferidas aos Tribunais⁹⁹.

Contudo, apesar dos diversos posicionamentos acerca da temática, a maioria dos doutrinadores concorda com uma variante: a estipulação legal da limitação territorial dos efeitos de uma sentença em sede da ação civil pública é uma expressa ofensa ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover nos atenta para dois diferentes problemas práticos da limitação estipulada na Lei nº. 9.494/97. Primeiramente, a atitude do Executivo de limitar a abrangência da coisa julgada ocasionará a inevitável multiplicação de demandas, visto que será necessário àqueles titulares do direito coletivo, que não forem incluídos no efeito da sentença por critérios de delimitação tão somente regionais, o ajuizamento de nova ação em foro competente. Ora, essa situação vai de encontro com a própria razão de existência do processo coletivo, que se dedica a resolver molecularmente os conflitos de interesse. Além disso, partindo do ponto de vista do Judiciário, essa limitação também não traz benesses, já que a multiplicação de demandas desnecessárias significa apenas um aumento do congestionamento nos tribunais. Em suma, coadunar com a discutida restrição de efeitos significa ir de encontro a diversas conquistas juridicamente históricas do sistema brasileiro, dentre elas o desenvolvimento do paradigma da celeridade e economia processuais¹⁰⁰.

Além das questões de ordem prática, o texto da Lei nº. 9.494/97 ainda se vê acoimado por suspeitas de inconstitucionalidade, tanto formal quanto material. Formalmente os doutrinadores consideram que a Medida Provisória 1.570/97 (que deu origem à lei) fora editada sem a necessária urgência ou relevância da matéria¹⁰¹. Quanto à inconstitucionalidade material os argumentos são mais sortidos, considerando-se a matéria inconstitucional pela violação ao direito constitucional de ação, ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade das leis¹⁰².

Autores, como Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, vão além da mera evocação de princípios constitucionais para consubstanciar a inconstitucionalidade e promovem uma

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública. Comentários por artigo**. 2ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 1999, pp. 393/394.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 818.

¹⁰¹ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. 2ª Edição, revistada, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 215.

¹⁰² Op. cit., p. 215.

verdadeira análise do objeto em questão, sustentando que o Executivo, ao editar a inovação legal, promoveu uma confusão entre os institutos da jurisdição e da competência. Parte-se do pressuposto de que a jurisdição é una e todos os juízes estão nela investidos, enquanto a competência é limitada com vistas apenas à delimitação de qual juiz, dentre os diversos existentes, possuirá competência para conhecer, processar e julgar determinado processo. Entretanto, sendo a decisão judicial fruto do poder de jurisdição do magistrado, decorrente diretamente da soberania, não apresenta menor coerência lógica admitir que essa seja racionada com objetivo de limitar seus efeitos puramente por interesse do Poder Público¹⁰³.

Portanto, o que a maioria da doutrina defende é que o Presidente da República, quando da edição da Medida Provisória 1.570 de 1997, promoveu um conflito entre os conceitos jurídicos dos limites subjetivos dos efeitos da decisão em ação civil pública, com jurisdição e competência, isso porque “se em nome do Estado, o juiz tem uma parcela de jurisdição (...), então sua sentença, depois de transitar em julgado, representará a vontade estatal e, com seu trânsito em julgado, passará a ser imutável¹⁰⁴” ou entre as partes ou, no caso da tutela coletiva, de toda uma coletividade. Ao se limitar territorialmente a competência, busca-se definir qual será o órgão competente para julgar e dar andamento a determinada lide, enquanto que a coisa julgada refere-se apenas à validade da sentença proferida pelo órgão competente¹⁰⁵.

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery sopesam a situação através de um exemplo bastante elucidador: seguindo a lógica adotada de limitar a coisa julgada territorialmente, seria possível admitir a situação de que uma sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não tivesse validade no Rio de Janeiro, onde o casal ainda seria considerado casado, o que foge a toda lógica. Dessa maneira, é de se esperar que o juiz competente profira uma sentença em processo coletivo, qualquer que seja a espécie de direito coletivo, que possua efeitos *erga omnes* e com validade em todo território nacional¹⁰⁶, caso contrário irá se admitir verdadeiras aberrações jurídicas.

Por exemplo, admitamos que fora ajuizada ação civil pública no foro da capital do Estado de Alagoas objetivando a permissão da utilização irrestrita de aparelhos celulares dentro das aeronaves durante um voo. Ao mesmo tempo, foi ajuizada uma ação civil pública no fora

¹⁰³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. A coisa julgada e os processos coletivos no direito vigente e no projeto de nova Lei de Ação Civil Pública (PL N. 5.139/2009). **Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. Coordenadores: Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

¹⁰⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19ª ed revistada, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 250.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 250.

¹⁰⁶ NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5a ed. São Paulo: RT, 2001. Página 1.558.

da capital do Estado de Pernambuco com o mesmo objetivo. A primeira fora deferida, a segunda indeferida. Aplicando-se, portanto a regra da limitação territorial da coisa julgada, durante um simples trajeto entre Maceió, capital de Alagoas, e Recife, capital de Pernambuco, ter-se-á a possibilidade de utilização irrestrita dos aparelhos celulares até chegar-se a fronteira entre os dois Estados quando, mesmo estando numa mesma aeronave e em pleno voo, os passageiros deverão parar de utilizar os aparelhos.

Ou pior, imagine-se que toda uma classe de servidores, por exemplo, os agentes da polícia federal possuam o interesse em ver reconhecida judicialmente seu direito de diminuição da carga semanal de trabalho. Ajuizada essa ação civil pública no foro da capital do Estado de Alagoas, julgada procedente a demanda, somente os agentes que possuam domicílio no Estado de Alagoas terão sua jornada semana alterada, enquanto os demais, mesmo estando na mesma situação dos beneficiados, não possuíram esse mesmo direito.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam veementemente que o objetivo desse dispositivo não foi outro se não a uma busca pela desnaturação de todo o sistema de extensão subjetiva dos efeitos das decisões coletivas. Numa situação em que reconhecida o direito de uma categoria e que, aplicando-se o dispositivo em discussão, e delimitando os efeitos somente para os substituídos processualmente que tenham, na data do ajuizamento da ação, domicílio na área de competência do juiz que prolatou a decisão, estar-se-ia permitindo uma série de problemas processuais, tais como: i) a possibilidade do ajuizamento de tantas outras ações civis públicas idênticas em cada uma das seções judiciárias competentes; ii) a inevitável possibilidade de que as decisões emitidas em cada seção judiciária seja diversa das demais; e, por isso, iii) verificar-se uma situação fática em que indivíduos em igual situação receberiam provimento jurisdicional diverso¹⁰⁷. É diante dessa verificação que afirmam:

A lógica das demandas coletivas está exatamente na tutela molecular (única) de uma pluralidade de direitos semelhantes. Exigir-se o fracionamento da questão coletiva, com o evidente risco de decisões contraditórias, é, sem dúvida, violar o bom senso e o princípio da igualdade. O que marca a tutela coletiva é a indivisibilidade do objeto (...)¹⁰⁸.

Dos argumentos apresentados é possível concluir que não é admissível – considerando a sistemática a que se propõe a ação civil pública – temperar a eficácia *erga omnes* da coisa julgada produzida pelo instrumento processual coletivo. Caso contrário, o objetivo almejado – que é o pacificar o conflito – será, diante da clara possibilidade de ajuizamento de processos

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, pp. 164/165.

¹⁰⁸ Op. cit.

diversos e a conseqüente possibilidade de decisões diversas, prolongado e majorado indevidamente¹⁰⁹.

Para solucionar a questão, a doutrina utiliza-se do argumento da interpretação sistemática do dispositivo em questão com outros previstos no Código de Defesa do Consumidor (art. 93 do CDC), que – como já adiantado – defende-se fazer parte de um microssistema da tutela dos direitos coletivos. Afirmam, portanto, que a seria inócua a limitação territorial prevista, porque com a aplicação sistemática dos dispositivos pertencentes ao microssistema coletivo, ficaria claro que a coisa julgada não pode ser delimitada em função do território, que é critério de determinação da competência¹¹⁰.

Além disso, Hugo Nigro Mazzilli aponta que – ao admitir a famigerada limitação territorial – abrir-se-ia espaço para mais uma grave incoerência técnica na relação entre a ação civil pública e a ação popular:

(...) não raro, as mesmas questões de fato e de direito podem ser objeto de ação popular e de ação civil pública, e, na primeira, não existe a mesma canhestra restrição que se quis impor no tocante a eficácia da sentença proferida na segunda (produção de efeitos apenas *nos limites da competência territorial do juiz prolator*) ... Assim, se a alteração trazida ao art. 16 da LACP não fosse inócua, porque despicienda, ainda levaria a um paradoxo. Suponhamos que, numa ação civil pública, destinada a defender o meio ambiente, se chegasse a obter uma sentença de procedência que seria imutável somente “nos limites da competência territorial do juiz prolator”, enquanto numa ação popular, com a mesma causa de pedir e pedido, se poderia chegar a uma sentença condenatória imutável em todo o País...¹¹¹.

Essa disputa, entre a doutrinária e a jurisprudência, poderá em breve chegar a uma conclusão. Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Seu texto prevê expressa revogação da discutida Lei nº. 9.494/97, retirando do ordenamento jurídico a abjeta delimitação territorial da coisa julgada em procedimentos coletivos.

3.2.3 O mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo, por sua vez, encontra posituação na Lei nº. 12.016/09, que estabelece a utilização do instrumento somente na hipótese de proteger direito

¹⁰⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública – Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 417.

¹¹⁰ Op. cit., p. 405.

¹¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19ª ed revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006. Páginas 498/499.

líquido e certo, que não encontra respaldo em *habeas corpus* ou *habeas data*, em toda situação que, através de conduta ilegal ou com abuso de poder, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público afetar direitos coletivos, em seu sentido estrito, ou individuais homogêneos.

Contudo, nesse sentido, entende-se pela possibilidade da impetração do mandado de segurança coletivo na tutela de direitos individuais e, atente-se, de todos as espécies de direitos coletivos (coletivos em sentido estrito, difusos e individuais homogêneos). Insistir numa interpretação literal da legislação acaba por provocar um retrocesso na proteção do direito fundamental a uma tutela adequada. O mandando de segurança, portanto, “desloca-se da esfera de influência do Estado Legislativo (...) e passa a integrar os domínios do Estado Constitucional, sendo veículo adequado também para prestação de tutela aos novos direitos em que a transindivisualidade está normalmente presente”¹¹².

Quanto à legitimação a letra da lei também é bastante restritiva, ao estabelecer, em seu art. 21, que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

Nesse sentido, também caminha a doutrina na concepção que o rol de legitimados estabelecido em lei não é taxativo, isso porque – diante dos legitimados para as demais ações coletivas – e levando em consideração que o mandado de segurança é apenas uma forma de procedimento diverso das demais ações coletivas, acredita-se que a tutela dos “interesses coletivos já foi outorgada, pelo texto constitucional e por diplomas infraconstitucionais, a outras entidades além daquelas enumeradas no dispositivo em exame”¹¹³. A lógica adotada é de que reconhecendo-se que os demais legitimados para o trato da coisa coletiva já possuem habilitação legal reconhecida para a proteção desses direitos em juízo, não guardaria lógica proibir que eles se utilizem de uma via processual de proteção. Desta maneira, considera, parte da doutrina, razoável o reconhecimento dessa ampliação do rol de legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo, “de sorte que todos os autorizados para as ações

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 690.

¹¹³ Op. cit., p. 693.

coletivas também tenham à sua disposição o mandado de segurança coletivo como técnica processual para a proteção dos interesses de massa”¹¹⁴.

Sérgio Ferraz também comunga de entendimento semelhante ao considerar inequívoca a possibilidade do Ministério Público impetrar mandando de segurança coletivo seguindo a lógica constitucional de que o Ministério Público, de acordo com o art. 129, III, do texto constitucional, também dispõe da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, de tal modo, “a tutela de tais bens e interesses é tão prezada pelo ordenamento constitucional que, se se revelar mais expedido para tanto, em caso concreto, o mandado de segurança, inevitável será a possibilidade de sua utilização pelo Parquet”¹¹⁵.

3.3 A tutela coletiva como instrumento processual apto a concretizar direitos sociais

Pode-se afirmar, então, que a concepção individualista do processo (desenvolvida pela doutrina alemã durante o século XIX) não foi capaz de satisfazer os anseios sociais quanto à tutela de interesses. A tutela coletiva – notadamente pela utilização das ações civis públicas – passa a figurar como instrumento eficaz no suprimento da lacuna existente quando da falta de um regramento específico para a tutela de interesses de espectro coletivo. Mas não se deve perder de vista um fato de simples compreensão, porém muito ignorado pelos estudiosos do tema, que “praticamente tudo o que pode fazer uma ação civil pública poderia ter sido feito pelo Estado, por seus próprios mecanismos de controle administrativo”¹¹⁶. Em outras palavras, a tutela coletiva e, mais especificamente a ação civil pública pela sua abrangência, são “um instrumento de substituição, mediante o qual a sociedade busca a atuação do poder judiciário para suprir ou complementar a atuação da administração pública”¹¹⁷. Notadamente, essa concepção é de suma importância quando da tutela dos direitos sociais já anteriormente discutidos. Isso porque deve-se compreender que a tutela coletiva deverá ser utilizada, precipuamente, como instrumento respeitoso ao princípio da igualdade na busca de efetivar de maneira molecular os direitos sociais que passem a ser tratados de maneira lacunosa pela Administração Pública.

¹¹⁴ Op. cit.

¹¹⁵ FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança e acesso à justiça, In: QUEIROZ, Rafael Augusto Sofiati de (coord.), **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002, pp. 299/300.

¹¹⁶ CALMON, Petrônio. Fundamentos da ação civil pública. **Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. Coordenadores: Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2010, p.518.

¹¹⁷ Op. cit.

Contudo, percebe-se, por todo o exposto, que a tutela processual coletiva – apesar da diversidade de instrumentos normativos presentes no ordenamento jurídico brasileiro – ainda está engatinhando. Muitas dificuldades são enfrentadas quando se discute tutela coletiva. Parte dessa situação pode ser considerada normal, é ingênuo acreditar que um instrumento processual nasça perfeito desde sua concepção. Contudo, o que se verifica nos termos da tutela coletiva – principalmente quando se discute ação civil pública – é uma certa repulsa ao instituto por alguns setores da sociedade, que possivelmente temem as consequências de sua difusão.

Por esse motivo, a dedicação ao tema é demasiado importante. A tutela coletiva no Brasil somente deixará de engatinhar e, finalmente, caminhará de pé, quando a dedicação ao estudo for encarada como matéria de interesse básico dos setores influenciadores do desenvolvimento da ordem jurídica, com maiores preocupações principalmente no setor acadêmico. Uma formação para além da individualista nas faculdades brasileiras é urgente. Ou a tutela coletiva ficará para sempre estacionada e ameaçada à falência.

4 O ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA TUTELA COLETIVA

4.1 O ativismo judicial como fenômeno mundial

O simples reconhecimento da importância da utilização da tutela coletiva quando da efetivação dos direitos sociais não pode olvidar das consequências fáticas que possíveis comportamentos jurídicos acabem por caracterizar-se nesse novo contexto que o chamado neoconstitucionalismo impôs na estrutura do Direito. Por isso, a discussão acerca do “ativismo judicial” demonstra-se necessária, não só pela importância que o próprio tema impõe, mas também para desmistificar visões acerca do tema que podem levar a pré-noções equivocadas.

A utilização da expressão “ativismo judicial”, por sua vez, vem sendo utilizada desvinculada de uma necessária preocupação com a definição de seus elementos constitutivos. Talvez como fruto dessa inconsistência teórica, o consenso quanto encarar o fenômeno como desejável ou repugnável parece estar longe de ser alcançado. Assim, o tratamento genérico dispensado ao tema, pode levar a expressão “ativismo judicial” à inutilidade, ou, o que seria ainda menos desejado, tratá-la em uma armadilha semântica, capaz de servir aos “participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes”¹¹⁸.

Inegavelmente, as mudanças foram muitas, tantas que se:

Alguém que acordasse hoje, depois de um sono de dez anos, encontraria um Direito inteiramente diferente daquele que conhecia. Para começo de conversa, a Constituição deixou de ser promessa para virar norma. Por todo o país, pessoas e instituições se valem diretamente da Carta para sustentar suas pretensões, que são apreciadas e tuteladas pelo Judiciário. A ação e a omissão dos agentes públicos não são mais obstáculos à aplicação da Constituição. Sua supremacia opera a despeito e independentemente da interpositivo de quem quer que seja¹¹⁹.

Numa análise do desenvolvimento mundial do ativismo judicial, os Estados Unidos são considerados o berço da criação do termo “ativismo judicial”, e, não apenas pela responsabilidade desse neologismo, o país se destaca quanto às discussões acerca do papel dos juízes e cortes dentro do sistema político que estão inseridos. O tema do ativismo judicial, inclusive, acaba confundindo-se com o próprio desenvolvimento do constitucionalismo norte americano. Desse modo, desde seu surgimento, “a expressão ‘ativismo judicial’ tornou-se a

¹¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 388.

¹¹⁹ PIRES, Thiago Magalhães. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 29.

principal estrela do debate sobre o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição e na relação com os demais poderes. Pode-se falar mesmo em onipresença do termo no cenário norte americano”¹²⁰.

A primeira utilização do termo é registrada em artigo, do historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr, intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, com publicação na Revista Fortune, em janeiro de 1947, quando – para além da simples apresentação do termo – trouxe à baila importante discussão a qual Carlos Alexandre de Azevedo Campos destaca:

Schlesinger entregou [...] importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como instituição vital ao país e à sociedade, mais ela e seus juízes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator das decisões tomadas. Schlesinger defendeu a importância em saber as questões que dividem os juízes da Suprema Corte norte-americana e isso por que “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”. Esta é uma lição fundamental para o contemporâneo momento de relevância política e social do Supremo Tribunal Federal¹²¹.

Apesar de levar o mérito por utilizar de maneira inédita a expressão “*judicial activism*”, Paulo Gustavo Gonet Branco atenta para o fato de que o surgimento da nomenclatura surgiu em um contexto não técnico, apresentado em um breve artigo em publicação destinada a reportar apenas novidades (a Revista Fortune), onde¹²²:

O autor, Arthur Schelesinger Jr., respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao Tribunal. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade. Em cinco páginas, o autor separava os juízes em dois grupos diferentes pelos rótulos de “ativistas judiciais” e de “campeões da auto-contenção” (self-restraint). A nenhuma dessas etiquetas era devotada alguma reflexão conceitual ou metodológica. Não havia explicação por que, por exemplo, Hugo Black e William Douglas haviam recebido o carimbo de ativistas, senão, no que é interpretado como impulso de rivalidade universitária, por haver Schelesinger, de Harvard, ligado Black a instituição concorrente, atribuindo-lhe laços com o “cinismo sobre um Judiciário objetivo, particularmente dominante na Escola de Direito de Yale”¹²³.

Contudo, o primeiro e maior exemplo de ativismo judicial é da própria Suprema Corte Americana; num primeiro momento, ainda no Século XIX, aquela Corte foi responsável pela adoção de medidas reacionárias como a confirmação do regime de segregação racial (*Dred*

¹²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 41.

¹²¹ Op. cit., p. 43.

¹²² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 388.

¹²³ Op. cit., p. 388.

Scott vs. Sanford, 1857) e, durante a chamada Era *Lochner* (1905-1937), de leis que versassem sobre direito social em geral. A partir dos anos 50, o contrário passa a ocorrer, quando aquela Corte, sob a liderança do *Chief Justice Earl Warren*, pronuncia uma série de decisões históricas, como a proferida no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), na qual a segregação racial em instituições educacionais públicas foi declarada inconstitucional. Outra decisão emblemática foi proferida no processo *Roe vs. Wade*, em 1973, na qual a Suprema Corte reconheceu o direito das mulheres de buscarem a interrupção voluntária da gravidez.

O Tribunal Constitucional alemão, cuja importância para o desenvolvimento da concepção atual de constitucionalismo é notória, também registra ocorrências de “ativismo social”, especialmente, quando promove a interpretação e concretização do sistema de garantia dos direitos fundamentais da Constituição alemã. A importância da corte constitucional alemã é tamanha que diversos paradigmas jurídicos - tais como “ordem objetiva de valores, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ponderação, proporcionalidade, concordância prática, mínimo existencial, núcleo essencial”¹²⁴ – ressoam e influenciam diversos ordenamento jurídicos, dentre eles o brasileiro, demonstrando a possibilidade de um modelo de corte constitucional legitimada a influenciar os sistemas políticos e sociedades a que estão inseridas.

Esse desenvolvimento alemão não está alheio às influências históricas. Sem dúvidas, o trauma imposto pelo regime nazista impôs uma imperatividade no objetivo em romper com o passado e tornar a elevar a proteção aos direitos humanos. Com esse intuito, em 1949, foi promulgada na Alemanha um novo texto constitucional, caracterizado sobretudo pela adoção de um vasto sistema de direitos fundamentais corroborados nos valores da “democracia, liberdade, justiça, igualdade e centralidade do homem e de sua dignidade na ordem social”¹²⁵. Esse texto constitucional, ainda, ampliou a acessibilidade ao Tribunal Constitucional, reconhecendo seus poderes decisórios em uma clara missão de efetivar um compromisso dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade da pessoa humana. Carlos Alexandre de Azevedo Campos segue destacando a experiência alemã:

A experiência do ativismo judicial do Tribunal Constitucional alemão oferece, sem dúvida, lições das mais valiosas para a abordagem desse livro: a destacada dimensão metodológica ou interpretativa de suas decisões ativistas, mormente quanto à expansão da eficácia objetiva dos princípios constitucionais que expressam direitos fundamentais; como até Tribunais que gozam do mais elevado prestígio institucional devem ser cautelosos em decidir sobre questões essenciais da comunidade política para a qual opera; e como elementos histórico-políticos e transformações jurídico-culturais podem ser fatores relevantes para explicar o avanço do ativismo judicial¹²⁶.

¹²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 100.

¹²⁵ Op. cit.

¹²⁶ Op. cit., pp. 112-113.

Outro país europeu em que se encontra o desenvolvimento de discussões acerca do “ativismo judicial” é a Itália. Sua nova ordem constitucional pós-Segunda Guerra Mundial (1947), à semelhança da experiência alemã, almejando uma mudança do paradigma imposto pelo recente regime totalitário, propugnando pelo estabelecimento da democracia como forma de governo e com uma carta constitucional como instrumento de efetivação de uma variada gama de direitos, tais como o reconhecimento dos direitos invioláveis do homem, da igual dignidade social de todos, do reconhecimento de um dever do Estado em agenciar as condições econômicas e sociais consideradas necessárias para promover o pleno desenvolvimento do homem e a participação de todos os trabalhadores na organização política, social e econômica a ser desenvolvida no país. Para além disso, foram reconhecidas as liberdades políticas e os, aqui discutidos, direitos sociais¹²⁷.

Com esse desenvolvimento constitucional, a jurisdição italiana passou a utilizar-se das chamadas “sentenças aditivas”, caracterizadas pelo desígnio de promover a criação judicial do direito de modo a superar certas omissões legislativas, produzindo, então, reflexos na discussão quanto ao papel do Judiciário conquanto a possibilidade deste ultrapassar o paradigma de legislador negativo e ser encarado como efetivo legislador positivo. Diversos foram os fatores que permitiram esse desenvolvimento: além do alargamento do conteúdo axiológico do texto constitucional, questões fáticas, como a omissão histórica do parlamento italiano e a existência de uma legislação autoritária que justificou uma atuação política e progressista da jurisdição constitucional para que se alcançasse um efetividade do texto constitucional, além da “importância que pode alcançar a substituição de juízes inertes com visão e disposição mais ativista para a validade prática da Constituição e dos direitos fundamentais”¹²⁸.

Para além do direito norte-americano e a experiência específica de alguns países europeus, a discussão do “ativismo judicial” ganha destaque em alguns países da América Latina. É no fim dos anos 80 e início dos anos 90, diante de diversas reformas constitucionais experimentadas com intuito de retornar a um estado de democracia, que surgem novas Constituições caracterizadas pela legitimação de uma contundente lista de direitos fundamentais e sociais, “nesse novo cenário político-constitucional, houve marcante avanço da judicialização da política e do ativismo judicial envolvendo a proteção desses direitos”¹²⁹.

¹²⁷ PRESNO LINERA, Miguel Ángel; CAMPIONE, Roger. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional Italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad**. Madrid: CEPC, 2010.

¹²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 121-122.

¹²⁹ Op. cit., p. 122.

Destacam-se, nesse sentido, além da experiência brasileira, as Cortes da Colômbia e da Costa Rica.

Na Colômbia a discussão teve seu início com a promulgação da Constituição de 1991, que trouxe – em semelhança aos demais casos europeus – uma extensa lista de direitos fundamentais em seu arcabouço, com destaque em sua intensa preocupação com os direitos de caráter social. Esse mesmo texto constitucional, ainda, permitiu um amplo acesso à jurisdição constitucional, imbuindo-a em diversas competências, inclusive quanto ao controle dos atos de outros poderes. Lastreada nessa previsão constitucional, a Corte Constitucional colombiana vem portando-se de uma maneira “hiperativista”, sendo objeto de intenso respeito popular. Assim, “a sociedade colombiana tem feito extenso uso da Corte, fazendo avançar judicialmente pretensões de direitos e de bem-estar social, consolidando a Colômbia como um Estado social de direito”¹³⁰.

Destaque-se, nesse sentido, o tratamento que a jurisdição constitucional colombiana vem empregando no trato dos direitos sociais, dada a intensa judicialização do tema naquele país. Interessante, por sua vez, são as soluções propostas no país quando da judicialização dos direitos de caráter social. Adota-se, basicamente, três diferentes formas de decisão, quais sejam: i) uma proteção individualizada em casos de tutela individual; ii) a utilização de uma espécie de tutela coletiva, através da judicialização da proteção de grupos similarmente caracterizados; e, por fim, demonstrando a influência do Judiciário na estrutura de Poderes na Colômbia, através iii) da revisão abstrata de políticas econômicas. É dessa maneira que vêm se admitindo a interferência judicial em grande parte das decisões de caráter político-econômico que, em tese, ficariam a cargo do governo. Como justificativa dessa judicialização, a Corte Constitucional utiliza-se da “doutrina da conexidade”, cujo significado é de que “o direito social deve ser protegido quando a violação implicar inobservância de um direito fundamental e de aplicação imediata como, por exemplo, o direito à vida”. Outra justificativa utilizada é o do reconhecimento de “alguns direitos como ‘fundamentais por si sós’, como direitos de nutrição e de educação das crianças, e como ‘fundamentais no nível de proteção do mínimo existencial’”¹³¹.

A Corte tem decidido em favor da realização efetiva dos direitos sociais e econômicos, principalmente, nos seguintes temas: direito à saúde, direito aos serviços de seguridade social, proteção do idoso, extensão de benefícios de pensão e aposentadoria em respeito à isonomia, tratamento igual entre empregados sindicalizados e não sindicalizados, objeção de incidência tributária sobre o consumo

¹³⁰ Op. cit.

¹³¹ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington Univ. Global Studies Law Review*. Vol. 03, 2004, p. 618.

de bens de primeira necessidade (proteção do mínimo vital), intervenção na indexação dos salários dos servidores públicos, a situação precária inconstitucional das penitenciárias, etc¹³².

Outro caso é o da jurisdição constitucional da Costa Rica. A reforma constitucional data de 1989, quando foi criada uma nova “Câmara” na Corte Suprema de Justiça do país (conhecida como “Sala IV”) destinada, especificamente, a resolver contendas constitucionais e promover a defesa dos direitos fundamentais. O novo texto constitucional, ao reverso do ocorrido no caso colombiano, não trouxe novos direitos fundamentais e sociais, dado que estes já tinham previsão desde a Constituição de 1949, trazendo mais de 50 artigos sobre o assunto, o problema, entretanto, é que tais direitos durante todo o período de vigência não atingiram a efetividade, encontrando empecilhos no comportamento muito passivo da Corte Suprema no exercício do controle de constitucionalidade das ações dos outros poderes, especialmente do Legislativo, que exercia sua função sem demonstrar quaisquer preocupações com os limites substanciais impostos na Constituição¹³³.

No caso do Brasil, pode-se afirmar que posturas consideradas ativistas começaram a apresentar seus primeiros casos após a ditadura militar no Estado do Rio Grande do Sul através do Movimento do Direito Alternativo Brasileiro, que teve seu surgimento marcado na década de 1990. Uma das características desse movimento – avaliado como radical - foi a de conceder aos magistrados a concepção de que poderia agir contra a lei, posicionamento que, até os dias atuais, é rechaçado pelos tribunais. Contudo, o fenômeno do ativismo judicial não pode ser resumido ao movimento gaúcho, nem com ele é enleado¹³⁴. É com a Constituição Federal de 1988 que é possível vislumbrar o primeiro marco de efeito na história do ativismo judicial no país. Foi com esta Carta Magna que o Brasil assistiu um alargamento do controle normativo por parte do Judiciário, através da anexação dos famigerados princípios e fundamentos do Estado que estimularam o Judiciário brasileiro em direção ao ativismo judicial, perante as previsões de dirigismo constitucional e a promessa também constitucional de efetivação dos direitos sociais¹³⁵.

¹³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 126.

¹³³ WILSON, Bruce M. *Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court*. **The Judicialization of Politics in Latin America**. Ed. Rachel Sieder, Line Schjolden, Alan Angell. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 58.

¹³⁴ DANTAS, Frederico Wildson da S.. **O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil**. Revista ESMAFE, v. 18, 2008, p. 31.

¹³⁵ Op. cit., p. 36.

4.2 O “ativismo social” de direitos sociais: o protagonismo do judiciário brasileiro após a promulgação do texto constitucional de 1988 – a defesa de um “ativismo judicial” moderado

Ativismo judicial, aqui utilizado na mesma acepção de judicialização é, em uma rápida definição, o fenômeno pelo qual questões tradicionalmente políticas passam a ser controladas, ao menos em parte, pelo Poder Judiciário. É um processo que começa a se desenvolver globalmente a partir da metade do século XX; momento a partir do qual as instituições judiciais, em todo o mundo ocidental, passam a aumentar sua esfera de influência sobre a vida pública. Se antes o Judiciário se destinava a resolver conflitos entre indivíduos definidos, a partir de então, suas decisões passam a enfrentar demandas de grupos massificados, que questionam as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado¹³⁶.

Essa mudança salta aos olhos pelo tratamento jurídico diverso, isso porque, antes, o paradigma jurídico vigente situava os juízes apenas na aplicação das normas editadas pelo legislador. Nacionalmente, superada a visão tradicional, não foi raro constatar do Supremo Tribunal Federal – como também do resto da estrutura judiciária – um posicionamento proativo. É com a edição da Constituição Federal de 1988, aliada a outros fatores como a superação da metodologia constitucional positivista, que se vê erigir jurisprudências destinadas a concretização – através da determinação de prestações positivas – de direitos sociais¹³⁷.

A judicialização da vida, no caso pátrio, se iniciou mais tarde, apenas a partir da redemocratização, mas foi ganhando força a ponto do Poder Judiciário tornar-se uma das forças motrizes da vida política nacional na última década, como é possível perceber ao analisar algumas das questões enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal contemporaneamente: a descriminalização do aborto de anencéfalos, proferida na ADPF 54¹³⁸; a decisão proferida na ADPF 130¹³⁹ que entendeu que a Lei 5.520/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 19/08/2013, pp. 01-02.

¹³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 515-551. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-516.

¹³⁸ BRASIL – STF, ADPF 54 / DF. STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. em 12/04/2012, DJe de 30/04/2013.

¹³⁹ BRASIL – STF, ADPF 130 / DF. STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, julg. em 30/04/2009, DJe de 06/11/2009, p. 00020.

Carta Constitucional vigente; e por fim, ressalte-se também a ADI 3510¹⁴⁰, que manteve a autorização das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias¹⁴¹.

Importa adiantar que, embora decisões como essas tenham resultado numa interferência direta do Poder Judiciário no âmbito da competência dos outros Poderes, elas não constituem uma assunção de competências pelo Judiciário, isto é, não foram além dos parâmetros legais e constitucionais que regulam sua atuação. Tendo ocorrido a propositura de tais ações por seus legitimados ativos, ao Supremo Tribunal Federal cabia pronunciar uma decisão, não sendo-lhe possível quedar-se inerte. E por mais amplas que sejam as medidas que foram tomadas por aquela Corte, nenhuma era constitucionalmente vedada – disto conclui-se que fator preponderante para o processo de judicialização nacional é a própria ordem constitucional vigente, cujo sistema de controle de constitucionalidade autoriza não apenas à Corte Superior mas a todos os membros do Judiciário a afastar a aplicação, *in concreto*, de leis consideradas inconstitucionais; alie-se a isso a ampla constitucionalização de direitos sociais e transindividuais – que permite, assim, a cognição judicial de matérias afetas a tais direitos, e resta claro que o controle judicial de políticas públicas foi uma opção do próprio constituinte originário.

É incontestado o crescimento da importância social que o Judiciário vem galgando nas últimas décadas perante sua verdadeira mudança de papel na sociedade. Essa notoriedade judiciária decorreu do reconhecimento da possibilidade de determinações judiciais que estabelecessem a execução de direitos, principalmente aqueles de caráter social. A alteração de paradigma ocorreu após a edição da Constituição Federal de 1988, quando da previsão de uma gama de direitos sociais, dotados, em sua maioria, de previsão textual liquefeita, com termos jurídicos com espectro interpretativo dilatável. Esses direitos, que requerem do Estado prestações positivas, são claras manifestações da ideia de um Estado intervencionista, que se dedica à procura de uma otimização do ambiente social, através de sua aplicação direta de políticas públicas intencionadas neste sentido¹⁴². O conceito de direitos sociais e sua consequente (e esperada) concretização enfrentam diversos empecilhos no contexto brasileiro. É complicada a efetivação desses direitos, ao passo que é necessário compreender que “o

¹⁴⁰ BRASIL – STF, ADI 3510 / DF. STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, julg. em 29/05/2008, DJe de 28/05/2010, p. 00043.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 19/08/2013, pp. 04-05.

¹⁴² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Organizadora: Maria Paula Dallari Bucci. p. 01- 49. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 05.

desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço de sua população”¹⁴³.

Vale salientar que Luís Roberto Barroso promove uma diferenciação entre o fenômeno da judicialização e o chamado “ativismo judicial”. O segundo, apesar de também se caracterizar por uma atuação judicial dentro da arena política, possuiria raízes diversas da judicialização. No contexto brasileiro, a judicialização originar-se-ia do próprio desenho de nossa ordem constitucional – o Judiciário, devido à abundância de direitos com assento constitucional, possui o dever de manifestar-se sobre essas matérias quando provocado. Não há, por isso, uma vontade política buscando expandir sua esfera de influência. Tal vontade política é justamente o que originaria o ativismo judicial, o que leva a uma interpretação expansiva das competências constitucionais reservadas ao Judiciário, levando-o, supostamente, a ultrapassar os freios e contrapesos colocados para evitar o abuso das competências de cada um dos poderes¹⁴⁴.

O ativismo judicial, como uma atividade jurisdicional realizada em detrimento da atuação dos outros dois Poderes, muitas vezes, resulta no Poder Judiciário tomando medidas contrárias às políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo ou invalidando atos legislativos. Geralmente a concretização do ativismo se manifesta por meio de diversas condutas, das quais ressaltam-se as seguintes: a aplicação de efeitos jurídicos de normas constitucionais a situações não previstas dentro de tais normas; a invalidação de leis, pela via do controle de constitucionalidade, quando tais normas não violem de modo direto e flagrante os dispositivos constitucionais; e mediante decisões que obriguem à Administração a proceder de modo diverso na sua condução das políticas públicas¹⁴⁵.

O oposto de ativismo, segundo o hoje ministro Luís Roberto Barroso, é a autocontenção judicial, postura que era adotada pelo Judiciário brasileiro até a promulgação da Constituição de 1988. Ao contrário da postura ativista, na autocontenção judicial os magistrados agem conservadoramente ao declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, retirando a validade apenas daqueles atos que sejam expressamente contrários à Constituição; não aplicam os efeitos jurídicos das normas constitucionais a situações não expressamente identificadas no texto constitucional, e buscam não intervir na execução das políticas públicas pelo Estado. Barroso entende, nesse aspecto, que o Judiciário nacional vem tomando, ultimamente, algumas decisões ativistas – como no caso da fidelidade partidária, onde uma situação não expressamente prevista

¹⁴³Op. cit., p. 10.

¹⁴⁴ Op. cit., p. 06.

¹⁴⁵ Op. cit.

no texto constitucional foi considerada apta a autorizar a incidência da perda do mandato. O mesmo, afirma, teria ocorrido no caso da extensão da proibição ao nepotismo ao Executivo e ao Legislativo, onde a Corte, a partir dos princípios da moralidade e impessoalidade teria criado uma obrigação para a Administração que não constava do texto constitucional¹⁴⁶. Esse perigo da suposta usurpação de funções, onde juízes supostamente despreparados abusariam de suas competências e adentrariam em assuntos que estariam fora de suas alçadas, é uma das maiores preocupações doutrinárias da atualidade, principalmente quando se discute a executividade de prestações de direitos sociais¹⁴⁷.

Alexy¹⁴⁸, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, demonstra que não basta afirmar que o conteúdo dos direitos sociais é formulado por conceitos jurídicos de caráter indeterminado, até porque não é incomum aos tribunais – tanto brasileiros, quanto estrangeiros – e à Ciência do Direito o exercício, através da jurisprudência e da doutrina, da determinação de conceitos ditos como indeterminados. A discussão deverá, em sua opinião, centrar na análise da justiciabilidade dos direitos sociais para que se evite a usurpação de competência dos outros Poderes pelo Judiciário, correndo-se o risco de se instalar uma verdadeira “ditadura do judiciário”, visto que os efeitos de tal situação não se limitariam a suposta agressão à repartição de poderes, mas radiariam para considerações orçamentárias, uma vez que são grandes os custos financeiros destinados à realização dos direitos sociais fundamentais, o que legitimaria ao Poder Judiciário o controle de considerável parcela da dotação orçamentária¹⁴⁹.

Por isso, como propõe Andreas J. Krell, faz-se salutar uma diferenciação entre dois tipos de ativismo: um forte e um fraco/moderado. No ativismo forte, encontram-se os excessos, as decisões permeadas por valorações individuais dos magistrados, que deve ser – de logo – rechaçado. Já o ativismo moderado, considerado pelo autor como positivo ao ordenamento jurídico, é aquele que se dá através de uma interpretação extensiva do texto constitucional, no sentido de reconhecer que a Constituição prevê em seus dispositivos, no intuito de atingir os fins colimados, a possibilidade do Judiciário, através de uma postura proativa, interferir nas competências dos demais poderes. Para isso, “o juiz segue a racionalidade jurídica orientada à

¹⁴⁶ Op. cit.

¹⁴⁷ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2**. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012, p. 150.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 507-508.

¹⁴⁹ Op. cit.

realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, ainda que ele adote uma interpretação extensiva de normas constitucionais principiológicas”¹⁵⁰.

Assim, dentro dos termos desse ativismo moderado, é necessário reconhecer a importância que o Poder Judiciário vem adquirindo nos dias atuais. Isso porque, o Poder está servindo como meio que – dentro de seus limites fáticos – está conseguindo contornar a inércia à que está entregue os demais Poderes, assim, preenchendo os vazios deixados por essas omissões – comuns em nosso país –, além da verdadeira passividade da representatividade popular. O que não pode ocorrer é todos “esperarem sentados” por uma solução para problemas já considerados clássicos. Bem ou mal, é bom que alguém esteja agindo¹⁵¹. Fundamental, portanto, o papel proativo hoje exercido por parte da jurisprudência brasileira. Ao expandir e buscar, através de decisões jurídicas, direitos, vê-se um progresso da democracia¹⁵². O moderno Estado social, então, coaduna com a magistratura dedicada, que procura efetivar as exigências de um direito material¹⁵³.

Nesse sentido, apesar de ainda encontrarmos algumas decisões apegadas ao conservadorismo de outrora, é necessário reconhecer que houve um avanço – principalmente da doutrina – durante a década final do século XX e o início do século corrente. O apego à noção de uma absoluta separação dos poderes e da ideia de que os direitos sociais não passariam de normas programáticas foram, aos poucos, abandonadas, dando lugar a um novo contexto jurídico, em que o Judiciário passa a ser visto como um instrumento, oferecido aos cidadãos nos termos do acesso à justiça, capaz de obtemperar a inclusão social daqueles que estejam à margem da sociedade¹⁵⁴. Tal contexto foi facilitado pela constitucionalização de setores jurídicos – caso clássico do Direito Civil, por exemplo – e pela forte carga principiológica e normativa da ordem jurídica¹⁵⁵.

¹⁵⁰ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2**. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012, p. 151.

¹⁵¹ Op. cit., p. 177.

¹⁵² MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podvum, 2008, p. 457.

¹⁵³ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.107.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 553- 586. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 553-555.

¹⁵⁵ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2**. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012, p. 138.

4.3 O ativismo judicial no Brasil e a visão dworkiana do juiz héracles

Faz-se necessário compreender-se – antes de adentrar-se no cerne da discussão – que a concepção de Dworkin acerca do ativismo judicial leva em consideração a estrutura jurídica norte americana, cujo texto constitucional possui como uma de suas marcas principais a laconicidade. Assim, Dworkin considera que a sindicabilidade das políticas públicas tem seu trato adstrito à vontade majoritária, sendo uma questão que deva ser analisada em sede de eleições, de modo a garantir que a própria sociedade civil decida quais rumos serão tomados, reconhecendo-se, então, uma limitação da atividade jurisdicional nesse sentido. Contudo, deve-se atentar que o caso brasileiro não se adequa essa concepção do jusfilósofo americano, pois as políticas públicas são uma concretização de direitos fundamentais que encontram guarida no próprio texto constitucional, diferenciando-se assim do conceito de *policy* e adequando-se ao conceito de princípios que, segundo a teoria dworkiana, podem ser submetidos a um maior controle jurisdicional¹⁵⁶. Assim:

No Brasil, ao contrário da situação jurídica em outros países, é a própria Constituição que regula em maior ou menor grau as atividades e os elementos das políticas públicas que devem ser implementadas pelo Estado para assegurar a realização dos direitos fundamentais sociais. Nesse âmbito marcado por um texto constitucional analítico por excelência, o instrumento da revisão judicial parece com uma naturalidade bem maior do que em países como os EUA ou a Alemanha, que possuem constituições sintéticas¹⁵⁷.

Respeitado internacionalmente e creditado como um destacado teórico e filósofo do direito dos séculos XX/XXI, Ronald Dworkin publicou obras que abrangem as mais diversas temáticas, abordando desde a Filosofia do Direito até a Filosofia Política e a Filosofia Moral, com posicionamentos que fugiam aos limites da academia e proporcionavam a realização do debate público dos mais diversos temas (chegando até mesmo a expor sua opinião, em coluna publicada no jornal O Estado de São Paulo, acerca do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) no Brasil, em 1997). Demonstrou, assim, durante toda sua vida pública, uma sensível preocupação com temas diversos, como formas de financiamento de campanhas políticas, ações afirmativas, homossexualidade, liberdade religiosa, entre outros¹⁵⁸.

Além disso, dedicou grande parte de sua obra à discussão – que aqui interessa – acerca da natureza e comportamento da atividade jurisdicional. Em sua teoria – um expresse

¹⁵⁶ Op. cit., pp. 154-155.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 155.

¹⁵⁸ BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco-espinho. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 289-304. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8348/6370>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 290.

contraponto à desenvolvida por Herbert Hart – Dworkin reaproxima o Direito da moral, destacando a utilização dos princípios na solução das controvérsias judiciais. Posicionamento diametralmente diverso do defendido por Hart que, na defesa de seu positivismo analítico, repudiava a correlação da moral ao direito, separando-os. Ao posicionar-se de tal maneira, Hart defendeu que as normas jurídicas possuem conteúdo indeterminado, sendo o conteúdo das decisões judiciais algo relacionado à discricionariedade do julgador; sustentou que “a vagueza era inerente à linguagem jurídica e que nos *hard cases*, nos quais existiriam várias interpretações razoáveis, os juízes poderiam decidir discricionariamente”¹⁵⁹, admitindo, desta maneira, que a função jurisdicional seria, nessas situações excepcionais, criativa. Já Dworkin, perante à insegurança que enxergava em tal discricionariedade, defende que a solução jurídica deve sempre pautar-se no que está previamente estabelecido no ordenamento, afastando, dessa maneira, o poder criativo do juiz¹⁶⁰. É nesse contexto que criou a figura do juiz perfeito, o Hércules, um dos objetos centrais da discussão aqui proposta.

A atenção despendida a obra de Dworkin é compreensível, pois apresenta-se como uma alternativa à concepção de direito até então dominante. Contudo, dentro os seus diversos críticos, há quem afirme que suas teses não são tão inovadoras como afirmam-se ser, não passando de afirmações que já estariam integradas dentro das concepções da Ciência do Direito tradicional. Inegável, entretanto, é o fato de que Dworkin, como bem afirma Albert Calsamiglia, é um autor incômodo, pois buscou durante todo o desenvolvimento de sua teoria, questionar conceitos inegavelmente arraigados na mentalidade dos juristas¹⁶¹.

É salutar, portanto, ir além do embate entre Dworkin e Hart e compreender a visão do jusfilósofo norte-americano e abarcar qual a importância de seu pensamento dentro do contexto atual referente à discussão acerca do ativismo judicial. Para isso, será analisada sua teoria especificamente no que se refere à atividade jurisdicional. Em seguimento, serão analisadas as principais críticas à teoria do Dworkin acerca do ponto específico de discussão. Para, por derradeiro, verificar como a teoria de Dworkin poderia justificar a posição proativa do Judiciário brasileiro.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 343-367. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 358.

¹⁶⁰ Op. cit.

¹⁶¹ CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin? **Doxa**. n. 02, 1985. p 159-165. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10999/1/Doxa2_10.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 164 et seq.

4.3.1 Ronald Dworkin e a defesa de um juiz Hércules

Dworkin é um dos filósofos de maior impacto no pensamento jurídico moderno, caracterizando-se como um dos principais nomes no contexto do pós-positivismo, sendo responsável por significativas contribuições no campo da hermenêutica e no desenvolvimento da problemática relativa os princípios jurídicos¹⁶². Sua análise foi voltada principalmente aos problemas surgidos no contexto dos Estados Democráticos de Direito modernos, onde o Poder Judiciário passa a ter um maior protagonismo no desenvolvimento das democracias, uma vez que os grupos sociais passam a buscar judicialmente a concretização de suas demandas, apoiadas na expansão dos direitos fundamentais prescritos constitucionalmente que se observou na segunda metade do século XX¹⁶³.

Neste quadro de expansão do âmbito de influência do Judiciário, surge como questão fundamental a problemática da hermenêutica jurídica, mormente no que tange a como se deve interpretar o direito, quais as condições necessárias para a existência de decisões corretas (e se é possível estabelecer essas condições), diante daquilo que Hart chamou de “textura aberta” do ordenamento jurídico. No momento em que passa a desenvolver seu pensamento, Dworkin está inserido num contexto doutrinário dividido entre a dogmática exegética-positivista e as diversas teorias deciosinistas, como as teorias intencionalistas, voluntaristas, axiológicas e semânticas¹⁶⁴; volta-se, então, à busca de uma teoria que, de um lado, admita a relevância normativa dos princípios e, de outro, refute o caráter arbitrário das decisões jurídicas. Sua teoria da única resposta correta considera que os litigantes vêm ao judiciário em busca de uma, fundada no ordenamento jurídico, e não solicitando uma solução meramente pragmática de uma entidade quase legislativa; no âmbito de um Estado Democrático de Direito, não seria cabível a existência de decisões arbitrárias e voluntaristas, de modo que o julgador, ao analisar a lide, estaria obrigado a considerar o direito posto e as decisões jurídicas que vieram antes, mesmo nos chamados *hard cases*¹⁶⁵.

¹⁶² BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco-espinho. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 289-304. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8348/6370>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 289.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 343-367. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 344.

¹⁶⁴ Op. cit., p. 345.

¹⁶⁵ WALDRON, Jeremy. Ronald Dworkin: An Appreciation. **NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-39, 2013**. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2276009>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 02).

Pretende-se, aqui, restringir análise ao campo de sua teoria da única resposta correta e sua visão da interpretação jurídica, mormente como o seu conceito de juiz Hércules pode ser usado como um modelo interpretativo que afaste a visão de que a decisão jurídica, em especial nos casos de anomias no ordenamento jurídico, em razão da proibição ao *non liquet*, seria fundada na discricionariedade do julgador, que se basearia apenas em sua subjetividade na ausência de previsões normativas claras para a solução da lide¹⁶⁶.

A teoria de Dworkin pode ser encarada como uma reação ao pensamento positivista, em especial ao de seu professor H.L.A Hart. Para este último, apenas as regras (*rules*) teriam caráter cogente; nos casos em que não houvesse uma regra precisa para sua resolução, o juiz estaria livre para decidir o direito de acordo com suas convicções próprias¹⁶⁷. Essas regras, entretanto, não são fechadas, possuem as denominadas “áreas de penumbra”. Um caso difícil, como parece não existir uma regra jurídica que seja inequivocamente aplicável ao caso, o juiz – segundo a concepção de Hart – estaria permitido a utilizar-se da discricionariedade para escolher a decisão que melhor se adegue ao seu juízo. Sendo assim, diante de um *hard case*, inúmeras decisões seriam possíveis e defensáveis¹⁶⁸.

Dworkin – inspirado na teoria da justiça de John Rawls - refuta o positivismo analítico de Hart, afirmando que este permitiria a ocorrência de situações não reguladas por regras que ficariam a mercê da discricionariedade do magistrado. Inversamente, Dworkin eleva a utilização dos princípios como normas ou padrões que constituem o sistema jurídico. Dessa maneira, para além do alcance das regras jurídicas, os princípios possuiriam poder vinculante sob os juízes que passariam a ter o dever de aplicá-los quando as regras jurídicas já não fossem suficientes para a produção da decisão judicial¹⁶⁹.

Para enfrentar essa complexa tarefa, Dworkin traz à baila a figura do jurista Hércules. Tal juiz, que seria dotado de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, seria responsável, então, em reconhecer que o poder geral das leis em criar e extinguir direitos jurídicos, “e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*) [...] aplica-se ao caso em juízo”¹⁷⁰. Em miúdos, o juiz Hércules seria aquele capacitado em reconhecer os princípios

¹⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 51.

¹⁶⁷ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p. 74.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 75.

¹⁶⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 51 et seq.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 163.

aplicáveis em situações conflituosas e atingiria – devido a todas suas características – a única resposta correta, sem necessitar sucumbir à discricionariedade na resolução dos casos difíceis¹⁷¹.

O jusfilósofo norte-americano acredita que o modelo do juiz Hércules encoraja o magistrado a respeitar os direitos institucionais. Reconhece que diversos argumentos podem ser direcionados à essa concepção, tais como reconhecer os juízes como indivíduos falíveis, levando o magistrado a não se esforçar em buscar os direitos institucionais e permitir que os *hard cases* sejam decididos baseados somente em razões políticas; Dworkin considera isso como algo perverso, pois permitiria duas situações indesejáveis: i) que os juízes não se encorajassem a buscar a decisão justa ou ii) que, por não possuírem legitimidade, deveriam submeter a outros as questões de direito institucional existentes nos casos difíceis. Acredita, então, que essas críticas não são capazes de refutar a técnica do juiz Hércules, ao reverso, defende que reconhece-las servirá “a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade”¹⁷².

Dworkin defende que a interpretação deve prezar pela coerência e adequação aos conteúdos históricos que a antecedem, para ele “a jurisdição deve imbricar a história jurídico-institucional do passado construída coletivamente com as exigências do hoje”¹⁷³. Assim, o juiz não deve tão somente se limitar ao passado, ou ter vistas voltadas apenas ao presente, deve, então, interpretar o constante nas decisões anteriores e procurar uma adequação que permita que determinada prática legal seja encarada como a melhor solução possível para determinada contenda¹⁷⁴.

Essa concatenação entre passado e presente, requerida para a formulação da famigerada resposta certa, baseia-se na ideia, também apresentada por Dworkin, de romance em cadeia. A construção do Direito dar-se-ia como a de uma narrativa literária, onde o juiz deveria agir como um autor de uma história, considerando “os capítulos anteriores que já foram escritos (história

¹⁷¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 55 et seq.

¹⁷² DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 203.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 343-367. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 361.

¹⁷⁴ Op. cit.

da prática jurídico-social) e não simplesmente escrever um novo tópico – por melhor que seja –, que desconsidere a história institucional que já foi produzida”¹⁷⁵.

Sobre o assunto, vale mencionar as palavras do próprio criador da teoria:

Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são "realmente", que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas¹⁷⁶.

Assim, quando for sua vez de produzir mais um capítulo nesta narrativa, o magistrado deve procurar respeitar a coerência da concatenação dos capítulos que já foram previamente escritos, dando continuidade à história, buscando elaborar o melhor romance, fazendo parecer o resultado final a obra de um único autor, propugnando uma unidade valorativa, uma finalidade, propósito ou objetivo para aquela narrativa¹⁷⁷.

Por essa concepção, Dworkin – no que concerne à visão da função judicial como criadora – defende que, na verdade, a sua função é de, garantindo os direitos preestabelecidos em lei (ou seja, respeitando os outros capítulos do romance), fazer triunfar o direito mais forte e não, simplesmente, sintetizar novos direitos. Dworkin, dessa maneira, buscou produzir uma tese garantidora, que legitimasse o Estado de Direito¹⁷⁸.

Ao refutar a discricionariedade judicial e ao determinar que o juiz deve respeitar à noção do “romance em cadeia” estabelecendo a necessidade da utilização do próprio direito na resolução dos conflitos, Dworkin dá especial atenção a duas categorias normativas: os princípios e as *policies* (diretrizes), que deverão ser consideradas na solução e justificação da resposta correta¹⁷⁹. Para Dworkin, a utilização de tais normas impediriam a necessidade do

¹⁷⁵ BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco-espinho. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 289-304. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8348/6370>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 298 et seq.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 236 et seq.

¹⁷⁷ BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Op. cit., p. 299.

¹⁷⁸ CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin? **Doxa**. n. 02, 1985. p 159-165. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10999/1/Doxa2_10.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 163.

¹⁷⁹ Op. cit., p. 162.

magistrado recorrer a um juízo discricionário, já que o direito “teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada”¹⁸⁰.

Vale ressaltar que, além dos princípios e das *policies*, Dworkin também destaca a existência das regras jurídicas. Essas seriam normas aplicadas através da disjunção excludente do “tudo-ou-nada”, podendo, apenas, ser válida ou inválida. Perante um conflito de regras, apenas uma poderá sobrevir e servir, então, como padrão jurídico para a decisão, assim, “em síntese, o tratamento com regras implica a diferença binária ‘validade/invalidade’, a distinção incluyente ‘regra/exceção’ e, por fim, a relação condicional automática ‘se-então’”¹⁸¹. Já os princípios, para Dworkin, apresentam dimensões de peso ou importância. Em um conflito entre princípios, é plenamente possível reconhecer que os dois princípios em colisão sejam simultaneamente válidos, isso ocorre devido ao fato dos princípios possuírem, como características ontológicas, diferenças analógicas de peso, não aceitando “exceções suscetíveis de enumeração em enunciados mais amplos que as incorporem, também pouco estabelecem uma relação condicional automática ‘se-então’”¹⁸². Por derradeiro, Dworkin trata das *policies*, que apresentam, em relação às regras, as mesmas diferenças que os princípios. Contudo, as *policies* distanciam-se destes ao passo que – ao reverso de estabelecer padrões de justiça, equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade – estabelecem padrões com objetivos que deverão ser alcançados em áreas econômicas, políticas ou sociais de uma determinada comunidade”¹⁸³.

4.3.2 Críticas à teoria dworkiana

Diante da quebra de paradigmas jurídicos impostos pela teoria de Ronald Dworkin, as críticas não tardaram a surgir. Em comum, os críticos à teoria jusfilosófica de Dworkin apontam a sua tentativa de afastar a discricionariedade através da adoção de princípios não retiraria a abstração da atividade judicial. Marcelo Neves é incisivo ao defender que “a tese segundo a qual os princípios servem para cobrir o espaço da discricionariedade, que, no modelo ‘positivista’ de regras, o juiz disporia para decidir, constitui uma ilusão principiológica”¹⁸⁴.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 343-367. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 359.

¹⁸¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 52 et seq.

¹⁸² Op. cit., p. 52.

¹⁸³ Op. cit., p. 53 et seq.

¹⁸⁴ Op. cit., p. 56.

Defende, ainda, que a tese apresentada, na verdade, deixaria de considerar o problema que denomina de complexidade e contingência, não sendo o verdadeiro problema da teoria de Dworkin – como muitos apontam – o maior grau de abstração dos princípios perante as regras. Na verdade, o grande defeito na lógica dworkiana seria ignorar a “forma seletiva de estruturação da complexidade”¹⁸⁵.

Para Neves, a função legislativa ao produzir o texto legal ou constitucional já representa uma grande redução – mas não a esgota – na estruturação seletiva, quando da definição de direitos e deveres, de possibilidades normativas possíveis dentro dessa sociedade. A interpretação e a concretização dos textos normativos promovem, necessariamente, mais uma etapa de seleção das possibilidades normativas com o mesmo intuito de definir os direitos e deveres já estabelecidos no texto constitucional ou legal. Por esse motivo, Marcelo Neves afirma, em oposição ao defendido por Dworkin, que “não é correto considerar que os intérpretes ‘em sentido estrito’ (os órgãos encarregados da interpretação-aplicação jurídica) são *apenas* intermediários dos intérpretes ‘em sentido amplo’ (incluindo toda a esfera pública)”¹⁸⁶. Assim, defende que “eles atuam seletivamente, ao excluir certas expectativas normativas em torno de direitos e deveres constitucionais e legais, incluindo outras como normas atribuíveis aos respectivos textos normativos”¹⁸⁷.

Apresentado esse problema, Neves segue as críticas centrando na questão dos princípios, encarada como grande solução contra a discricionariedade por Dworkin. Afirma, nesse sentido, que ao passo que os princípios são realmente capazes de “estruturar a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico, no qual uma diversidade enorme de expectativas normativas pretende afirmar-se na esfera pública como constitucionalmente amparadas”¹⁸⁸, em outros espectros, “enriquecem os potenciais e alternativas da cadeia argumentativa do ponto de vista interna do direito”¹⁸⁹. Assim, defende que essa abstração/flexibilização realizada mediante os princípios permite, através da argumentação jurídica, uma maior adaptação do conteúdo jurídico às complexas necessidades da sociedade¹⁹⁰. Disso surge o que o autor encara como a principal problemática, que seria: “como controlar a contingência mediante decisões juridicamente consistentes e complexamente adequadas à sociedade, implicando um permanente paradoxo na busca da justiça do sistema jurídico”¹⁹¹?

¹⁸⁵ Op. cit.

¹⁸⁶ Op. cit., p. 56 et seq.

¹⁸⁷ Op. cit.

¹⁸⁸ Op. cit.

¹⁸⁹ Op. cit.

¹⁹⁰ Op. cit.

¹⁹¹ Op. cit., p. 57.

Desse modo, entende que considerar como legítima a postura judicial de admitir a existência de uma única decisão correta seria uma injustiça perante “uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública caracteriza pelo dissenso estrutural”¹⁹². Assim, a concepção do Juiz Hércules – que para Neves é um juiz monológico, solipsista e simplista – não seria adequada diante da impossibilidade de estabelecer os próprios limites desse magistrado¹⁹³.

Arthur Kaufmann também apresenta suas dúvidas neste mesmo aspecto:

E haverá sempre, como pensa *Dworkin*, *uma só e única solução correcta*, ainda que apenas para um “Hércules”? Ou não será antes verdade que no plano normativo não se verificam as modalidades próprias do descritivo como “plausível”, “concordante”, “convicente”, de tal modo que várias proposições jurídicas completamente diferentes sobre a mesma questão podem ser igualmente “plausíveis” (o jurista falará, de preferência, em “defensáveis”) e neste sentido “correctas”? Não será fácil responder a esta questão¹⁹⁴.

Por derradeiro, outra crítica direcionada à teoria de Dworkin é a de que o jusfilósofo estaria buscando o retorno ao um modelo jusnaturalista. Neves, desta vez, refuta a procedibilidade de tal argumento, defendendo “em Dworkin, os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma *determinada comunidade política* e surgem e transformam-se no *processo histórico*”¹⁹⁵ e “devem passar por um tipo de teste de consistência ou coerência constitucional, para que não se dissipem no meio de conflitos existentes na moralidade comunitária”¹⁹⁶.

Vale mencionar, ainda, que após o famoso embate, Hart admitiu a importância dos princípios – antes refutados pelo positivista analítico – e reconheceu a importância destes na formulação do raciocínio jurídico e perfilha que cometeu “um sério erro ao não ter acentuado a eficácia não conclusiva deles”¹⁹⁷. Ao tempo que também afirma que “não tencionava sustentar, através do uso que fiz da palavra ‘regra’, que os sistemas jurídicos só contêm regras de ‘tudo-ou-nada’ ou regras quase-conclusivas”¹⁹⁸, levando o leitor a compreender que já admitia a presença dos princípios jurídicos dentro do ordenamento jurídico antes mesmo da famosa discussão com Dworkin.

Percebe-se que, mesmo diante tantas críticas, é inegável que Dworkin foi um autor de ousadia ímpar. Ao estabelecer a necessidade e encontrar as respostas certas para os problemas jurídicos, sua intenção – apesar dos apontamentos lógicos em sentido contrário – era evidente:

¹⁹² Op. cit.

¹⁹³ Op. cit., p. 58 et seq.

¹⁹⁴ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p. 76 et seq.

¹⁹⁵ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 54.

¹⁹⁶ Op. cit., p. 54.

¹⁹⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 325.

¹⁹⁸ Op. cit.

respeitar os litigantes e peticionários que reivindicam seus direitos baseados no ordenamento jurídico que lhes é apresentado, além de reiterar a responsabilidade dos juiz em respeitar tal ordenamento, apontando que não é possível resolver questões de direito simplesmente de forma pragmática, sendo necessário manter a fé naquilo que já está previsto¹⁹⁹.

É possível atingir a percepção de que a discussão atual acerca do ativismo judicial – tanto por aqueles que o apoiam, quanto por aqueles que avidamente o criticam – deve levar em consideração as interessantes contribuições filosóficas de Ronald Dworkin.

Isso se justifica diante de um dos principais questionamentos à legitimidade desse novo papel judicial: a sua feição democrática. Ao apresentar seu modelo de Juiz Hércules e um padrão hermenêutico que preza pelo respeito ao previamente disposto no ordenamento jurídico, Dworkin buscou legitimar – desde que cumpridas as balizas que estabeleceu – a atividade jurisdicional nos *hard cases*.

Percebe-se, pelo exposto, que esse posicionamento do Poder Judiciário não pode se deixar quedar pela falta de um método. Interessante a visão apresentada por Ronald Dworkin no sentido de impor ao magistrado a responsabilidade de respeitar o ordenamento jurídico a que está submetido, mesmo que em diversos momentos peque pelo excesso de idealismo. Acredita-se que, com o objetivo de uma boa efetivação dos direitos e deveres previstos, o estabelecimento de um padrão ideal – que seria o do juiz Hércules – poderia permitir que a função da magistratura galgasse diariamente pela sua excelência, sempre consciente de sua responsabilidade como personagem público, afastando – com assunção dessa postura – as principais censuras ao ativismo judicial.

Para além disso, ao trazer à baila a utilização dos princípios, Dworkin desmistificou a utilização na argumentação jurídica, que seguia o estrito modelo positivista. Como analisado, ao defender tal posicionamento não tardaram em surgir críticas à sua teoria. Contudo, para galgar-se um refinamento do pensamento, é importante sempre colocar teorias jurídicas/filosóficas à prova em busca de uma adaptação científica de seus termos aos novos que estão sendo postos.

4.4 O poder do judiciário e o orçamento: o conflito entre a “reserva do possível e o mínimo existencial” – a importância da discussão na tutela coletiva de direitos sociais

¹⁹⁹ WALDRON, Jeremy. Ronald Dworkin: An Appreciation. **NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-39**, 2013. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2276009>>. Acesso em: 10 de março de 2014, p. 2 et seq.

Como analisado, a estranheza que ocasiona uma discussão mais aprofundada acerca da possibilidade e do controle de decisões essencialmente políticas por parte do Poder Judiciário advém de uma dificuldade na compreensão de que o Poder Judiciário é, de fato, uma função política, pois ainda permanece no ideário jurídico brasileiro – em certos setores – um apego à tradição centralizadora dos modelos monárquicos, que incutiram uma noção de que a participação política limitar-se-ia ao direito ao voto. Como o reconhecimento da “legitimidade judicial para controlar atos dos demais poderes descentraliza a tomada de decisão”²⁰⁰, o Poder Judiciário deve legitimar-se através da representação argumentativa, significando que “qualquer julgamento deve ser feito à luz dos princípios constitucionais, que juridicizam valores e escolhas políticas. Assim, toda decisão judicial veicula, em certa medida, um julgamento político, pois dá conteúdo a um valor constitucional”²⁰¹. Vale acrescentar que esse movimento de descentralização, em tese, traz as minorias politicamente fracas ao debate político, através da utilização do direito fundamental do acesso à justiça. Contudo, deve-se ter em mente que o magistrado está limitado à “concretização dos direitos das partes. Não pode ele, em princípio, criar ou implementar política pública com base em critérios extra-jurídicos, como a aprovação popular ou a maior eficiência técnica”²⁰².

Sabe-se, portanto, que o documento base que justificou essa mudança de postura judicial foi a Constituição da República de 1988, que “ao juridicizar valores, insere no Direito um conteúdo axiológico de cumprimento obrigatório, dada a força normativa de suas normas”²⁰³. Assim, o texto constitucional cria uma série de deveres jurídicos, consistentes tanto na eficácia vertical quanto horizontal dos direitos fundamentais, induzindo à necessidade de uma adoção de posturas adequadas e que visem à ascensão dos princípios constitucionais²⁰⁴.

Para isso, o Poder Público faz uso das políticas públicas. Contudo, a maior problemática, nesse sentido, reside no fato de definir quais são as políticas públicas prioritárias. O texto constitucional de 1988 trouxe algumas limitações, estabelecendo regime preferencial a algumas áreas específicas, excluindo, de início, qualquer disponibilidade na aplicação pelos poderes eleitos, dessa maneira, o ordenamento constitucional impõe “a aplicação de recursos mínimos em áreas como saúde, educação e seguridade social. Outras regras determinam, ainda, a priorização de sujeitos em especial situação de vulnerabilidade, como as crianças e os

²⁰⁰ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e o processo coletivo estrutural – O controle jurisdicional de decisões políticas**. Série: Processo Coletivo, Comparado e Internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 136.

²⁰¹ Op. cit.

²⁰² Op. cit.

²⁰³ Op. cit., p. 116.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 78.

adolescentes”²⁰⁵. Ao prever tais questões de maneira objetiva, afastando o juízo de discricionariedade e impedindo-se, “em tais casos, escolha política quanto à necessidade de promoção de tais direitos (conquanto exista quanto ao modo de promovê-los)”²⁰⁶.

Tal escolha política, por sua vez, acaba por engendrar uma famosa alteração entre dois princípios jurídicos que, por parecerem defender questões opostas, merecem uma maior dedicação em sua análise pelo magistrado quando da discussão acerca da concretização de direitos sociais através da tutela jurídica, especialmente a coletiva, cujos efeitos econômicos tendem a produzir efeitos mais contundentes que uma ação de caráter individual, que analisada de maneira restrita (mesmo indevidamente).

Quanto ao mínimo existencial, perdura uma concepção de que ele é um princípio que “impõe o agir estatal no sentido de gradualmente assegurar as condições mínimas para a concretização dos direitos fundamentais”²⁰⁷. Tal princípio, por sua vez, não impõe uma obrigação direta do Estado a satisfazer os direitos fundamentais. Na verdade, busca-se que esse Estado promova planos de ação que concretize tais direitos de maneira gradual, de modo a sempre garantir um “mínimo necessário”, para isso, o Poder Público pode se utilizar de uma colaboração com a iniciativa privada ou estimular a economia para garantir que a coletividade alcance esse mínimo necessário à existência através do próprio mercado²⁰⁸.

Em resumo, o mínimo existencial é encarado como um critério, disponível no leque argumentativo do magistrado, que irá auxiliá-lo através da possibilidade do estabelecimento de parâmetros que possam definir quais políticas públicas são as prioritárias, ao passo que impõe ao Poder Público o dever de gradual promoção de todos os direitos que possuam o *status* de fundamental dentro da medida do possível. Isso ocorre porque a definição de qual direito deverá ser priorizado dentro de um conflito de direitos somente poderá ser analisada de maneira racional dentro do caso concreto, pois tal definição encontra-se não somente submetida ao ordenamento jurídico, mas também ao contexto social, econômico, cultural e geopolítico²⁰⁹.

A cláusula da reserva do possível, por sua vez, encontraria sua aplicabilidade, segundo concepção doutrinária e jurisprudencial, quando acumulam-se duas situações: “a) não se puder priorizar o direito alegado pela coletividade em detrimento do direito escolhido pelo Estado e; b) a Fazenda Pública comprovar a inexistência de recursos para tanto”²¹⁰.

²⁰⁵ VIOLIN, Jordão. Op. cit., p. 119.

²⁰⁶ Op. cit.

²⁰⁷ Op. cit., p. 122.

²⁰⁸ Op. cit., pp. 122-123.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 109.

²¹⁰ VIOLIN, Jordão. Op. cit., p. 124.

Interessante é o posicionamento, nesse sentido, de Fernando Fróes Oliveira. O autor compreende que a cláusula da reserva do possível, de fato, possui uma contundente carga persuasiva, contudo entende que a premissa econômica a que se baseia seria equivocada. Defende esse posicionamento, pois “ao contrário do que convencionalmente se argumenta, será sempre possível ao administrador financiar as despesas públicas geradas pelo Poder Judiciário”²¹¹. Defende o autor que a problemática acerca da “disponibilidade dos recursos necessários à satisfação das pretensões judiciais é um falso problema, porquanto a equipe econômica, por mais de uma forma, poderá conseguir a pecúnia necessária para tanto”²¹². E, para fundamentar sua argumentação, lista possíveis soluções:

Uma saída possível, mas não a única, será, por exemplo, a elevação da carga tributária, de modo que os atuais contribuintes vertam mais para a formação do erário. Outra saída seria, pura e simplesmente, contrair empréstimos para aumentar as entradas disponíveis, onerando, com isso, não os contribuintes atuais, mas os futuros, trazendo todos os problemas de legitimação daí decorrentes. Terceira possibilidade imaginável seria alterar a política monetária, emitindo moeda, financiando, a partir daí, as despesas novas, quadro que funcionaria como um “imposto inflacionário”, onerando tanto os contribuintes atuais como os futuros, agora sob a perspectiva dos custos de uma inflação iminente²¹³.

O que se defende portanto, é que a base argumentativa que sustenta a teoria da reserva do possível não se limite apenas na percepção da ausência coeva de recursos efetivos, mas na análise dos próprios custos sociais que poderão vir da percepção de novos recursos, “trata-se de uma ponderação (em acepção *lata*) entre os efeitos daquela política de financiamento e os benefícios que poderiam resultar da sua implementação”²¹⁴. Evitando assumir as consequências sociais que podem advir da adoção de outras opções (Por exemplo, “o aumento da base monetária para dar suporte à elevação de gastos correntes ocasionará, quase que certamente, um processo inflacionário que, dependendo da hipótese, trará muito mais danos do que benefícios”²¹⁵ ou o fato de que o “déficit e à elevação da carga tributária (...) proporcionarão (...) problemas internos específicos, a serem cotejados com os benefícios que daí adviriam”²¹⁶) levam ao fato da questão não ser discutida em território brasileiro, que se limita a simples discussão acerca da existência, ou não, de recursos disponíveis, nunca transpondo a

²¹¹ OLIVEIRA, Fernando Fróes. *Finanças Públicas, Economia, e Legitimação: Alguns Argumentos em Defesa do Orçamento Autorizativo. As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 705.

²¹² Op. cit.

²¹³ Op. cit.

²¹⁴ Op. cit.

²¹⁵ Op. cit.

²¹⁶ Op. cit., p. 706.

possibilidade de que tais recursos poderão ser adquiridos pelos métodos postos no próprio texto constitucional²¹⁷.

Interessante, portanto, a sugestão oferecida por Fernando Fróes Oliveira, consistente na construção, e conseqüente fiscalização, de um novo modelo orçamentário que se adeque às peculiaridades da realidade nacional, principalmente no que concerne às atuais tensões entre os Poderes quanto a atuação proativa do Poder Judiciário ao promover judicialmente a garantia de “prestações mínimas que assegurem ao indivíduo postular, por seus próprios esforços, o conjunto de bens, materiais ou imateriais, que desejar, dentro de um sistema de igualdade complexa”²¹⁸. O autor acredita que a saída para esse conflito não será alcançada pela aplicação da reserva do possível e a vinculação ilusória do administrador à execução do previsto no orçamento, mas, sim, através da utilização efetiva da figura do orçamento autorizativo, consistente na análise do orçamento sob o manto do real debate público “obrigando o administrador a motivar suas escolhas, inclusive de não gastar, e pressionando o Legislativo quando da tramitação do projeto de lei, mormente quando da apresentação das emendas”²¹⁹.

Vale salientar, que não é tarefa do Poder Judiciário exercer o papel pertencente ao administrador público. Contudo, está claro e assentado na concepção jurídica atual de que, em casos que o administrador não pauta seus comportamentos na forma devida e legalmente estabelecida, é dever do magistrado intervir, determinando o respectivo mandamento e prescrevendo a conduta, de forma clara e precisa, que deve ser cumprida. Além disso, é fato que o magistrado não detém de todo conhecimento necessário à solução dos conflitos que lhe são apresentados, sendo devido, nesses casos, a utilização dos “conhecimentos técnicos específicos para definir os moldes do serviço a ser implementado ou da obra a ser realizada, o magistrado deve recorrer à expertise de especialistas e peritos”²²⁰. Assim, pautando-se por uma conduta responsável, mas não passiva, “o juiz não cria a política pública, mas apenas impõe aquela já estabelecida na Constituição e na lei, realizando o que se pode chamar de ‘reajuste da harmonia ilicitamente desbalanceada das funções estatais’”²²¹.

Nesse sentido, fundamental a lição de Andreas J. Krell:

A questão de como gastar recursos públicos está intimamente ligada aos fins constitucionais a serem perseguidos, sendo pequena a reserva para a deliberação política. Na medida em que políticas públicas são o meio direto de realização de

²¹⁷ Op. cit., pp. 705-706.

²¹⁸ Op. cit., p. 708.

²¹⁹ Op. cit.

²²⁰ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2**. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012, p. 167.

²²¹ Op. cit., pp. 167-168.

direitos fundamentais, é a própria Constituição que determina, até certo ponto, as escolhas referentes ao emprego dos recursos públicos limitados. A intensidade dessa vinculação depende de cada área material de regulamentação no Brasil, ela é muito mais intensa do que nos EUA e na Alemanha, origem da maior parte das referidas teorias deliberativas²²².

Dessa maneira, essa alteração do paradigma do comportamento do Poder Judiciário perante os demais poderes não pode ser compreendida como um excesso ou uma usurpação dos demais Poderes, mas, sim, como “um agente catalisador da tomada correta das decisões político-administrativas”²²³. Isso porque, infelizmente, a simples condenação judicial ainda não é capaz de fazer substituir a atividade pelo administrador, essa ainda deverá ser realizada por esse, sendo possível – mesmo diante de todas as constrições judiciais – que este permaneça inerte. Além disso, por se referirem – principalmente no que concerne à utilização da tutela individual – a situações restritas a relações jurídicas específicas, ainda são incapazes de possuir o mesmo nível de abrangência de uma efetiva mobilização dos diferentes grupos sociais poderia alcançar. Contudo, é inegável que “elas são importantes vetores de focalização política e, no mínimo, facilitam a cobrança das respectivas prestações por parte dos atores políticos de oposição e da própria sociedade civil”²²⁴.

Contudo, interessante trazer, ainda, à baila a influência de fatores psicológicos do julgador quando da análise de requisições de prestações positivas. Dentre tais fatores, destaca-se a “empatia”. Diversas experiências têm demonstrado que a empatia possui uma função motivadora, mas de maneira seletiva. Quando os custos intrincados são baixos, e o julgador não teme reprimendas ao reconhecer o direito de uma pessoa com necessidade, o altruísmo – induzido pela empatia – é facilmente forjado. Como já adiantado, é bastante comum no Brasil a prática de pessoas, individualmente, utilizar-se do sistema judiciário para a requerer a concessão direta de tratamentos e medicamentos caros, que muitas das vezes sequer estão contemplados no Sistema Único de Saúde (SUS). Nesses casos, se o juiz tiver empatia com o reclamante, naturalmente concederá o tratamento requerido sem promover conjecturações quanto à adequabilidade do tratamento/medicamento solicitado, o que fará o magistrado, portanto, incorrer em erro. Acredita-se que uma empatia imprudente, induzindo um altruísmo igualmente imprudente, poderá conduzir-se a uma situação de paternalismo. Analogicamente, aplicando tal concepção em outro ambiente que não o jurídico, verifique-se a hipótese de professores que se utilizem do critério da empatia para determinar quais de seus alunos deverão merecer maiores notas, ou não. Assim, poderá prejudicar tais alunos ao tornar as coisas muito

²²² Op. cit., p. 168.

²²³ Op. cit., pp. 168-169.

²²⁴ Op. cit.

fáceis para eles. Apesar de achar que está agindo com o objetivo de dar o melhor àqueles que considera melhores, tal professor poderá fomentar a dependência, a baixa autoestima e uma sensação de perda de eficiência. No direito poderá ocorrer o mesmo, já que a maioria das causas levadas à apreciação do Judiciário são de demandas individuais e, geralmente, propostas por quem possui uma melhor situação financeira capaz de recorrer ao Judiciário, com bons advogados e informações. Isso, contudo, poderá emudecer necessárias discussões políticas sobre o que deve ser feito em determinada política pública oficial²²⁵. Isso pode ser facilmente verificado no seguinte ensinamento de Noel Struchiner:

No direito não é incomum, para os casos que implicam em dilemas sociais que estão por vir, e quando o fazem, não é incomum para os juízes a se concentrar empaticamente na parte que faz o pedido, negligenciando os muitos que serão afetados por sua decisão baseada em empatia. Vamos ficar com exemplos na área de reivindicações individuais feitas ao Judiciário para garantir tratamento médico e medicamentos. De acordo com Silva e Terrazas, o impacto das decisões judiciais que concedem medicamentos para indivíduos na alocação dos recursos públicos, dentro do orçamento governamental no Estado de São Paulo, é bastante significativa. Eles afirmam que, em 2006, essas decisões implicaram na realocação de US \$ 32 milhões e atendeu cerca de 3.600 pessoas. No mesmo ano, o Estado o São Paulo gastou 419,000 mil dólares na aquisição de medicamentos caros e participaram 280.000 pessoas. Eles concluem que "um indivíduo que tem uma decisão judicial favorável custa anualmente seis vezes mais do que outras pessoas que usam os serviços de distribuição de medicamentos em hospitais públicos no estado regularmente", e que isso equivale à realocação de recursos escassos que "poderia ser, caso contrário, investido em políticas públicas coletivas e mais consistentes". Ferraz (2009) fornece dados interessantes a partir de 2008. Nesse ano, também no estado de São Paulo, o estado gastou cerca de US \$ 200 milhões para cumprir ordens judiciais que beneficiam cerca de 35.000 requerentes de sucesso. Segundo ele, a maior parte deste montante foi utilizado para a compra de medicamentos caros, muitos dos quais têm de ser importados e nem sequer são registrados para uso no Brasil. É importante perceber o que está acontecendo. O Sistema Único de Saúde Unitária decide quais os tratamentos e medicamentos serão cobertos pelo sistema público de saúde, e os juízes, principalmente por causa de unidades empáticas, atrevo-me a dizer, desviasse da política social anterior e claramente estabelecida, a fim de conceder a estas reivindicações. A consequência é que os recursos públicos são "desviados pelo menos em parte, de problemas de saúde atuais ou futuras que beneficiaria grupos maiores e mais desfavorecidos que não podem aceder facilmente aos tribunais para defender os seus créditos" (Ferraz, 2009: 41). Como exemplo concreto disto, Ferraz mencionou que o Ministério da Saúde voltou atrás no plano para vacinar 32 milhões de crianças contra a bactéria pneumococo, devido a limitações de recursos do orçamento da saúde. Os juízes não têm sido suficientemente repreendidos por terem tomado esta postura ativa impulsionada pela empatia, provavelmente porque as pessoas concordam com o que estão fazendo ou porque não existem regras sociais fortes de censura quando se trata de altruísmo empático-induzido²²⁶.

²²⁵ STRUCHINER, Noel. **No Empathy Towards Empathy: Making the Case for Autistic Decision-Making.** Disponível em: <http://tnl.mcmaster.ca/conference/papers/Struchiner%20-%20No%20Empathy%20Towards%20Empathy.pdf>. Acesso em: 10/03/2015.

²²⁶ Op. cit.. Original: "In law it is not uncommon for cases that imply social dilemmas to come up, and when they do it is not unusual for judges to empathically focus on the party making the claim, while neglecting the many that will be affected by his empathy-based decision. Let's stick with examples in the area of individual claims made to the judiciary for guaranteeing medical treatment and medicine. According to Silva and Terrazas, the impact of judicial decisions granting medicine to individuals in the allocation of public resources within the governmental budget in the State of São Paulo is rather significant. They state that in 2006 these decisions implied the reallocation of \$32 million and attended approximately 3,600 people. In the same year the State o São Paulo spent

Como é possível verificar, a empatia é potencializada quando os eventos e as vítimas são mais concretos e vívidos. É incontrovertido que a empatia está predisposta aos efeitos da proximidade, pois tal aproximação torna mais fácil a personalização, facilitando, desse modo, a empatia. Richard Posner afirma que isso ocorre com os magistrados quando eles:

Dão demasiada importância a impressões imediatas vivas e, portanto, prestam muita atenção aos sentimentos, interesses, e a humanidade das partes no tribunal e muito pouco para as pessoas ausentes susceptíveis de serem afetadas pela decisão ... Você não precisa de muita empatia a ser movido por um particular bem representado suplicando diante de você. O desafio para a imaginação empática é ser movido pelo pensamento ou ler sobre as consequências do litígio para o ausente – muitas vezes completamente desconhecido ou até mesmo por nascer – outros, que serão afetados por sua decisão²²⁷.

Noel Struchiner afirma que para esse fenômeno existem duas promissoras explicações, que entretanto, parecem incompatíveis: i) a primeira é a chamada “*affective triggers account*”, desenvolvido por Paul Slovic, que afirma que uma pessoa pode realizar grandes esforços para ajudar uma pessoa em necessidade, mas ignora as massas, permitindo a existência ocasional de figuras como o genocídio, já que tais massas não acionam a empatia. Para que essa realize o seu papel, para a teoria, é necessário imagens e atenção, pois estudos apontariam que a imaginação e o sentimento esvaecem quando vítimas são tratadas como números ou estatísticas; ii) outra corrente de estudo assinala que a vigilância invade o foco e a magnitude quando dirigidos a grupos de indivíduos, sendo máxima para os indivíduos, isso porque os indivíduos

\$419 million on the acquisition of expensive medicine and attended 280,000 people. They conclude that “an individual who has a favorable judicial decision costs annually six times more than other individuals who use the services of medicine distribution in public hospitals in the state regularly”, and that this amounts to the reallocation of scarce resources that “could be otherwise invested in collective and more consistent public policies”. Ferraz (2009) provides interesting data from 2008. In that year, also in the state of São Paulo, the state spent approximately \$200 million to comply with court orders benefiting about 35,000 successful claimants. According to him, most of this amount was used for purchasing expensive drugs, many of which have to be imported and are not even registered for use in Brazil. It is important to notice what is happening. The Unitary Health System decides which treatments and medicine will be covered by the public health system, and the judges, mostly because of empathic drives I would venture to say, deviate from the previous and clearly established social policy in order to grant these claims. The consequence being that the public resources are “diverted at least in part from current or future health problems that would benefit larger and more disadvantaged groups who cannot easily access the courts to protect their claims” (Ferraz, 2009:41). As a concrete example of this, Ferraz mentioned that the Ministry of Health put back a plan to vaccinate 32 million children against pneumococcal bacteria due to resource limitations of the health budget. Judges have not been sufficiently reprimanded for taking this empathy driven active stance, probably because people agree with what they are doing or because there are no strong social rules of censure when it comes to empathy-induced altruism.”. Tradução livre.

²²⁷ POSNER, Richard *apud* STRUCHINER, Noel. **No Empathy Towards Empathy: Making the Case for Autistic Decision-Making**. Disponível em: <http://tnl.mcmaster.ca/conference/papers/Struchiner%20-%20No%20Empathy%20Towards%20Empathy.pdf>. Acesso em: 10/03/2015. Original: “...give too much weight to vivid immediate impressions and hence pay too much attention to the feelings, interest, and humanity of the parties in the courtroom and too little to absent persons likely to be affected by the decision... You don’t need much empathy to be moved by a well represented litigant pleading before you. The challenge to the empathic imagination is to be moved by thinking or reading about the consequences of the litigation for absent---often completely unknown or even unborn---others who will be affected by your decision”. Tradução livre.

são vistos como uma unidade psicológica coerente, diferentemente dos grupos. Assim, há uma maior chance da empatia surgir quando houver uma única vítima com um rosto e um nome, ou seja uma vítima identificável. Contudo, essa identificabilidade não é apresentada como fator isolado para o surgimento da empatia, pesquisas comprovam comparando-se duas vítimas, uma identificada (mesmo sem quaisquer informações substanciais sobre a vítima) e outra não, há maiores chances da empatia atingir o primeiro e não o segundo. Contudo, quando a comparação é realizada entre uma vítima identificada e um grupo de vítimas também identificadas (mesmo sendo um grupo diminuto), o primeiro foi preferido. Diante dessa conflituosa situação, a solução de Noel Struchiner é a aplicação do que chama tomada de decisão baseada em regras²²⁸.

²²⁸ STRUCHINER, Noel. **No Empathy Towards Empathy: Making the Case for Autistic Decision-Making.** Disponível em: <http://tnl.mcmaster.ca/conference/papers/Struchiner%20-%20No%20Empathy%20Towards%20Empathy.pdf>. Acesso em: 10/03/2015.

5 A ANÁLISE REGIONAL

5.1 O ativismo judicial em ações coletivas que buscam a efetivação de direitos sociais em julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

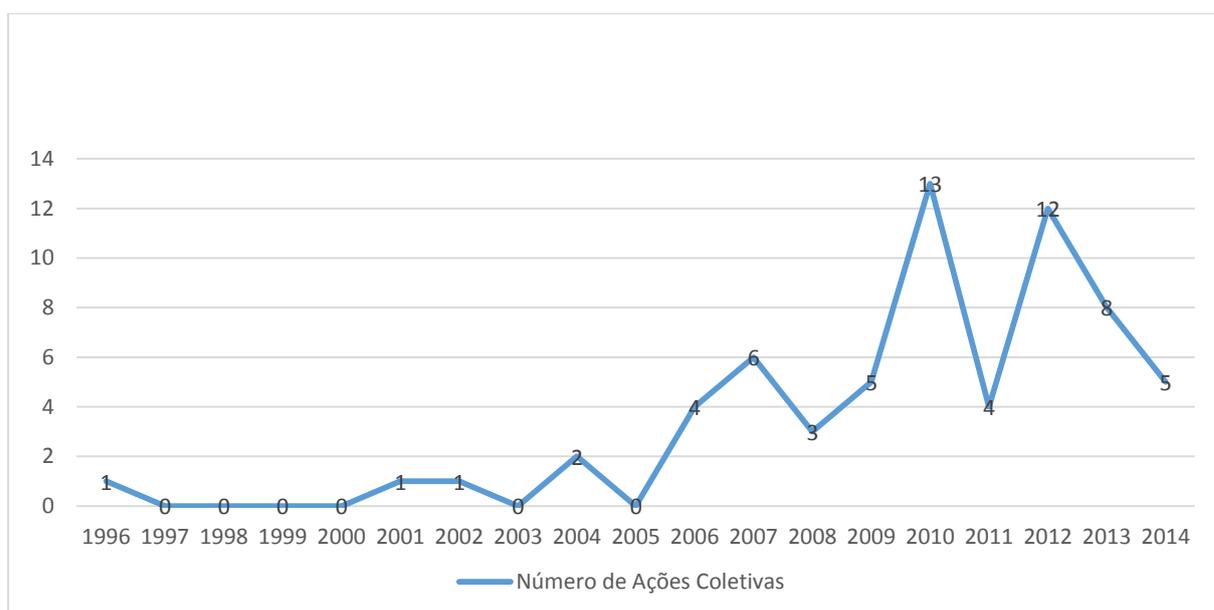
Após intensiva coleta de dados, foram reconhecidos 65 (sessenta e cinco) julgados de tutela essencialmente coletiva no trato de direitos sociais pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que engloba as seções de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. Os primeiros dados encontrados datam de 1996, os últimos dados colhidos datam de 2014.

Em termos numéricos, ficou verificado que nos primeiros dez anos da pesquisa o número de ações coletivas coletadas oscilou entre nenhum registro durante todo o ano (tal como ocorreu nos anos de 1997, 1998, 1999, 2000, 2003 e 2005) e um registro por ano (em 1996, 2001 e 2002) chegando a dois registros no ano de 2004.

Nos anos seguintes, entretanto, é verificado um crescimento do número de causas coletivas que versam acerca da tutela de direitos sociais. Os anos que registraram um maior número foram o de 2010, com treze ações, 2012, com doze ações, e 2013, com oito ações. O ano de 2014, cujos dados foram coletados até agosto do seguinte ano, registrou, até o referido mês, cinco ações.

Tais números podem ser melhor verificados no gráfico a seguir:

Gráfico 1 – Ações Coletivas no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (1996-2014):

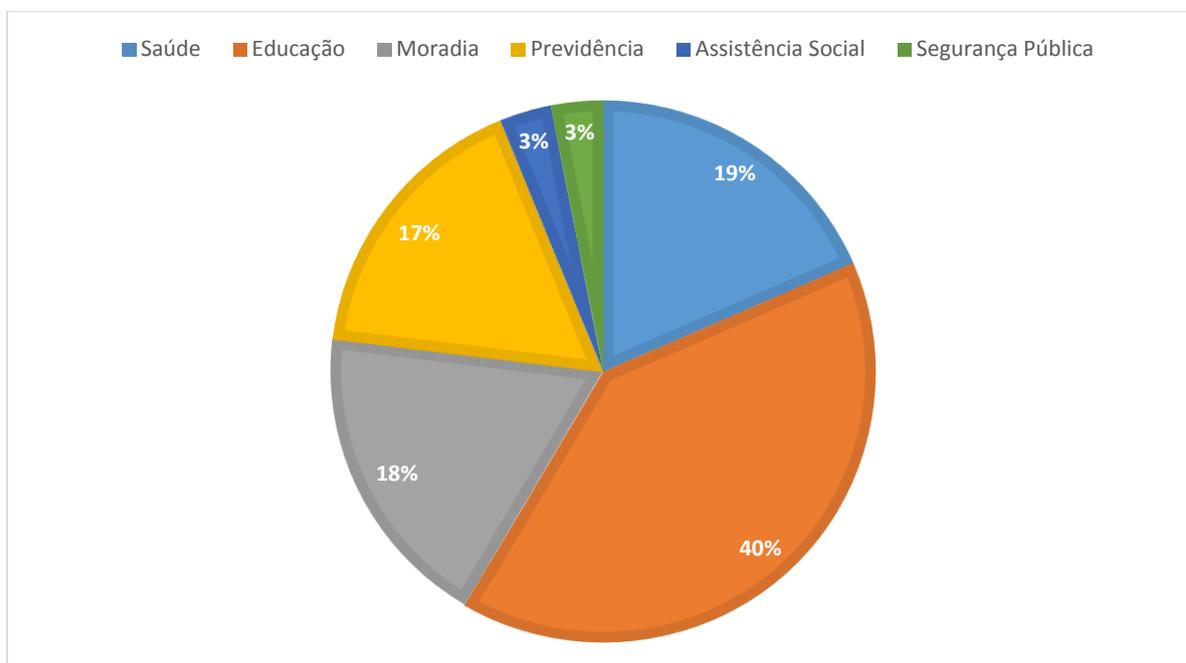


Fonte: AZEVEDO, Karolina Gama Carnaúba, 2015.

5.2 A análise regional por espécie de direito social

Interessante é promover uma análise de como cada direito social, diante de suas especificidades, é tratado pelo tribunal em análise. Quanto aos números coletados, das sessenta e cinco ações: vinte e seis versando sobre o direito social à educação, saúde e moradia registraram doze ações cada, acerca do direito à previdência social foram encontradas onze ações e os direitos sociais à assistência aos desamparados e à segurança pública duas ações cada. A seguir uma representação gráfica de tais dados:

Gráfico 2 – Número de Ações Coletivas por Espécie de Direito Social:



Fonte: AZEVEDO, Karolina Gama Carnaúba, 2015.

5.2.1 Direito social à educação

O primeiro caso registrado data de 2001²²⁹, quando o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra a Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, com o

²²⁹ BRASIL – TRF5. AC145344/RN, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Castro Meira, DJ – DATA: 16/03/2001.

Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO SELETIVO PARA A CONTRAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSOR SUBSTITUTO. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS APROVADOS, DIREITO À NOMEAÇÃO. DIREITOS DISPONÍVEIS. VOTO PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO, ART. 267, VI, DO CPC. - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DESTINA-SE À DEFESA DE INTERESSES INDISPONÍVEIS DO INDIVÍDUO E DA SOCIEDADE, BEM COMO AO ZELO DOS INTERESSES SOCIAIS, COLETIVOS OU DIFUSOS E, TAMBÉM, À DEFESA DE INTERESSES

objetivo de anular os editais n.ºs. 08/95 e 11/95-DP-UFRN e do correspondente processo seletivo para a contratação temporária, nos termos da Lei 8.745/93, de Professor Substituto, como também a determinação para que a Universidade preenchesse corretamente as vagas existentes com a convocação dos candidatos aprovados nos últimos concursos ainda válidos, e a declaração da ilegalidade das despesas efetuadas na realização dos certames, com a condenação da Autarquia e seus agentes, no ressarcimento de tais despesas.

Contudo, na análise da apelação cível em questão, o tribunal considerou que o Ministério Público Federal não era órgão legitimado a propor a ação civil pública, por considerar que os direitos discutidos seriam, na verdade, de caráter individual e disponível e, portanto, não justificariam sua defesa pelo órgão através de uma ação civil pública, tendo em consideração que não teria ficado configurado o relevante interesse da coletividade que justificasse sua legitimidade. De tal modo, o tribunal decidiu pelo reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público Federal e a consequente extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Em 2007, verifica-se o AG9785/AL²³⁰ (tema que se repete AGIAG67535/02/CE, AG70184/AL) em que houve a discussão acerca do Fundo de Financiamento ao Estudante do

INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, QUE TENHAM SUFICIENTE ABRANGÊNCIA OU REPERCUSSÃO SOCIAL.

- SITUAÇÃO EM QUE NÃO FICOU PATENTEADA A MAGNITUDE DE INTERESSE QUE POSSA MERECER A DEFESA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NADA SE DEMONSTROU QUANTO À PRESENÇA DO RELEVANTE INTERESSE DA COLETIVIDADE. TRATA-SE, NA VERDADE, DE INTERESSES INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS DE CANDIDATOS APROVADOS EM CERTAME PARA O CARGO DE PROFESSOR EFETIVO DA UFRN QUE, VENDO SEUS INTERESSES LESADOS POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO, TÊM LEGITIMIDADE PARA INGRESSAR COM A AÇÃO CORRESPONDENTE, PLEITEANDO O PREENCHIMENTO DAS VAGAS EXISTENTES. - AUSENTE A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, VERSANDO SOBRE INTERESSES INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS. - EXTINÇÃO DO PROCESSO NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC. - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, PROVIDAS.

²³⁰ BRASIL – TRF5. AG9785/AL, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ – DATA: 14/08/2007.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES - CREDITO EDUCATIVO) PARA ALUNOS DE BAIXA RENDA. EXIGÊNCIA DE FIADOR PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA TANTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto contra decisão proferida pelo juízo a quo, que em sede de Ação Civil Pública, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, a qual objetiva afastar a exigência de fiador para os estudantes inscritos, bem como para aqueles que se inscreverem em financiamentos estudantis decorrentes do FIES - Fundo de Financiamento do Ensino Superior, instituído pela Lei n.º 10.260/2001.

2. A preliminar de ilegitimidade passiva da União não prospera, tendo em vista que nos termos da Lei n.º 10.260, de 12 de julho de 2001, caberá a União, editar o Regulamento relativo a seleção dos estudantes a serem beneficiados com o FIES, bem como formular a política de oferta de financiamento e de supervisionar a execução das operações do Fundo.

3. Resta destacado aqui a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para atuar no feito. Com efeito, a jurisprudência pátria tem admitido a legitimidade do Parquet para sua postulação em juízo quando configurada questão de interesse social relevante, seja pelas proporções assumidas, pela relevância do bem jurídico, pela

Ensino Superior (FIES) para os alunos de baixa renda. Nesse primeiro julgado, ficou estabelecido que, diante do fato da lei nº 10.260, de 12/07/2001, que criou o FIES, não previu que os pretendentes ao financiamento apresentassem um fiador, não caberia à Caixa Econômica Federal fazê-lo, criando limitação legal inexistente. Isso porque, não se trata de simples contrato bancário, mas de programa destinado a assegurar a acessibilidade de estudantes carentes ao ensino superior, como forma de democratizar a educação superior. Contudo, no ano seguinte o posicionamento do tribunal foi alterado devido ao julgado emanado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, como é possível verificar no AC406734/CE²³¹, que considerou legal a exigência de garantia fidejussória. Em nova guinada em seu entendimento, no ano de 2010, o tribunal retornou no juízo anterior na AC416915/AL²³², postura que se repete no AC409037/RN.

condição das pessoas afetadas ou outro fator (STJ: ERESP 114908/SP, RESP 58682/MG; STF: RE 163231/SP). Isso porque, nos termos da Constituição Federal, cumpre ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127 c/c art. 129, III da CF), que se caracterizam quando um problema individual passa a ser comum a muitas pessoas, constituindo-se pela expressiva quantidade de sujeitos titulares do interesse ou direito que se pleiteia, em uma questão social porque coletiva. Da interpretação sistemática do disposto nos arts. 127, 'caput', e 129, IX, da Constituição, infere-se que, havendo relevância de interesse social, o direito individual homogêneo disponível pode ser objeto de defesa pelo Ministério Público." (PETPR nº 3432/PE, DJU de 29/01/2004, pág. 369).

4. A alegação de litispendência não se sustenta, considerando-se que a Ação Civil Pública na qual foi proferida a decisão agravada, tem por objeto o universo dos estudantes unicamente do Estado de Alagoas, não se confundindo, assim, com o pedido formulado em ações civis públicas ajuizadas em outras Unidades da Federação.

5. Se a Lei nº 10.260, de 12/07/2001, que criou o FIES, não previu que os pretendentes ao financiamento apresentassem um fiador, não caberia à CEF fazê-lo, criando limitação legal inexistente. Não se trata de simples contrato bancário, mas de programa destinado a assegurar a acessibilidade de estudantes carentes ao ensino superior, como forma de democratizar a educação superior, indo de encontro ao que estabelece a Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento conhecido mas improvido.

²³¹ BRASIL – TRF5. AC406734/CE, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Salgado (convocado), DJ – DATA 12/03/2008.

Ementa: CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MPF. ENSINO SUPERIOR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). LEI N.º 10.160/2001. EXIGÊNCIA DE FIADOR. LEGALIDADE.

I - O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, especialmente quando a questão for de relevante interesse social (CF, art. 127 e 129, III);
 II - A Caixa Econômica Federal e a União Federal são partes legítimas na ação em que se discute a exigência de fiança pessoal como garantia dos contratos de financiamento estudantil criados pela Lei n.º 10.260/2001;
 III - É legal a exigência de garantia fidejussória (fiança pessoal) como garantia para os financiamentos estatuídos pela Lei n. 10.260, de 12 de julho de 2001. Entendimento do STJ.
 IV - A Lei n. 11.557, de 20 de novembro de 2007, introduziu modificações na Lei n.º 10.260/2001, que explicitam e confirmam a necessidade de fiança pessoal para contratos de financiamento estudantil.
 V - Inexistência de violação direta dos princípios constitucionais que asseguram o acesso democrático ao ensino.
 VI - Apelações e remessa oficial providas.

²³² BRASIL – TRF5. AC416915/AL, Primeira Turma, Relator Desembargador Emiliano Zapata Leitão (Convocado), DJE – DATA: 03/08/2010.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR - FIES. LEI N.º 10.260/2001. EXIGÊNCIA DE FIADOR. NÃO CABIMENTO.

1. O MPF possui legitimidade para defesa de direitos individuais homogêneos através de ação civil pública, cabível na espécie. Preliminares de carência de ação por ilegitimidade ad causam e de inadequação da via eleita não acolhidas.

2. Em relação à preliminar de carência da ação por ilegitimidade passiva da União, o parágrafo 5º do art. 1º, da Lei nº 10.260/2001 conta com a seguinte redação: "A participação da União no financiamento ao estudante de

Entretanto, novamente aplicando decisão do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região decide pela legalidade da exigência, como é possível verificar no AC409037/RN²³³.

Outro julgado, agora do ano de 2007²³⁴, fruto de apelação interposta pelas Escolas Agrotécnicas Federais de Crato e Iguatu sucumbente em sentença que julgou procedente o

ensino superior, de mestrado e de doutorado, não gratuitos, dar-se-á exclusivamente mediante contribuições ao fundo instituído por esta Lei, ressalvado o disposto nos arts. 10 e 16 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007)". A União é, portanto, parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda. Rejeição da preliminar.

3. Em razão da limitação dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública (art. 16 da Lei nº 7.347/1985), não há litispendência com ações ajuizadas em outros Estados da Federação. Por conseguinte, a preliminar de litispendência deve ser afastada.

4. Mérito. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade - ou não - da exigência de fiador para a renovação de financiamento estudantil - FIES, nos termos da Lei nº 10.260/2001.

5. "Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte: [...] III- oferecimento de garantias adequadas pelo estudante financiado". (redação original do art. 5º, III, da Lei nº. 10.260/01, sendo mantida a adequação da garantia pela Lei nº. 11.552/07).

6. Da leitura do dispositivo acima reproduzido, resta claro que a garantia a ser oferecida pelo estudante financiado deve ser adequada à sua condição.

7. O Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES foi estabelecido com o intuito de facilitar, aos estudantes socialmente desfavorecidos, o acesso ao ensino superior nas universidades particulares.

8. A exigência de apresentação de fiador, com renda comprovada de, no mínimo, duas vezes o valor da mensalidade, não está em harmonia com a realidade dos estudantes carentes, tendo em conta que o convívio desses estudantes, normalmente, se dá com pessoas em iguais condições econômicas.

9. A dificuldade em conseguir um fiador termina por inviabilizar a matrícula do estudante na universidade, fugindo, nessa ocasião, do objetivo maior do programa em questão que é justamente facilitar o ingresso de estudantes de baixa renda nas universidades particulares. Ademais, referida exigência é incompatível com a garantia constitucional de acesso à educação.

10. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais.

11. Preliminares rejeitadas. Remessa oficial e apelações improvidas.

²³³ BRASIL – TRF5. AC409037/RN, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE – DATA: 18/11/2011.

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 543-C, PARÁGRAFO 7º, II, DO CPC). FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR - FIES. LEI Nº 10.260/2001. EXIGÊNCIA DE FIADOR. ADEQUAÇÃO DO ACÓRDÃO DESTA CORTE.

1. Os autos retornaram a esta egrégia Primeira Turma para, se for o caso, ajustar o acórdão à decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no Recurso Especial nº. 1.155.684/RN, representativo de controvérsia.

2. Segundo o STJ, nesse julgamento, é legal a exigência de prestação de garantia pessoal para a celebração de contrato de financiamento estudantil vinculado ao Fies, dado que a própria lei que instituiu o programa prevê, expressamente, em seu artigo 9º, a fiança como forma principal e específica a garantir esses tipos de contrato, seguida do fiador solidário e da "autorização para desconto em folha de pagamento".

3. Acórdão anterior modificado em juízo de retratação, com amparo no art. 543-C, parágrafo 7º, II, do CPC, e ajustado ao julgamento do STJ no REsp nº 1.155.684/RN.

4. Apelações e remessa oficial providas.

²³⁴ BRASIL – TRF5. AC404022/CE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJ – DATA: 16/10/2007.

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ESCOLAS AGROTÉCNICAS FEDERAIS. DESPESAS DOS DISCENTES COM ALIMENTAÇÃO E ALOJAMENTO. COBRANÇA. GRATUIDADE DO ENSINO PÚBLICO EM ESTABELECIMENTOS OFICIAIS. ART. 206, IV, DA CF/88. EXCEÇÃO. ART. 242, DA CF/88. ADMISSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RESPEITO. HIPOSSUFICIÊNCIA DE PARTE DO ALUNADO. DIREITO À PRESTAÇÃO GRATUITA. AFERIÇÃO POR CRITÉRIO OBJETIVO. FAIXA DE ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. COMPATIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal a fim de que seja proibido às ESCOLAS

AGROTÉCNICAS FEDERAIS DE CRATO E IGUATU de cobrar a alimentação e o alojamento fornecido aos alunos que residem fora do município sede das respectivas escolas.

2. A natureza das atribuições determinadas como de competência do Ministério Público, a dimensão de sua responsabilidade, a pluralidade de categorias e temáticas em relação às quais detém incumbências de particular seriedade, o poder investigativo, fiscalizador e determinante de que foi dotado esse agente - constitucionalmente qualificado pela sua essencialidade à função jurisdicional do Estado - impõem seja admitido, com largueza, o exercício de ações coletivas pelo Ministério Público, não sendo aceitáveis, em sentido oposto, interpretações restritivas ou inibidoras. Ao Ministério Público se confere o dever de salvaguarda, não apenas dos direitos ditos indisponíveis, mas também dos interesses socialmente relevantes, independentemente da indisponibilidade que os grave ou não, ou seja, das pretensões que se reconheçam com repercussão ou reflexão na coletividade considerada em conjunto. Assim, nesse contexto, não se pode permitir a atuação do Ministério Público na proteção de interesses marcados pela individualidade, com exercitação confinada no correspondente titular, sem reverberação no campo do social. Contudo, de outro lado, ao Ministério Público não se pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade na promoção de direitos e reivindicações que, embora com titulares identificados ou identificáveis, têm acentuada conotação social, seja pela natureza do objeto pretendido, seja pela qualidade distintiva de certa categoria, cujas necessidades sejam discernidas pela própria sociedade como precisões de índole coletiva ou arrimadas em cuidado especial restaurador de equilíbrio indispensável diante das dificuldades vivenciadas em relação à própria inserção social.

3. A norma legal que instituiu a ação civil pública - Lei nº 7.347/85 - nasceu como "lei dos interesses difusos". Posteriormente, em decorrência especialmente do alargamento providenciado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), a ação civil pública passou a ser admitida para fins de proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, denominados, genericamente, de interesses transindividuais. A doutrina tem se referido ao fato de que promoção de direitos individuais homogêneos ("acidentalmente coletivos") teria cabimento apenas quando se tratasse de meio ambiente, consumidor e patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, não havendo, de outro lado, limitação material, quando se cuidasse de direitos coletivos e difusos ("essencialmente coletivos"). É de se ressaltar, entretanto, que, a despeito dessa diferenciação, tem-se agasalhado, em outras oportunidades, uma compreensão mais ampliada dos direitos individuais homogêneos, reputados espécies do gênero coletivo, aptos a serem defendidos através da propositura da ação civil pública, especialmente quando ela é manuseada pelo Ministério Público. Passou-se a se conceber a promoção da ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos quando configurado manifesto interesse social, compatível com a finalidade da instituição ministerial. Estão em litígio direitos que se pode qualificar de individuais homogêneos, aptos a serem defendidos pelo Ministério Público, diante de sua vigorosa conotação social, identificada pela temática-núcleo da lide (a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, nos moldes definidos pelo art. 206, IV, da CF/88, como faceta do direito à educação). Inteligência do art. 5o, II, d, da LC nº 75/93.

4. No caso em apreço é cabível a ação civil pública, essa conclusão é concebida a partir da observação da legislação, sobretudo quando considerados os escopos que norteiam a ação civil pública cujo objeto consiste na defesa do interesse público, cotejando-os com o caso concreto em apreciação, que envolve uma categoria de pessoas - alunos de escolas agrotécnicas - e mais, toda a sociedade. O arcabouço desse posicionamento consubstancia-se, fundamentalmente, no regramento constitucional (art. 129, III, da Constituição Federal), no art. 1º, incisos II e V da Lei nº 7.347/85, na alínea b, inciso V, do art. 5º e na alínea c, inciso V, do art. 6º ambos da Lei Complementar nº 75/93, atinente ao Ministério Público da União, bem como no art. 25, IV, b da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, a qual instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

5. O objeto da presente ação civil pública está absolutamente em consonância com os limites objetivos delineados nos preceitos normativos a ela referentes, porquanto visa à proteção direitos e reivindicações que, embora com titulares identificados ou identificáveis, têm acentuada conotação social. Ademais, não é de se olvidar que dentre as funções institucionais do Ministério Público da União, se inclui o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública no que tange à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, inteligência do art. 5º, V, b, da Lei Complementar nº 75/93.

6. Preliminares de ilegitimidade ativa e de não cabimento da ação civil pública.

7. Os serviços de alojamento e alimentação não estão abrangidos pela regra do art. 206, IV, da CF/88, correspondendo apenas a uma contribuição dos beneficiários de tais serviços (secundários) prestados pela universidade, sendo o valor cobrado ao discente não carente fonte de receita destinada à manutenção desses.

8. É plenamente constitucional a cobrança das despesas decorrentes de alimentação e alojamento para alunos não residentes nos respectivos municípios ou residentes em distritos próximos. Contudo, de outro lado, não se pode deixar de garantir a gratuidade dos serviços de alojamento e alimentação àqueles que se encontrem em situação de hipossuficiência. Resta, todavia, definir o que se considera como carência para efeito de deferimento da gratuidade. Nesse sentido, é preciso fixar um critério objetivo, de sorte que a outorga não fique na dependência do entendimento subjetivo da entidade, bem como de modo que não dê ensejo a abusos. Assim, é de se reconhecer

pedido formulado pelo Ministério Público Federal para condenar as apelantes a se absterem de cobrar qualquer taxa dos seus alunos internos (residentes em outros municípios e em distritos próximos), sobretudo aqueles referentes ao fornecimento de alimentação e alojamentos.

Em seu voto, o relator do processo atenta que os serviços de alojamento e alimentação não estão abarcados pelo art. 206, IV, da CF/88, correspondendo, na verdade, a uma “contribuição dos beneficiários dos serviços de internato e semi-internato (secundários) prestados pela universidade, sendo o valor cobrado à discente não carente fonte de receita destinada à manutenção desses”²³⁵.

Ficou determinado que seria constitucional a cobrança das despesas decorrentes de alimentação e alojamento para os alunos não residentes nos respectivos municípios ou residentes em distritos próximos. Entretanto, considerou-se que seria necessário garantir a gratuidade dos serviços de alojamento e alimentação àqueles que se encontrem em situação de hipossuficiência. A dúvida que surgiu dessa conclusão, entretanto, foi a de definir, de maneira concreta, o que se considera como carência para efeito do deferimento da gratuidade. Utilizando-se, portanto, de um critério objetivo (evitando a possibilidade de um entendimento subjetivo por parte da entidade apelante) fixou-se que como carente os discentes: i) menores de idade e que se encontrem integrados em grupo familiar isento de imposto de renda e ii) maiores, que estejam na faixa de isenção de imposto de renda.

Verifica-se que a decisão em questão possui um caráter ativista, a partir do momento que determina às entidades a concessão do direito à educação (aqui visto de maneira ampla, ao abarcar custeios de alojamento e alimentação) aos discentes que se subsumam à concepção de carência delineada no julgado. Contudo, verifica-se, ainda, que não há no voto em análise, nem em outro momento da determinação do conteúdo decisório, uma apreciação das consequências orçamentárias da decisão, ou acerca da efetividade do que fora decidido.

No ano seguinte (2008), verifica-se a ocorrência de outro interessante julgado acerca do direito em questão, trata-se da AC373877/CE²³⁶, em que foi proposta apelação cível pelo

o direito à gratuidade da alimentação e alojamento aos discentes menores que se encontrem integrados em grupo familiar isento de imposto de renda e se maiores, que estejam também na faixa de isenção do imposto de renda. 9. Recurso de apelação e remessa oficial parcialmente providos, mantendo a gratuidade apenas para os alunos menores, cujos correspondentes grupos familiares sejam isentos de imposto de renda e para os maiores, os quais também estejam na faixa de isenção do imposto de renda.

²³⁵ Op. cit.

²³⁶ BRASIL – TRF5. AC373877/CE, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJ – DATA: 01/07/2008.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONVÊNIO ENTRE A UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC E ESCOLA DA MAGISTRATURA ESTADUAL DO CEARÁ - ESMEC. CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRITO SENSU (MESTRADO). RESERVA DE VAGAS. MAGISTRADO ESTADUAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA. OCORRÊNCIA. TEORIA DO FATO

Ministério Público Federal com o intuito de discutir acerca de suposta ofensa ao princípio da isonomia que teria sido adotada em seleção de curso de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado), onde a Universidade Federal do Ceará teria permitido a criação de uma “turma especial” com vagas destinadas a magistrados da Justiça Estadual do Ceará. O tribunal sopesou que, de certo, as Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, de acordo com o art. 207 da Constituição Federal, mas que tal benefício institucional não possibilita atividades dissociadas dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, dentro de uma perspectiva de igualdade material com inclusão social. Desse modo, considerou indevida a criação das turmas especiais em questão. Contudo, aplicou ao caso a “teoria do fato consumado”, de maneira a preservar os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, permitindo resguardar a situação jurídica daqueles (magistrados ou não) que concluíram, até o momento da decisão, o curso de mestrado em Direito Público na UFC.

Em 2010, verifica-se o julgado AG110998/PE²³⁷, que – como o julgado anterior – também traz discussões acerca do princípio constitucional da isonomia, ao analisar o sistema

CONSUMADO. ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

1. O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública contra a Universidade Federal do Ceará - UFC, a Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC e o Estado do Ceará, em virtude de suposta ofensa ao princípio da isonomia na celebração do convênio firmado entre as partes réis, cujo objetivo consistia em um programa de ação conjunta que permitisse o funcionamento de uma "turma especial" do curso de Mestrado em Direito, constando na cláusula 2.6 que na seleção pública para ingresso pelo menos 07 vagas seriam destinadas a magistrados da Justiça Estadual do Ceará, com seleção realizada em grupo à parte, bem como não se confundindo a classificação do restante dos candidatos não juízes estaduais.
2. É certo que as Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição Federal/88, mas tal prerrogativa institucional não autoriza atividades dissociadas dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, dentro de uma perspectiva de igualdade material com inclusão social.
3. Neste contexto, não há justificativa razoável para reserva de vagas para magistrados estaduais em curso de mestrado, mormente quando promovido por Universidade Federal pública, porquanto a condição de juiz estadual revela situação privilegiada dentro da sociedade brasileira, de logo entremostrando bom nível educacional, social e financeiro; pelo que, a restrição editalícia caracteriza "discriminação negativa".
4. Por outro lado, a teoria do fato consumado, de construção jurisprudencial, embora controversa, tem sido aplicada em situações excepcionais, quando se pretende convalidar situações jurídicas já consolidadas pelo tempo, corroboradas pela demora da prestação jurisdicional, notadamente quando as partes beneficiadas procederam com boa fé.
5. Destarte, considerando a ponderação dos interesses envolvidos na causa, entendo que merecem ser preservados os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica em detrimento ao da legalidade estrita, para, conquanto seja reconhecido o vício de inconstitucionalidade que inquina o Edital de seleção pública sob análise, resguardar a situação jurídica daqueles, magistrados ou não, que concluíram o curso de Mestrado em Direito Público da UFC, preenchendo as condições daquele instrumento convocatório publicado em 10 de setembro de 2002, diante da aplicação da teoria do fato consumado.
6. Apelação parcialmente provida.

²³⁷ BRASIL – TRF5. AG110998/PE, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Edilson Nobre, DJE – DATA: 09/12/2010.

de cotas em uma situação específica, em que deixou claro que as discriminações negativas devem respeito à razoabilidade, sendo assim, o julgamento do agravo de instrumento que analisou, em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, a suposta incompatibilidade com a ordem constitucional vigente da discriminação contida no ato de atribuir critérios para a concessão do bônus de incentivo na nota do vestibular considerando o Estado de origem e o local onde estudou o candidato à vaga na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, que objetivava a condenação dessa Universidade Federal na obrigação de não utilizar tais critérios nos demais exames vestibulares que viesse a realizar, devendo contemplar no argumento de inclusão social criado para beneficiar alunos de escolas públicas, aqueles egressos de escolas públicas de todo o território nacional, abstendo-se de incluir no mesmo programa alunos provenientes da rede particular de ensino.

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COTAS PARA INGRESSO NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA, CONDICIONAMENTO PELA ORDEM JURÍDICA. ARGUMENTO DE INCLUSÃO. LIMITAÇÃO AOS ESTUDANTES EGRESSOS DA REDE PÚBLICA PERNAMBUCANA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INCENTIVO NO ARGUMENTO DE CLASSIFICAÇÃO INDIVIDUAL DE ALUNOS DE ESCOLAS PRIVADAS DO INTERIOR DO ESTADO. FINALIDADE DE EVITAR O EXODO RURAL ESTUDANTIL. RAZOABILIDADE DA MEDIDA. PROVIMENTO EM PARTE.

I - Como relevante instrumento de inclusão social, a finalidade da política de cotas é a de proporcionar aos alunos egressos de escolas públicas, que na sua grande maioria é composta de população de baixa renda, condições de ingresso em cursos, de nível técnico ou superior, ofertados pela rede pública de ensino, em ordem a se promover a isonomia em relação aos demais candidatos da rede particular.

II - A autonomia universitária, prevista no art. 207, da CF, pena de não se confundir em autêntica soberania, não legitima o desrespeito aos princípios constitucionais, entre os quais o da igualdade. O mesmo limite é imposto à discricionariedade administrativa.

III - O princípio da igualdade não tolera discriminações quando estas estejam exorbitem da razoabilidade, afastando qualquer liame lógico com a finalidade da norma de inclusão ou exclusão apreciada. A idéia da isonomia implica a proscrição de discriminações contrárias ao direito.

IV - Num primeiro exame, é de concluir-se que as políticas públicas de inclusão social, ausentes elementos comprobatórios que apontem para uma desigualdade material nos níveis de ensino entre as diversas Regiões do país, não devem e não podem criar entraves de cunho essencialmente territorial para afastar do argumento de inclusão os estudantes egressos de escolas públicas de outras unidades federativas, pois assim não toleram os arts. 5º, I, e 19, III, da Lei Fundamental.

V - Presença da possibilidade dos candidatos supostamente excluídos de forma antijurídica do argumento de inclusão sofrerem lesão irreparável, pois, realizadas as provas, com a divulgação dos seus resultados, e respectivas matrículas, o julgamento definitivo do pedido, mesmo se favorável, não será eficaz, sob o ponto de vista prático, para garantir aos possíveis prejudicados o acesso ao ensino superior com base no argumento de inclusão social.

VI - Em relação ao incentivo de 5% de aumento na nota deferido aos alunos egressos de escolas privadas situadas no interior do Estado, e que pretendam concorrer às vagas destinadas aos campi do interior, o benefício se justifica como medida salutar para limitar o êxodo rural estudantil, estimulando a permanência dos estudantes egressos de escolas particulares do interior do estado em suas cidades de origem, a fim de promover o desenvolvimento local, não havendo que se falar, portanto, em quebra de isonomia, na medida em que os estudantes das escolas públicas permanecem com um incentivo superior (10% na nota) àquele concedido aos egressos de escolas privadas do interior do estado.

VI - Recurso parcialmente provido, para tão-somente assegurar o benefício previsto no programa de inclusão social aos alunos egressos de escolas públicas, estaduais e municipais, de todas as unidades da federação, desde que não vinculadas a instituições de ensino superior.

O pedido liminar, no juízo de primeiro grau, foi indeferido sob o argumento de que o sistema de cotas para acesso à Universidade implementado pela UFPE objetivava não somente a inclusão social, mas também tem por desígnio proporcionar o desenvolvimento regional, ante a desigualdade do desempenho das escolas públicas dos diversos estados brasileiros, além de argumentar que tal medida aumentaria a possibilidade de profissionais naturais do estado, lá permanecerem, promovendo o desenvolvimento regional. Entendeu o magistrado de primeiro grau, ainda, que “as balizas impostas seriam legítimas, não sendo dado ao Poder Judiciário imiscuir-se na esfera administrativa com o fulcro de afastar um ato que não seja ilegal”²³⁸.

O Tribunal, entretanto, reiterando a mesma lógica da decisão anterior, entendeu, mesmo diante do previsto no art. 207 da Constituição Federal através da outorga às universidades públicas da autonomia, que tal autonomia “não legitima o desrespeito aos princípios constitucionais, entre os quais o da igualdade. O mesmo limite é imposto à discricionariedade administrativa”²³⁹. Com tal entendimento, a decisão do Tribunal foi de dar provimento parcial ao agravo, assegurando o benefício previsto no programa de inclusão social aos alunos egressos de escolas públicas, estaduais e municipais, de todas as unidades da federação, desde que não vinculadas a instituições de ensino superior.

Em 2012, a AC545307/CE²⁴⁰, contrariando à maioria das ações que buscavam como tutela jurídica uma obrigação de fazer, tem como objeto o pedido de ressarcimento diante de

²³⁸ Op. cit.

²³⁹ Op. cit.

²⁴⁰ BRASIL – TRF5. AC545307/CE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE – DATA: 28/09/2012.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESSARCIMENTO POR PREJUÍZOS AOS COFRES PÚBLICOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, PARÁGRAFO 5º, DA CF/88. IRREGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO PNAE - PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR, EXERCÍCIO DE 2000. IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AO EX-GESTOR MUNICIPAL. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ESCLARECEDOR EXAME REALIZADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO TOCANTE A OUTRO PROGRAMA GOVERNAMENTAL (PDDE - PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA), TAMBÉM ABASTECIDO COM RECURSOS DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO/FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO SENTENCIAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. IRRELEVÂNCIA DA PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. INDEFERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA POR AUSÊNCIA DE OBJETO A SER PERICIADO. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL POR SE TRATAR DE FATOS PASSÍVEIS DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL JÁ COLIGIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Apelação interposta contra sentença de procedência do pedido do autor, escorado em relatório de tomada de contas especial expedido pelo TCU, de condenação do réu, ex-prefeito, a ressarcir suposto prejuízo ocasionado aos cofres públicos, no importe de R\$567.590,61, concernente ao valor impugnado (100% do repasse federal pelo FNDE/MEC, acrescido da atualização monetária até fevereiro de 2011) na prestação de contas do PNAE - Programa Nacional de Alimentação Escolar/2000, do Município de Guaiuba/CE. 2. Não procede a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam pelas seguintes razões: a) embora o término do prazo para a prestação de contas em questão tenha ocorrido já na vigência do mandato de novo prefeito, já que o réu não conseguiu se reeleger, foi no mandato desse que as verbas repassadas deveriam ter sido aplicadas, e, portanto, dele é a responsabilidade principal pelas informações acerca da adequada aplicação dos recursos

públicos; b) o novo prefeito cumpriu sua obrigação de prestar as contas, findo o prazo, com os elementos documentais de que dispunha, razão pela qual o TCU entendeu que não poderia a ele imputar qualquer responsabilidade, dirigindo-a àquele que efetivamente deveria ter gerido com correção as verbas públicas e a quem cabe, primordialmente, a comprovação dessa destinação; c) não encontra sustentação a pretensão do ex-prefeito de imputar ao secretário de educação a responsabilidade pela prestação de contas, tendo em conta ter sido o réu o gestor por atribuição dos valores públicos repassados ao Município, além do que o réu não especificou a conduta do secretário. Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam.

3. É imprescritível a pretensão de ressarcimento dos cofres públicos, segundo comando do art. 37, parágrafo 5º, da CF/88. Rejeição da tese da prescrição.

4. Sentença sintética não é sentença carente de fundamentação. In casu, a sentença mostrou-se devidamente fundamentada, reportando-se à apuração do TCU, cujas conclusões o réu não conseguiu ilidir. Rejeição da preliminar de nulidade da sentença por violação ao dever constitucional de fundamentar.

5. Não está configurado cerceamento do direito de defesa (rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade da sentença sustentada em tal argumento), conclusão a que se chega, em função das seguintes ponderações:

5.1. durante o procedimento de tomada de contas especial, o réu foi notificado várias vezes acerca da deficiência da prestação de contas apresentada, não tendo, contudo, apresentado qualquer manifestação (frise-se, inclusive, que, em nenhum momento, o réu sequer alegou que tais comunicações não lhe tivessem chegado às mãos). Assim, outra não poderia ter sido a conclusão do TCU, diante da inércia do ex-gestor, senão a de irregularidade, com imposição do dever de ressarcir os valores repassados, cuja aplicação correta não se comprovou;

5.2. embora o réu tenha afirmado, no âmbito judicial (note-se que não houve alegação nesse sentido, em sede administrativa), que o novo gestor público teria impedido que ele tivesse acesso aos documentos necessários aos esclarecimentos, o fato é que não trouxe qualquer elemento probatório inicial, que teria que ser, por óbvio, documental, de que isso efetivamente tivesse acontecido, a exemplo de petições eventualmente dirigidas à prefeitura para a obtenção de cópias dos supostos documentos. Na verdade, o que emerge dos autos é uma atitude de inércia do ex-gestor público, de despreocupação com a atuação dos órgãos de controle, pela qual procura, simplesmente, atribuir a responsabilidade pelos fatos ao novo gestor, sem trazer qualquer dado minimamente concreto a estribar sua tese de que se trata de perseguição política;

5.3. não há como se deferir a realização de perícia, se não há objeto a ser periciado;

5.4. os fatos alegados são passíveis de comprovação pela via documental, mostrando-se desnecessária, por patentemente insuficiente, a realização de prova testemunhal;

5.5. sobretudo em vista dos princípios da celeridade processual, da duração razoável do processo e da efetividade processual, não se pode postergar o julgamento da demanda à juntada "futura" de documentos, cuja existência o réu sequer conseguiu primariamente demonstrar, mormente quanto é fato público a carência de tais documentos na prefeitura, consoante constatou o TCU, ao analisar imputações feitas ao mesmo réu, no tocante a outro programa governamental (o PDDE - Programa Dinheiro Direto na Escola), por irregularidades verificadas no mesmo período. Vejam-se os seguintes julgados do TCU: a) através do Acórdão nº 513/2008 - 2ª Câmara, foi reconhecida a responsabilidade tanto do ex-gestor, quanto do novo prefeito, nos seguintes termos: "julgar [...] irregulares as presentes contas, condenando solidariamente o Sr. Iran [...] e o Sr. Antônio [...] ao pagamento do valor de R\$43.300,00, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento desses valores aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora [...]"; b) contra esse julgado da Corte de Contas, houve a interposição de recurso de reconsideração pelo novo gestor (Antônio), tendo assim decidido o TCU: "Com relação ao mérito, acolho a proposta de encaminhamento formulada pelo titular da Serur no sentido de afastar a responsabilidade do Sr. Antônio [...] quanto ao débito apurado, uma vez que a quase totalidade dos recursos do PDDE/2000 [...] foram gastos na gestão de seu antecessor, Sr. Iran [...] / Acrescente-se que, via de regra, deve prestar contas quem geriu os recursos, conforme se pode extrair da própria Constituição Federal, em seu art. 70. No caso em estudo, o Sr. Iran [...] comprovadamente geriu recursos federais, mas não logrou comprovar sua efetiva destinação, transferindo o ônus da prestação de contas ao prefeito sucessor. Assumiu, dessa forma, o risco de deixar a outrem a responsabilidade pela prestação de suas contas. O presente processo é mera consequência do caminho arriscado que trilhou o ex-prefeito. / Destarte, recai sobre o Sr. Iran [...] a responsabilidade pela não comprovação da boa e regular aplicação dos R\$43.300,00 atinentes ao PDDE/2000, devendo-se abater desse valor os R\$172,52 mantidos em conta corrente ao final de seu mandato e diminuir a multa na proporção dessa redução do débito. / Resta avaliar se houve omissão do Sr. Antônio [...] quanto à prestação de contas dos recursos em foco, que teve seu prazo encerrado na gestão desse responsável. / Alega o recorrente que ao assumir em 2001 o cargo de prefeito de Guaiuba/CE deparou-se com o desmonte da Prefeitura, realizado pelo prefeito anterior. Diante dessa situação, determinou o ajuizamento de ação cautelar de busca e apreensão, com a finalidade de tentar reaver o patrimônio contábil e material que havia desaparecido antes de sua posse [...] / Com relação ao PDDE/2000, argumenta ter sido ajuizada pelo Município de Guaiuba a ação de prestação de contas 2000.0117.1695-0/0 contra o Sr. Iran [...] / A par disso [...] entendo haver elementos de convicção suficientes para respaldar a alegação de que

supostos prejuízos aos cofres públicos. O réu, no caso, interpôs apelação contra sentença de procedência, escorado em relatório de tomada de contas especial expedido pelo TCU, de

o prefeito sucessor não teria prestado contas dos recursos do PDDE/2000 em razão da impossibilidade de fazê-lo ante a ausência da documentação necessária./Aliás, não afasta a razoabilidade dessa conclusão o fato de o secretário Municipal de Educação ter encaminhado ao FNDE em 23/2/2001 - na gestão do Sr. Antônio Carlos, portanto - elementos a título de prestação de contas do PDDE/2000 [...] Ao contrário, a incompletude desses elementos, que foram rejeitados pelo órgão concedente [...], militar em favor do argumento de que o prefeito sucessor não dispunha dos documentos atinentes àquele programa./Considerado preenchidos, portanto, os pressupostos indicados na súmula/TCU 230 como necessários para o afastamento da co-responsabilidade do Sr. Antônio [...], quais sejam, impossibilidade de prestar contas e adoção das medidas legais visando ao resguardo do patrimônio público" (Acórdão 1598/2010 - 2ª Câmara); c) os embargos de declaração opostos contra o acórdão do TCU pelo ora réu foram rejeitados, segundo o Acórdão 3494/2010 - 2ª Câmara. De se acrescentar que a mesma ausência de documentos necessários à prestação de contas foi objeto de afirmação específica no âmbito do Acórdão 2067/2004 - 1ª Câmara, atinente a outro convênio com o FNDE.

6. No mérito, está demonstrada a irregularidade da prestação de contas, defeito que, por sua natureza, inviabiliza conclusão no sentido da aplicação escorreita dos valores públicos repassados. De fato, ficou consignado no relatório de controle, além de uma divergência de valores (entre o valor correspondente ao "saldo do exercício anterior" indicado na prestação de contas em comento e o valor do saldo apontado na prestação de contas do ano antecedente), que o parecer do Conselho de Alimentação Escolar - CAE (documento exigido em normativa específica - Resolução CD/FNDE nº 15/2000 - como condição para a apuração da regularidade do emprego dos recursos públicos) não fora assinado pelo seu presidente ou vice-presidente. Pior que isso, verificou-se que o parecer do CAE fora assinado pela mesma pessoa - não identificada - que assinou o demonstrativo sintético anual da execução físico-financeira do PNAE (esse não acompanhado de qualquer outro documento), o que revela a inexistência do imprescindível controle social na aplicação dos recursos públicos. Tal constatação, consorciada com a ausência de outros elementos documentais pertinentes à aplicação dos recursos públicos em tela, revela a correção do pronunciamento do TCU, no sentido da não demonstração da aplicação adequada dos recursos públicos repassados, gerando, como consequência, o dever de ressarcimento.

7. "Caráter essencial da manifestação do CAE. Exercício do controle social. Necessidade de efetiva prestação de contas./8. O parecer do CAE, previsto na Resolução CD/FNDE nº 15/2000, art. 12, parágrafo 2º, é documento essencial à transparência no uso dos recursos públicos repassados pela União, no âmbito do PNAE. É a partir dele que se estabelece a base do controle social sobre a gestão dos recursos da merenda escolar. Deve ficar claro que a ausência de documento comprobatório essencial é motivo suficiente para a reprovação das contas pertinentes, haja vista a falta de uma verdadeira prestação de contas, em tal caso. Nem mesmo as alegações de que não houve locupletamento e de que os recursos foram aplicados na finalidade socorrem à ex-Prefeita, em especial diante da ausência de documentos comprobatórios relativos à correta aplicação./9. A necessidade de uma verdadeira prestação de contas do uso dos recursos públicos foi elevada, nas últimas décadas, ao status de questão de honra para a política nacional. A Constituição Federal de 1988 é uma Carta Política que se volta, com empenho, para a transparência no uso do dinheiro público. Não sem motivo, em seu artigo 34, inciso VII, alínea 'd', elegeu a falta de prestação de contas como motivo determinante para uma possível intervenção federal. A verdadeira prestação de contas é aquela que alia a transparência cristalina dos atos de gestão à obtenção dos resultados pretendidos. Mesmo nos órgãos de controle dos países centrais, não se reduzem as regras de conduta a um segundo plano, em nome da finalidade: as normas de auditoria do General Accounting Office - GAO, órgão de Controle Externo dos Estados Unidos, em seu item 1.11, definem claramente a importância da análise do ponto de vista das leis e dos regulamentos aplicáveis./10. Em termos da conjugação entre formalidade e materialidade, no que se refere à documentação comprobatória, o que ocorre é o estabelecimento de ponderações proporcionais às falhas verificadas, tanto quantitativa quanto qualitativamente. Assim, por exemplo, a ausência de informação quanto ao endereço residencial, se comprovada a boa gestão, pode até ser considerada falha formal, mas a falta de um plano de trabalho ou, como no caso em questão, do essencial parecer do CAE, cuja expressa previsão era do pleno conhecimento da responsável, não pode ser admitida" (excertos extraídos do Acórdão 412/2007 da 1ª Câmara do TCU). "Além disso, o convênio exige a apresentação do parecer do Conselho de Alimentação Escolar sobre a regularidade das contas e dos documentos comprobatórios. Essa disposição tem os objetivos de garantir o controle social da aplicação de recursos e de autenticar a prestação de contas, fixando a responsabilidade do conselho pela fidedignidade das informações. No caso em tela, verifica-se que o gestor encaminhou um formulário denominado 'Avaliação', informando que o aludido conselho deu parecer favorável à execução do convênio. No entanto, o formulário não foi assinado por membros do conselho (decreto de nomeação do conselho às fls. 20), mas sim pelo gestor, e não vem acompanhado de cópia do referido parecer. Por conseguinte, o documento apresentado não se reveste de caráter probatório" (trechos do Acórdão 523/2008 da 2ª Câmara do TCU).

8. Pelo desprovimento da apelação.

condenação do réu, ex-prefeito, a ressarcir suposto prejuízo ocasionado aos cofres públicos, no importe de R\$567.590,61, concernente ao valor impugnado (100% do repasse federal pelo FNDE/MEC, acrescido da atualização monetária até fevereiro de 2011) na prestação de contas do PNAE - Programa Nacional de Alimentação Escolar/2000, do Município de Guaiuba/CE. No julgado, o tribunal reconhece, em resumo, i) a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos e ii) a irregularidade das contas do município; iii) a verificação do dano material causado. Sendo assim, decide pelo desprovimento da apelação interposta.

Apesar do grande número de ações versando acerca do direito social à educação, é necessário ressaltar que a maioria delas trata, salvo algumas especificidades do caso concreto, acerca do mesmo tema: a cobrança de taxa para a expedição de diploma de conclusão da graduação. São, ao todo, 14 (catorze) julgados nesse sentido (AC319421/PE, AC325607/PE, AC349292/PE, AG83054/PE, AG86902/SE, AC433509/PE, AG86087/CE, AC507810/SE, AC531770/PE, AC510356/SE, APELREEX25139/CE, APELREEX27064/PE, AG130478/SE e AC561757/CE). Desses julgados, destaque-se, por ser um dos mais recentes e por tratar de maneira específica acerca do direito vindicado, para além de questões somente processuais, é o AG130478/SE²⁴¹.

²⁴¹ BRASIL – TRF5. AG130478/SE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, 27/06/2013.

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ENSINO SUPERIOR. COBRANÇA DE TAXA PARA EXPEDIÇÃO DE DOCUMENTO. GRATUIDADE PLENA. REVOGAÇÃO EM PARTE DA TUTELA. ISENÇÃO APENAS PARA EXPEDIÇÃO DA 1.ª VIA DO DIPLOMA E PERTINENTE HISTÓRICO ESCOLAR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A UNISEB - UNIÃO DE CURSOS SUPERIORES SEB LTDA. interpõe agravo de instrumento contra antecipação dos efeitos da tutela deferida na Ação Civil Pública n.º 0006319-96.2012.4.05.8500. A demanda foi ajuizada pelo MPF em face da UFS - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE, SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR AMADEUS - FACULDADE AMADEUS (FAMA), FACULDADE TOBIAS BARRETO (FTB), FACULDADE SÃO LUÍS DE FRANÇA - FSLF, FACULDADE SERUGY, UNIVERSIDADE TIRADENTES, FACULDADE DE ESTUDOS ADMINISTRATIVOS MINAS GERAIS (FEAD), UNIVERSIDADE NORTE DO PARANÁ-UNOPAR, FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE, FACULDADE ATLÂNTICO-FA, FACULDADE JOSÉ AUGUSTO VIEIRA - FJAV, ASSOCIAÇÃO OBJETIVO DE ENSINO SUPERIOR (ASSOBES) - mantenedora da FACULDADE DE ARACAJU (FACAR), ASSOCIAÇÃO UNIFICADA PAULISTA DE ENSINO RENOVADO OBJETIVO (ASSUPERO), mantenedora da FACULDADE SERGIPANA (FAZER), INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR COC-UNICOC, INSTITUTO MANTENEDOR DE ENSINO SUPERIOR DA BAHIA LTDA - IMES, mantenedora da FACULDADE DE TECNOLOGIA E CIÊNCIAS - FTC, ASSOCIAÇÃO DE ENSINO E CULTURA "PIO DÉCIMO" S/C LTDA FACULDADE PIO DÉCIMO-FPD, SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR DE SERGIPE LTDA, mantenedora da FACULDADE DE SERGIPE-FASE e UNIÃO FEDERAL, visando à condenação das instituições de ensino réus a: 1) obrigação de fazer consistente em não exigir de seus alunos, deste ano letivo e dos vindouros, o pagamento de qualquer valor a título de "taxa" para emissão, em primeira via, no mesmo período letivo, de quaisquer documentos e serviços relacionados à atividade educacional, tais como diploma, histórico escolar, certidão de notas, declaração de dias de prova, declaração de horário, declaração de estágio, plano de ensino, certidão negativa de débito na biblioteca, declaração de disciplinas cursadas, conteúdo programático, ementas de disciplinas, declaração de transferência, certificado para colação de grau, certificado de conclusão de curso, segunda chamada de prova por motivo justificado, revisão de provas, atestado de vínculo e outros da mesma natureza,

independentemente da denominação que se lhe dê, relativamente aos alunos de todos os cursos das instituições públicas e privadas requeridas; 2) obrigação de fazer consistente no fornecimento imediato de todas as 1ª vias de documentos e realização de todos os serviços ainda não entregues ou não realizados em razão do não pagamento das aludidas "taxas"; 3) obrigação de indenizar, consistente na devolução, em dobro, de todos os valores cobrados indevidamente de todos ex-alunos, nos últimos 05 (cinco) anos, a título de taxa de expedição de 1ª via de documento ou realização de serviços antes elencados, ainda não restituídos, acrescidos de correção monetária e juros legais, a ser realizada em execução **coletiva** ou requerida pelo MPF; 4) obrigação de fazer consistente na ampla divulgação da sentença de procedência proferida, em todas as unidades de ensino requeridas.

2. O MPF detém legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, considerando-se que o direito fundamental à educação é de natureza coletiva e difusa, reconhecida em vários precedentes jurisprudenciais.

3. A alegação de ilegitimidade passiva foi suscitada diretamente perante o e. Tribunal, não devendo ser conhecida, sob pena de supressão de instância. Sem embargo do exposto, houve recente decisório do primeiro grau a determinar sua permanência na lide, considerando-se que o MPF especificou o seu CNPJ na exordial da ACP.

4. O recurso é tempestivo e a certidão de intimação repousa nos autos, considerando-se que o CNPJ da UNISEB - UNIÃO DE CURSOS SUPERIORES SEB LTDA. remete, por ser idêntico, à faculdade denominada Instituto de Ensino Superior COC - UNICOC.

5. As Resoluções n.º 01/83 e 03/89 mencionadas no decisório recorrido já não integram o ordenamento jurídico. Tampouco a Lei n.º 8.170/91.

6. Os documentos e certidões enumerados como isentos de taxa em tais resoluções não podem ser declarados como hipóteses de isenção ainda em vigor com base no art. 6.º da Lei n.º 9.870/99, por configurar uma exegese demasiadamente elástica em contraposição com o princípio de que as normas restritivas de direito hão de ser interpretadas restritivamente. Convém transcrever o mencionado dispositivo: "Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias".

7. Ademais, lendo-se integralmente o Parecer CNE/CES n.º 11/2010, observa-se que o Ministério da Educação concluiu pela possibilidade da cobrança de taxas, à exceção daquela pertinente à expedição e registro de diploma.

8. Por sua vez, a União consigna nos autos: "Deveras, o Ministério da Educação, ao editar a Portaria Normativa MEC n.º 40, de 12 de dezembro de 2007, exerceu o Poder Regulamentar previsto constitucionalmente e ressaltado pela Lei n.º 9.394/96 e pelo Decreto n.º 5.773, de 9 de maio de 2006. Art. 32. Após a autorização do curso, a instituição compromete-se a observar, no mínimo, o padrão de qualidade e as condições em que se deu a autorização, as quais serão verificadas por ocasião do reconhecimento e das renovações de reconhecimento.

§ 4º A expedição do diploma considera-se incluída nos serviços educacionais prestados pela instituição, não ensejando a cobrança de qualquer valor, ressalvada a hipótese de apresentação decorativa, com a utilização de papel ou tratamento gráfico especiais, por opção do aluno. Veja-se que a Portaria Normativa abordou expressamente a questão relativa à expedição de diploma, vedando sua cobrança, salvo se o aluno optar por apresentação decorativa, com utilização de papel ou tratamento gráfico especial.

Note-se, também, que a Portaria MEC n.º 40 não tratou de outros serviços administrativos como: declarações provisórias de vínculo acadêmico, históricos escolares parciais e outras demandas, que exigem a manutenção de pessoal específico para a realização dessas tarefas. Entretanto, esse fato não caracteriza omissão da União em legislar. Deveras, a ausência de previsão relativamente a esses serviços administrativos não significa mero esquecimento do legislador/administrador, mas sim porque possuem tratamento diverso no que tange ao diploma. Considerou-se que esses serviços administrativos exigem a manutenção de pessoal específico para a realização dessas tarefas, excluindo-se do vínculo à educação ministrada e, desse modo, poderiam ser cobrados à parte pelas instituições de Ensino Superior, dentro de sua margem de autonomia administrativa".

9. Estamos, conseqüentemente, diante de uma **tutela** antecipada deferida com base em princípios constitucionais de gratuidade, quando a Carta Magna igualmente contém vários princípios para proteger a iniciativa privada, dentro do mercado capitalista brasileiro.

10. Igualmente há de ser gratuita a expedição do histórico escolar final como obrigação acessória da expedição do diploma de conclusão de curso.

11. Precedente: PROCESSO: 00079234720114058300, AC531770/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 10/04/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 19/04/2012 - Página 276.

Agravo de instrumento provido, em parte, para revogar a antecipação dos efeitos da tutela concedida na Ação Civil

A discussão, em sede de agravo de instrumento, foi originada por demanda ajuizada pelo Ministério Público Federal perante uma série de instituições superiores de ensino em funcionamento no Estado de Sergipe e a União Federal mirando a condenação das rés em: i) obrigação de fazer consistente em não exigir de seus alunos, deste ano letivo e dos vindouros, o pagamento de qualquer valor a título de "taxa" para emissão, em primeira via, no mesmo período letivo, de quaisquer documentos e serviços relacionados à atividade educacional, tais como diploma, histórico escolar, certidão de notas, declaração de dias de prova, declaração de horário, declaração de estágio, plano de ensino, certidão negativa de débito na biblioteca, declaração de disciplinas cursadas, conteúdo programático, ementas de disciplinas, declaração de transferência, certificado para colação de grau, certificado de conclusão de curso, segunda chamada de prova por motivo justificado, revisão de provas, atestado de vínculo e outros da mesma natureza, independentemente da denominação que se lhe dê, relativamente aos alunos de todos os cursos das instituições públicas e privadas requeridas; ii) obrigação de fazer consistente no fornecimento imediato de todas as 1ª vias de documentos e realização de todos os serviços ainda não entregues ou não realizados em razão do não pagamento das aludidas "taxas"; iii) obrigação de indenizar, consistente na devolução, em dobro, de todos os valores cobrados indevidamente de todos ex-alunos, nos últimos 05 (cinco) anos, a título de taxa de expedição de 1ª via de documento ou realização de serviços antes elencados, ainda não restituídos, acrescidos de correção monetária e juros legais, a ser realizada em execução coletiva ou requerida pelo MPF; iv) obrigação de fazer consistente na ampla divulgação da sentença de procedência proferida, em todas as unidades de ensino requeridas.

Evitando expressamente adentrar em um “num amplo debate quanto à dialética de tais princípios em face do direito fundamental à educação, uma das bases da República”²⁴², e utilizando-se de precedente anterior daquele mesmo Tribunal, decidem dar parcial provimento ao agravo de instrumento para revogar a antecipação dos efeitos da tutela concedida na ação civil pública, mas declara isentos de taxa a 1.ª via do diploma e o pertinente histórico escolar final. Mais uma vez, não se verificam maiores discussões acerca das consequências econômicas ou das diretrizes para uma implementação prática da medida posta em discussão.

5.2.2 Direito social à moradia

Pública n.º 0006319-96.2012.4.05.8500, declarando-se isentos de taxa a expedição da primeira via do diploma e o pertinente histórico escolar final.

²⁴² Op. cit.

A maioria das causas encontradas em pesquisa acerca de discussões referentes ao direito social à moradia tratam do famigerado Sistema Financeiro Habitacional – SFH, das 13 (treze) causas encontradas, 7 (sete) tratam do tema (AC175170/PE, AC418975/CE, AG114574/CE, AG100280/CE, AC17268/CE, AC469271/PE, AC529865/PE e AC564599/PE). Em comum, as causas reconhecem que o caráter social de que o direito à moradia se reveste e que o Sistema Financeiro Habitacional executa política pública destinada à efetivação desse direito à moradia. Reconhecendo esses pressupostos, os julgados seguem a afirmar e aplicar o entendimento que os contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação devem seguir normas estabelecidas em lei e nos atos infralegais editados pelos órgãos competentes. Sendo assim, a especificidade de cada julgado é verificar a correspondência entre o previsto na legislação aplicável e o caso concreto, cuja discussão em nada acrescenta a este trabalho.

Em 2008, há o julgado da AC409978/SE²⁴³ de conteúdo bastante interessante: o Estado de Sergipe ajuizou ação civil pública, em defesa do em defesa do idoso e do consumidor, contra a Caixa Econômica Federal – CEF em razão do procedimento adotado pela empresa pública no gerenciamento do Programa de Arrendamento Residencial – PAR, haja vista estabelecer limites de idade que importou na exclusão de idosos acima de 65 anos do benefício social criado pelo Governo Federal pela Lei nº 10.188/2001. No julgado, a Desembargadora Federal convocada Amanda Lucena reconhece a pertinência da condenação da Caixa Econômica Federal em honorários sucumbenciais pelo reconhecimento em primeiro grau da procedência do pedido

²⁴³ BRASIL – TRF5. AC409978/SE, Segunda Turma, Relator Desembargadora Federal Amanda Lucena (Convocada), DJ – DATA: 07/08/2008.

Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSAÇÃO. DIREITO DO IDOSO. TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO. VIOLAÇÃO À LEI Nº 10.741/2003 E AO ART.230 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CEF. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. SUCUMBÊNCIA RECONHECIDA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. CABÍVEL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/2003, ao tratar do direito à habitação, estabelece que nos programas habitacionais o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, devendo ser reservado o percentual de 3% (três por cento) das unidades habitacionais para o atendimento ao idoso.
2. Por sua vez, a CEF ao conduzir o Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado pelo Governo Federal para atender às necessidades de moradia para população de baixa renda, simplesmente adotou uma política discriminatória em relação ao idoso, porquanto impôs a limitação de idade de 65 anos para o proponente arrendatário, no caso de contratação de 15 anos, sendo este o tempo de amortização da dívida previsto no programa.
3. Ajuizada Ação Civil Pública pelo Estado de Sergipe, em defesa dos idosos, a CEF apresentou um termo de acordo na realização da audiência cujo teor coincide exatamente com o objeto e pedido da demanda, inclusive se comprometendo a reservar o percentual de 3% para as pessoas maiores de 60 anos. Por conseguinte, com a concordância das partes, a transação foi homologada por sentença, que condenou às partes ao pagamento de seus respectivos honorários profissionais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).
4. Embora tenha sido empregada a terminologia "transação" no termo de audiência, o que houve foi verdadeira adequação da conduta da CEF ao ordenamento jurídico, implicando em claro reconhecimento do pedido nos termos do art. 26 do CPC, sendo devido os honorários advocatícios em favor da parte apelante, que moveu a máquina judiciária e empreendeu esforços para obter o resultado jurídico e, assim, obteve.
5. Apelação provida, reconhecendo a sucumbência da CEF e condenando-a ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do Estado de Sergipe, que, conquanto a causa tenha alta valoração social, são fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

formulado, pois o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), ao tratar do direito à habitação, institui que nos programas habitacionais o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, devendo ser reservado o percentual de 3% (três por cento) das unidades habitacionais para o atendimento ao idoso. Desse modo, a Caixa Econômica Federal teria agido de modo discriminatório (tanto por violar expressamente o estabelecido no Estatuto do Idoso, quanto ao próprio texto constitucional e toda sua principiologia acerca das inclusões sociais), ao conduzir o Programa de Arrendamento Residencial, criado pelo Governo Federal para atender às necessidades de moradia para população de baixa renda, quando estabeleceu a necessidade da contratação de seguro de risco morte e invalidez impôs a limitação de idade de 65 anos para o proponente arrendatário no caso de contratação de 15 anos, tempo este de amortização do PAR.

Ainda acerca do PAR, em 2010, há o AG98278/AL²⁴⁴ em que houve o reconhecimento da responsabilidade da Caixa Econômica Federal pelos reparos questionados em ação civil pública, já que no contrato firmado, infere-se que no empreendimento imobiliário ela não atuou apenas na qualidade de financiadora, mas como verdadeira dona do empreendimento, tendo arrendado as unidades habitacionais.

Por derradeiro, em 2014, o AG135231/PE²⁴⁵ interposto pela Caixa Econômica Federal contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos abonos de aluguel formulado pela

²⁴⁴ BRASIL – TRF5. AG98278/AL, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJE – DATA: 07/12/2010.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DEFEITO DE CONSTRUÇÃO EM IMÓVEIS. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. RESPONSABILIDADE DA CEF E DA CONSTRUTORA.

1. Agravo da CEF contra decisão que, em ação civil pública proposta contra a agravante e a Produção Engenharia LTDA, deferiu provimento antecipatório de tutela para determinar a adoção de reparos de vícios em imóveis (Residencial Central Park/ AL), em razão de sua colocação no mercado por intermédio do Programa de Arrendamento Residencial;

2. A responsabilidade pelos reparos em questão, indubitavelmente, é da agravante, visto que, do contrato acostado aos autos, infere-se que no empreendimento imobiliário ela não atuou apenas na qualidade de financiadora. Diferentemente, ela é dona do empreendimento, tendo arrendado as unidades habitacionais;

3. No tocante à alegada ilegitimidade ad causam do Parquet, embora reconheça que a discussão é razoável em virtude da natureza patrimonial do interesse em disputa, ao menos por ora, sem prejuízo de poder voltar ao tema no momento oportuno, não parece ausente a condição da ação, dado que a demanda gira em torno do direito social à habitação, assunto que a jurisprudência entende que o Ministério Público é parte legítima para discutir;

4. Agravo de instrumento improvido.

²⁴⁵ BRASIL – TRF5. AG135231/PE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJE – DATA: 20/03/2014.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PAGAMENTO DE ABONO DE ALUGUEL AOS OCUPANTES DAS UNIDADES HABITACIONAIS INTERDITADAS. POSSIBILIDADE. AGTR IMPROVIDO.

1. A decisão agravada indeferiu o pedido de suspensão dos abonos de aluguel formulado pela CEF às fls. 9.931/9.942 daqueles autos, determinando que a empresa pública ora agravante continue procedendo ao pagamento do abono de aluguel, através de depósito em conta judicial, em relação aos substituídos ali indicados, até que se possa solucionar, definitivamente, acerca da situação de cada um deles. (fls. 41/42).

2. Solução diferente não seria compatível com uma justa prestação jurisdicional, pois não seria admissível que as

empresa pública, determinando que a agravante continue procedendo ao pagamento do abono de aluguel, através de depósito em conta judicial, em relação aos substituídos processualmente, até que se possa solucionar, definitivamente, a situação de cada um deles. Os valores em questão correspondem ao abono de aluguel, destinado a custear a moradia de pessoas que foram compelidas a desocupar o imóvel em que residiam, em razão dos riscos de desmoração. O Desembargador Federal Manoel Erhardt, em seu voto como relator, afirmou que “solução diferente não seria compatível com uma justa prestação jurisdicional, pois não seria admissível que as pessoas, antes moradoras daqueles imóveis, sejam obrigadas a arcar com as despesas extras decorrentes de uma desocupação forçada de suas residências”²⁴⁶, diante da “presunção de que efetivamente estão sendo contempladas as pessoas cujo direito a uma moradia digna foi cerceado em razão da precariedade da edificação em questão”²⁴⁷.

Outro caso, por versar acerca de questões apenas processuais, cujo recurso sequer fora admitido: AC357524/SE²⁴⁸.

pessoas, antes moradoras daqueles imóveis, sejam obrigadas a arcar com as despesas extras decorrentes de uma desocupação forçada de suas residências.

3. Note-se que a decisão agravada levou em consideração a necessidade da preservação do direito à moradia, enquanto direito social indispensável para afirmação da dignidade humana.

4. Verifica-se, ainda, que as pessoas autorizadas ao recebimento dos referidos abonos foram habilitadas pelo Ministério Público Federal, instituição que se presume tenha averiguado criteriosamente a pertinência com a causa, qual seja o direito ao recebimento do abono de aluguel.

5. Por outro lado, não restou demonstrado pela agravante a ocorrência de duplo pagamento em relação à mesma unidade habitacional, o que reforça a presunção de que efetivamente estão sendo contempladas as pessoas cujo direito a uma moradia digna foi cerceado em razão da precariedade da edificação em questão.

6. No que pertine à determinação de depósito do judicial dos valores relativos ao abono de aluguel, tal imposição garante a preservação do montante depositado, como bem ressaltou o decisum, "até que se possa solucionar, definitivamente, a situação de cada um dos habilitados."

7. Agravo improvido; pedido de reconsideração prejudicado.

²⁴⁶ Op. cit.

²⁴⁷ Op. cit.

²⁴⁸ BRASIL – TRF5. AC357524/SE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (Convocado), DJE – DATA: 19/11/2009.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÕES DAS RÉS. INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. MPF. DIREITO À MORADIA. INDENIZAÇÃO PELA PRIVAÇÃO DO USUFRUTO DESTES. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO DE RELEVÂNCIA SOCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA E ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRAZO PARA RESPOSTA SUSPENSO EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. PROCESSO SENTENCIADO SEM SUA REABERTURA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA APELADA, COM O PROSEGUIMENTO DA AÇÃO E RENOVAÇÃO DA CITAÇÃO DAS RÉS.

1. A CEF e a Construtora CELI Ltda., rés nesta ação, não foram sucumbentes em relação à sentença apelada, vez que esta, ao reconhecer a procedência, em parte, do pedido inicial do MPF, o fez sob o fundamento de reconhecimento jurídico do pedido inicial, considerando que o edifício objeto da inicial já havia sido reparado, não tendo imposto qualquer obrigação ou ônus sucumbencial às RéS.

2. A ausência de sucumbência, na espécie, decorre do fato de que, da sentença apelada, não decorre às referidas Apelantes qualquer prejuízo ou gravame no plano jurídico ou dos fatos, eis que já reparado o edifício objeto da lide (sendo irrelevante a origem dessa reparação), faltando-lhes, portanto, interesse recursal.

3. A alegação da CEF de que o reconhecimento de sua legitimidade passiva para a lide poderia resultar em ônus em eventuais ações que vierem a ser propostas pelos mutuários não se sustenta, pois os efeitos desse reconhecimento na sentença apelada encontram-se limitados a este feito, não tendo eficácia vinculante em relação às lides individuais referidas.

5.2.3 Direito social à saúde

O direito social à saúde, em seu trato jurisdicional pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, não traz muitas situações diversas. Basicamente, as causas tratam acerca da concessão de remédios/tratamentos/exames médicos, como é o caso verificado nos seguintes julgados: AGA100804/01/RN, APELREEX10522/PB, AG112672/AL, APELREEX1235/RN, APELREEX24287/CE, APELREEX24424/CE e a APELREEX 00032405720124058000. Em comum, essas ações reconhecem a fundamentalidade do direito social à saúde, identificando uma hipossuficiência daqueles que necessitam desses remédios/tratamentos/exames médicos e que o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, intimamente ligados ao direito social à saúde, são garantidos constitucionalmente, caracterizando-se, como consequência disso, como dever do Estado, em qualquer de suas esferas federativas, a promoção de medidas que concretizem tais garantias. Assim, afastando as arguições de violação à teoria da separação dos poderes e a reserva do possível, os julgados reconhecem o direito – requerido nos casos de maneira coletiva – ao fornecimento de remédios/tratamentos/exames médicos.

Alguns outros julgados merecem destaque, tal qual a AC403993/RN²⁴⁹ de 2010, em que o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a União Federal, a Fundação

4. A pretensão inicial de indenização pelos danos individuais sofridos pelos proprietários dos imóveis objeto da lide (apartamentos do Edifício Pedra Azul) em virtude da interdição deste pelo risco de seu desabamento está intimamente vinculada à pretensão de reconstrução do imóvel, tendo, ambas, origem nos mesmos fatos (os problemas estruturais do edifício referido) e decorrendo da proteção do mesmo direito de relevância social evidente (direito à moradia).

5. Os interesses objeto de ambas essas pretensões iniciais são individuais homogêneos e têm relevância social evidente (pela vinculação à proteção do direito constitucional à moradia, nos aspectos direto, quanto à reconstrução do imóvel, e indireto, quanto à reparação dos prejuízos decorrentes da privação do imóvel), razão pela qual é o Ministério Público Federal parte ativa legítima para propor a presente ação civil pública.

6. Embora citadas as Rés, havia o prazo de resposta a elas aberto sido, de direito e de fato, suspenso na audiência de conciliação de fls. 62/63, na qual consignado que elas seriam intimadas para apresentação de defesa, o que não foi, contudo, realizado anteriormente à sentença apelada.

7. Desse modo, impõe-se o provimento, em parte, da apelação do MPF para reformar, em parte, a sentença apelada, determinando o prosseguimento da lide em relação à pretensão inicial indenizatória, com a renovação da citação das Rés para responderem à ação.

8. A questão da existência ou não de responsabilidade civil das Rés em relação aos fatos objeto da lide é questão de mérito e não, preliminar processual, pois a sua legitimidade passiva para a lide decorre da simples articulação dos fundamentos de fato e de direito deduzidos na petição inicial, sendo o acolhimento ou não destes questão meritória.

9. Não conhecimento das apelações da CEF e da Construtora CELI Ltda. e provimento, em parte, da apelação do MPF, para reformar, em parte, a sentença apelada, determinando o prosseguimento da lide em relação à pretensão inicial indenizatória, com a renovação da citação das Rés para responderem à ação.

²⁴⁹ BRASIL – TRF5. AC403993/RN, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano, DJE – DATA: 15/06/2010.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALIDADE DA CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ACARI. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TEMPESTIVIDADE DOS RECURSOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNASA. COMBATE AO CÔLERA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE

Nacional de Saúde - FUNASA, o Estado do Rio Grande do Norte, e os Municípios de Natal, Acari, Carnaúba dos Dantas, Cruzeta, Equador, Caicó, Jardim do Seridó, Ouro Branco, Parelhas, São Jorge do Sabugi, São José do Seridó, Santa Cruz e Serra Negra do Norte, quando formularam diversos pedidos de condenação dos réus, quais sejam: a) promoção, através da mídia, campanha informativa onde se esclareça à população sobre a gravidade do contágio, demonstrando toda a extensão do problema relativo ao cólera; e b) realização de amplos investimentos em saneamento básico, tais como tratamento de água, construção de fossas e sumidouros e instalações sanitárias e c) que fossem as famílias das vítimas acometidas pela doença (“cólera”), em particular as dos falecidos, nos termos do artigo 37, § 6º, da CRFB, artigo 159 c/c o artigo 1.059, do Código Civil Brasileiro -CCB, indenizadas, em *quantum* a ser objeto de liquidação de sentença por artigos, abrangendo o que as vítimas perderam e o que deixaram de lucrar.

Em seu voto, o Desembargador Federal Geraldo Apoliano concluiu que, no caso sob exame, contudo, foram diversas as providências adotadas, por todos os réus, para afastar as drásticas consequências da epidemia/endemia. Assim, remata afirmando que “para a configuração da responsabilidade dos entes públicos, necessária se faz a presença dos pressupostos: ação ou omissão estatal; a ocorrência de dano; e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o dano”²⁵⁰, e no caso não se constatou que ações de governo não

À EPIDEMIA DO CÓLERA EM 1999. CAMPANHA INFORMATIVA. RECURSOS FINANCEIROS-ORÇAMENTÁRIOS. ATUAÇÃO DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. MORTES. FATALIDADES QUE OCORREM EM EPIDEMIAS. RECURSOS PROVIDOS.

1. Recebimento da citação do Município de Acari pela Chefe de Gabinete do Prefeito e não pelo Edil. Irregularidade. Presente o réu a todos os atos do processo, com o pleno exercício da ampla defesa, não há nulidade, bem como não se configura a revelia no presente caso, em face da indisponibilidade do direito à saúde.

2. Alegação de intempestividade dos Recursos do Estado do Rio Grande do Norte dos Municípios de Natal, Cruzeta e São José do Seridó. Interposição de embargos de declaração da sentença condenatória pela FUNASA. Os Embargos de Declaração suspendem os efeitos da decisão, pois interrompem o prazo para outros recursos até que eles sejam julgados. A sentença que deu provimento, em parte, aos Embargos interpostos pela FUNASA foi publicada em 08.03.2006 (terça-feira). Data de início da contagem do prazo para a Apelação. Apelações do Município de Natal, Cruzeta e São José do Seridó interpostas, respectivamente, em 30.08.2005 e 27.09.2005, antes, inclusive, da oposição dos Embargos pela FUNASA. Apelação do Estado do Rio Grande do Norte datada de 07.03.2006.

3. O col. Supremo Tribunal Federal -STF já consagrou a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar Ação Civil Pública para defesa dos interesses individuais homogêneos, desde que presente o interesse social, nos termos do art. 127, da Constituição Federal vigente -Informativo nº 389, de 23 a 27 de maio de 2005.

4. Legitimidade passiva da FUNASA, em face de sua condição de Autarquia da União especializada no combate a epidemias e propagadora do sanitário.

5. A União Federal, a Fundação Nacional de Saúde -FUNASA, o Estado do Rio Grande do Norte e os vários Municípios que figuram na lide como litisconsortes, demonstraram que fizeram o que estava aos seus respectivos alcances para erradicar ou, ao menos para impedir a disseminação do cólera, em suas áreas de atenção.

6. O falecimento de algumas pessoas do Estado, em face da doença, embora extremamente lamentável, não faz certo que tenha decorrido de ação ou de omissão do Poder Público, em feição a ensejar a indenização.

7. Apelações e Remessa Necessárias providas.

²⁵⁰ Op. cit.

tenham sido adotadas, ou que tenham ocorrido omissões do Poder Público. Finaliza afirmando que “o falecimento de algumas pessoas em face da doença, embora extremamente lamentável, não faz certo que foi decorrente de ação ou de omissão do Poder Público, em feitiço a ensejar a indenização”²⁵¹.

Em 2012, destacou-se a AC540271/PB²⁵² em que foi requerida a condenação por omissão estatal que teria causado danos morais à sociedade, diante do não atendimento urgente de menores cardiopatas. Sob esse argumento, os apelantes entendem como devida à coletividade a indenização pecuniária e que o valor pago seria revertido em favor do Hospital Napoleão Laureano, situado em João Pessoa/PB, para o atendimento dos pacientes portadores de câncer. Em primeiro grau, além do pedido de indenização coletiva, foi requerida obrigação de fazer, no sentido de promover e custear as cirurgias nos menores cardiopatas. Tal pedido foi considerado procedente pelos próprios réus e a obrigação foi devidamente cumprida, remanescendo a análise do pedido de pagamento de indenização por danos morais coletivos em sede de apelação cível.

A decisão definiu que não ficou comprovado que a situação de não assistência ou a assistência deficiente aos bebês recém-nascidos portadores de cardiopatia no Estado da Paraíba tenha causado na comunidade “um abalo moral diferenciado ou mesmo superior ao que a sociedade brasileira só vivenciar quando se trata do cumprimento das políticas públicas no âmbito da saúde, capaz de justificar, portanto, a indenização por supostos danos morais coletivos”²⁵³, defendendo que “faz-se necessário que tal ato provoque significativa repercussão

²⁵¹ Op. cit.

²⁵² BRASIL – TRF5. AC540271/PB, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Edilson Nobre, DJE – DATA: 21/06/2012.

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. CUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DANOS MORAIS COLETIVOS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIGNIFICATIVA REPERCUSSÃO NO MEIO SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. O dano moral coletivo ou difuso só ocorre em situações excepcionais, nas quais se constata que houve lesão ou comoção social de largo alcance, exigindo-se, portanto, comprovação de sua repercussão na comunidade. Precedentes.

2. Assim, na esteira desse entendimento, não basta a ocorrência de omissão administrativa na efetividade do direito à saúde para a configuração de dano moral coletivo indenizável, já que, em casos como este, faz-se necessário que tal ato provoque significativa repercussão no meio social, sendo insuficientes as alegações de insatisfação da coletividade com o notório descaso do Poder Público com a saúde.

3. Na espécie, da análise do substrato fático-probatório acostado aos autos, não restou comprovado que a não assistência ou a assistência deficiente aos bebês recém-nascidos portadores de cardiopatia no Estado da Paraíba tenha causado na comunidade uma abalo moral diferenciado ou mesmo superior ao que a sociedade brasileira só vivenciar quando se trata do cumprimento das políticas públicas no âmbito da saúde, capaz de justificar, portanto, a pleiteada indenização por supostos danos morais coletivos.

4. Apelação a que se nega provimento.

²⁵³ Op. cit.

no meio social, sendo insuficientes as alegações de insatisfação da coletividade com o notório descaso do Poder Público com a saúde²⁵⁴.

Ainda no ano de 2012 encontrou-se a APELREEX17782/PB²⁵⁵ interposta pelo Estado da Paraíba com o intuito de reformar decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos

²⁵⁴ Op. cit.

²⁵⁵ BRASIL – TRF5. APELREEX17782/PB, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Cesar Carvalho (Convocado). DJE – DATA: 20/07/2012.

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. SUS. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA DE ESTADO DA FEDERAÇÃO. ART. 192, PARÁGRAFO 2.º, INCISO I, DA CF/88. LIMITE MÍNIMO CONSTITUCIONAL DE GASTOS COM A SAÚDE. CREDITAMENTO MENSAL EM CONTA ESPECÍFICA. LEIS N.OS 8.080/90 E 8.142/90. RESOLUÇÃO N.º 322 DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. LEI ESTADUAL N.º 8.107/06. ILEGALIDADE INFRACONSTITUCIONAL, EM PARTE, DE NORMA EXPEDIDA PELO ESTADO. PRELIMINAR. COMPETÊNCIA. APELAÇÃO E REMESSA OBRIGATÓRIA DESPROVIDAS.

1 - O ESTADO DA PARAÍBA interpõe apelação cível em face de sentença, a de julgar parcialmente procedentes os pedidos veiculados na Ação Civil Pública n.º 2008.82.00.003046-3, promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL com vistas a compelir o demandado a respeitar, no que concerne aos recursos destinados à saúde, o percentual constitucional de 12% (doze por cento), nos termos da Resolução 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde.

2 - O apelante sustenta que: a) os recursos federais, uma vez transferidos para a órbita estadual, incorporam-se ao patrimônio do Estado, razão pela qual deve ser reconhecida a incompetência material da Justiça Federal para a presente demanda; b) a mera circunstância de o Parquet Federal ser o autor da lide, sem restar configurado interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, não é suficiente para atrair a competência da Justiça Federal; c) o art. 198, parágrafo 3º, da Constituição delegou à lei complementar, ato normativo primário, a tarefa de definir o alcance da expressão "gastos com saúde", razão pela qual a Resolução 322/2003 do CNS, enquanto ato infralegal decorrente de atividade administrativa, padeceria de vício de inconstitucionalidade; d) ainda que não se vislumbrasse a inconstitucionalidade da mencionada resolução, esta seria aplicável exclusivamente à União Federal; e) o órgão ministerial teria reconhecido, na exordial, a celeuma existente em torno do conteúdo inserto em "gastos com saúde", pretendendo, em verdade, ver acolhido seu próprio entendimento sobre o tema; f) o Judiciário tem considerado que os recursos destinados a projetos de saneamento básico também dizem respeito ao Sistema Único de Saúde; g) as receitas do Estado destinadas à saúde devem constar do Orçamento do Estado, consoante disposição do art. 195, parágrafo 1º, da Constituição c/c o art. 2º, I, da Lei Estadual n.º 8.107/2006; h) o recolhimento de todas as receitas deve ocorrer em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, exceto quanto àquelas vinculadas à previdência social, geral e própria dos servidores públicos, segundo o art. 56 da Lei n.º 4.320/1964 c/c o art. 43, parágrafo 1º, da Lei Complementar n.º 101/2000; i) a Lei Estadual n.º 8.107/2006 determina que os recursos destinados à saúde sejam orçamentariamente vinculados ao Fundo Estadual de Saúde do Estado da Paraíba - FESEP, sendo o controle realizado eletronicamente no âmbito do Sistema Integrado de Administração Financeira do Estado - SIAF.

3 - O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso de apelação, entendendo que: a) a análise da matéria atinente à competência da Justiça Federal encontra-se obstada pela autoridade da coisa julgada constituída no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 89644/PB; b) não há inconstitucionalidade ou ilegalidade a macular a Resolução 322/2003 do CNS; c) os documentos constantes dos autos demonstram que a conta do Fundo Estadual de Saúde, atentando contra expressa disposição do art. 33 da Lei n.º 8.080/1990, funciona apenas como conta de saída, quando, na verdade, os recursos destinados à saúde deveriam ser depositados e permanecerem até a realização da despesa; d) o modo como os recursos transitam pela conta única do Estado dificulta o controle sobre o que efetivamente tem sido investido em saúde.

4 - Não há de ser conhecida a preliminar de incompetência absoluta aduzida pelo Estado da Paraíba, e ora renovada em seu recurso apelatório, porque a linha de fundamentação dessa tese em nada inovou quanto às alegações outrora rechaçadas no Agravo de Instrumento n.º 89.644-PB. Cumpre registrar que esse pronunciamento transitou em julgado em junho de 2011, após a inadmissão de recurso especial do Estado da Paraíba, mantida via decisão monocrática do Ministro João Otávio de Noronha, e de recurso extraordinário também por ele interposto. Por conseguinte, a competência da Justiça Federal constitui preliminar preclusa, tanto em face da preclusão pro judicato, quanto por força da coisa julgada. Igualmente se pode afirmar o mesmo da legitimidade passiva da União. Por fim, resta prejudicada a discussão quanto à presença do Ministério Público Federal no polo ativo versus a competência federal. Sem prejuízo de todo o exposto, ainda que assim não fosse, a propositura de uma ação civil pública pelo MPF contra um ente federativo para a tutela do direito fundamental à saúde para todos

aqueles que recorrem ao Estado da Paraíba não deixa qualquer margem de dúvida quanto à competência federal para solucionar a controvérsia.

5 - Embora inexista qualquer questionamento em relação à legitimidade ativa do MPF, por sua natureza de ordem pública, consigna-se que ele detém poder para promover a ACP, pois, como dito no tópico anterior, a celeuma jurídica gravita em torno de preceito constitucional regulamentador de aplicação de verbas orçamentárias estaduais na área de saúde pública, direito fundamental relevantíssimo de interesse de toda a coletividade local. Precedente: PROCESSO: 200983000147506, APELREEX14745/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 19/04/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 26/04/2012 - Página 169.

6 - O percentual mínimo de recursos a ser aplicado na área da saúde pelos Estados é de 12% (doze por cento) do total arrecadado a título dos impostos especificados, segundo estabelecido no art. 77, parágrafo 4.º, do ADCT.

7 - No caso concreto, o Estado da Paraíba sustenta a ausência de lei complementar a estabelecer as diretrizes do art. 198, parágrafo 3.º, inciso III, sendo inconstitucional a aplicação da Resolução n.º 322/CNS como regulamento autônomo.

8 - Quanto ao tema, não se pode olvidar do pronunciamento do excelso Pretório na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.999/RJ, não conhecida à míngua de inexistência de colisão direta com a Carta Magna, mas de uma quiçá ofensa reflexa da norma a exigir o exame da Resolução sob o prisma da estrita legalidade infraconstitucional. Palavras do relator o Ministro Gilmar Mendes: "Conclui-se, portanto, que se está diante de hipótese em que a eventual ofensa à Carta Constitucional é indireta, o que torna inadmissível a sua apreciação por meio de ação direta de inconstitucionalidade".

9 - Algumas premissas para avançarmos na investigação da controvérsia parecem ter ficado bastante claras no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal: um, não se antevê flagrante inconstitucionalidade nas Leis n.os 8.080/90 e 8.142/90, nem na Resolução n.º 322/CNS; dois, devemos abordar a questão sob o prisma da estrita legalidade infraconstitucional.

10 - A Lei n.º 8.080/90 "Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", diz em seu art. 15 que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios exercerão, no âmbito de sua competência administrativa, "a administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde". Posteriormente entrou em vigor a Lei n.º 8.142/90, cujo objeto consiste na "participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências".

11 - Houve a recepção, pela Emenda Constitucional n.º 29/2000, das Leis n.os 8.080/90 e 8.142/90 como leis complementares reguladoras do SUS, numa análise ampla dos dispositivos constitucionais relacionadas à garantia fundamental à saúde. Para tanto, salienta-se que normas e a Resolução apenas especificam numericamente as porcentagens do art. 198, parágrafo 2.º, inciso II, depois da dedução das transferências aos municípios, sendo harmônicas entre si. Segundo, as leis estão desde muito sendo aplicáveis em todo o país, sem notícia de sua decretação de inconstitucionalidade, com inúmeras outras leis ordinárias a tratar das ações de prestação de serviços de saúde, pois o art. 197 da CF/88 autoriza essa estatura na pirâmide normativa: "Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado". Por último e, talvez, mais importante que os demais fundamentos, a própria decisão do Supremo Tribunal Federal, ao destacar mediante reprodução integral o parecer da Procuradoria-Geral da República, perfilhou a tese de absorção dessas leis pretéritas à EC 29/2000. Interpretação das leis conforme a Constituição.

12 - A inclusão pela Lei n.º 8.107/2006, do Estado da Paraíba, das despesas relativas às políticas de moradia, saneamento básico, meio ambiente e previdência social colidem com o conceito estrito de saúde, embora reflitam no aumento do bem-estar geral da população. Acaso se enlasteça o termo saúde a tal ponto, estar-se-ia mingando as dotações orçamentárias que o constituinte almejou ver destinados para essa área pública essencialmente destinada a garantir a própria vida do cidadão, pressuposto de existência sem o qual todos os demais direitos perdem significado e valia.

13 - A limitação conceitual dada pela Resolução coaduna-se e ganha legitimidade cogente com a própria Lei Orgânica da Saúde, cujo artigo 3.º explicita os fatores determinantes e condicionantes não submetidos à regência da referida norma, a Lei n.º 8.080/90: "Art. 3º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País".

14 - A falta de sintonia entre as duas normas, a estadual e a da União, implicou um recolhimento bem discrepante para a área de saúde, nos limites fixados pela Lei n.º 8.080/90, conforme análise contábil nos autos.

15 - A segunda face da celeuma reside na determinação pela lei estadual de o montante recolhido tributariamente

veiculados em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, que tinha como objetivo compelir o demandado a respeitar, no que concerne aos recursos destinados à saúde, o percentual constitucional de 12% (doze por cento), nos termos da Resolução 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde.

Em confirmação ao entendimento exarado pela magistrada de primeiro grau, e afastando todas as preliminares arguidas pelo Estado da Paraíba, o Tribunal não deu provimento à apelação sob o argumento de que, em consonância com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.999, não se vê flagrante inconstitucionalidade nas Leis n.º 8.080/90 e 8.142/90, nem na Resolução n.º 322/CNS e que a questão deve ser abordada sob o prisma da estrita legalidade infraconstitucional. Em resumo, o ministro relator, cujo voto foi acompanhado pelos demais ministros, rechaçou a alegação de afronta de tais normas jurídicas aos ditames da Carta da República, considerando a presunção de constitucionalidade delas fortalecida pelo exame prévio do Supremo Tribunal Federal, defendendo, portanto, que deverão ser devidamente respeitadas pelo Estado da Paraíba as Leis n.º 8.080/90 e 8.142/90, assim como a Resolução n.º 322/CNS.

Em 2014, o AG135565/PB²⁵⁶ há um interessante caso de agravo de instrumento em sede execução de sentença por descumprimento de termo de ajustamento de conduta. No caso, com

e vinculado à área de saúde ser distribuído por inúmeras Unidades Orçamentárias. Perscrutando a Lei n.º 8.080/90, destacam-se dois dispositivos a desautorizar essa fragmentação orçamentária. São eles: "Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de: parágrafo 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas. Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde-SUS serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos conselhos de saúde".1

Apelação cível e remessa obrigatória desprovidas.

²⁵⁶ BRASIL – TRF5. AG135565/PB, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, DJE – DATA: 30/07/2014.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. SERVIDOR ATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ABERTURA. POSSIBILIDADE. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA DESCUMPRIDO PELA UNIÃO. SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO. NECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Com base em Acórdão lavrado na Apelação Cível n.º 516.466-PB, o Ministério Público Federal requereu a execução imediata da sentença prolatada na Ação Civil Pública n.º 0000286-51.2011.4.05.8201, antes de seu trânsito em julgado. Essa ACP objetiva a realização de concurso público para a contratação de servidores efetivos para o Hospital Universitário Alcides Carneiro - HUAC da Universidade Federal de Campina Grande/PB. 2. Acolhendo-se esse pleito, em parte, o Magistrado de piso determinou as seguintes medidas: "16. Ante o exposto, defiro o pedido do MPF à fl. 9.45/947 tão somente quanto à determinação de realização de um novo processo seletivo para cargos temporários para suprir apenas as vagas deficitárias (remanescentes) da época da seleção temporária autorizada judicialmente. 17. Intimem-se as partes desta decisão, devendo a UFCG proceder à publicação do edital de abertura do certame no prazo máximo de 30 (trinta) dias, observando o item anterior, com a efetiva contratação dos selecionados também no mesmo prazo, após os trâmites legais pertinentes, informando nos autos o seu cumprimento". 3. A União alega: a) impossibilidade de execução provisória quando o caso exige a liberação de recursos orçamentários ou a inclusão, em folha de pagamento, de dispêndios com servidores públicos; b) inconstitucionalidade de contratação temporária de servidor na área de saúde, nos termos da ADIN n.º 3.430/ES;

c) alteração da realidade fática, após a entrada em vigor do Decreto n.º 7.082/10, que instituiu o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais. Com base nessa norma, realizaram-se auditorias nesses hospitais, constatando-se dois problemas sérios. O primeiro é o de que "a falta de recursos humanos nos HU's não é provocado apenas pela falta de autorização de concursos públicos, mas também pela má administração dos gestores que permitem o não cumprimento integral ou parcial da jornada de trabalho estabelecida para os servidores públicos federais". O segundo diz respeito à falta de uma carreira própria para os hospitais universitários. Salientou-se, ainda, a novel Lei n.º 12.55/2011, que criou a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S/A - EBSEH, cuja finalidade é a prestação de serviços às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo de saúde pública. A EBSEH foi implantada por meio do Decreto n.º 7.661/2011 e o Ministério da Saúde regulamentou que ela poderia assinar convênios com os hospitais universitários a partir de junho de 2011. A União noticia que a UFCG/PB, dentro de sua autonomia, "entendeu por bem em não aderir à EBSEH, não se beneficiando dos serviços prestados pela empresa, inclusive o que toca ao fornecimento de mão de obra para o Hospital Universitário Alcides Carneiro"; d) finalmente, ventila-se grave lesão à ordem jurídica e à economia pública, além de ofensa à seara discricionária da administração pública.

4. O Acórdão lavrado na Apelação Cível n.º 516.466-PB há de ser reverenciado, considerando-se a força cogente do decisório colegiado, unânime, tomado na seara máxima da cognição exauriente da lide. Afinal, o sistema traçado no Código de Processo Civil sequer atribui ao recurso especial e ao extraordinário, eventualmente manejado(s) pela parte vencida, qualquer efeito suspensivo das tutelas jurisdicionais originadas dos tribunais inferiores em sede de apelação. Assim o fez, de forma exemplar e irretocável, em perfeita sintonia com a garantia constitucional da tutela judicial célere e efetiva. Aliás, frise-se a importância desse fundamento na área pública de saúde, requisito essencial, mesmo, do exercício pleno da cidadania.

5. Da AC n.º 516.466-PB, destaca-se o seguinte comando: "2 - A sentença impôs as seguintes obrigações: "III - em relação à parte da pretensão inicial ainda remanescente de exame de mérito, julgo procedente o pedido inicial, declarando a extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, inciso I, do CPC), quanto à pretensão inicial referente à contratação definitiva de profissionais para o HUAC na parte relativa à criação de cargos indicados pelo DENASUS e pelo HUAC como necessários, mas não existentes e vagos por ocasião da audiência acima referida, condenando a UFCG e a UNIÃO à abertura, realização e ulatimação de concurso público para seleção de pessoal necessário ao pleno funcionamento do HUAC, conforme números indicados pelo DENASUS e pelo HUAC já acolhidos na liminar deferida neste feito (fls. 236/244 e 281), devendo, quando efetivada a admissão dos servidores concursados, ser extinta a contratação temporária e excepcional objeto do acordo judicial firmado neste feito, com a adoção dessas medidas no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, com a ratificação da liminar antes deferida nessa parte; IV - e ficam os efeitos da condenação judicial objeto do item III acima suspensos até o trânsito em julgado desta sentença, enquanto vigente a suspensão deferida pelo Exm.º Sr. Presidente do TRF da 5.ª Região na SL n.º 4148/PB (fls. 362/365), nos termos do art. 4.º, parágrafo 9.º, da Lei n.º 8.437/92, na redação dada pela MP n. 2.180-35/01."

6. Merece destaque a decisão monocrática do então Presidente Luiz Alberto Gurgel de Faria, proferida na Suspensão de Liminar n.º 4148-PB e conexa à ACP, a criticar fortemente a inércia da Administração Pública na concretização dessa garantia no caso concreto. Transcreve-se esse trecho: "Na hipótese em tela, em relação às determinações contidas nos itens 'a' e 'b' da liminar (fls. 19/20) e quanto à realização de concurso público (primeira parte do item 'c'), limitou-se a requerente a sustentar a possibilidade de grave dano à ordem pública sem trazer aos autos quaisquer elementos que comprovem o potencial lesivo aos bens juridicamente protegidos, sendo certo que a mera presunção da sua ocorrência não se coaduna com o escopo maior da suspensão de segurança, sendo, portanto, insuficiente para o seu acolhimento. Doutra banda, convém ressaltar que esta via, em face da sua excepcionalidade, não se presta ao exame de eventual lesão à ordem jurídica, sob pena de ser-lhe impingida descabida feição recursal, o que, aliás, deflui da própria fundamentação expendida na peça inicial, na qual a promovente esmera-se em defender a ilegalidade da decisão que pretende sustar. Registre-se, ademais, que se mostra plenamente razoável a postura do Poder Judiciário de determinar, excepcionalmente, ao Executivo a implementação de políticas públicas na área de saúde, após ter sido provocado para tanto, não apenas pelo fato de caber ao Estado a importante atribuição de garantir tal direito social à população, diante da sua natureza fundamental, mas, principalmente, porque, in casu, há notícia nos autos de que o Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público do Trabalho, no ano de 2005, no qual ficou ajustado que a UFCG se comprometeria a realizar concurso público para contratação de pessoal para o Hospital Universitário Alcides Carneiro - HUAC, não restou cumprido. Assim, diante da inércia da Administração em executar a política social à qual se comprometeu e em face da incontestável carência de servidores que o mencionado nosocômio apresenta (cf. relatório de fls. 56/62 apresentado pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS), bem como em razão da extrema necessidade de oferecer à comunidade atendimento médico-hospitalar satisfatório, nada mais justo que o Judiciário, responsável pelo controle da legalidade, atue no sentido de compelir o Estado a implementar as políticas públicas imprescindíveis à consecução dos fins traçados na Constituição, inexistindo, pois, nesse

base em acórdão lavrado na apelação cível n.º 516.466-PB, o Ministério Público Federal requereu a execução imediata da sentença prolatada em sede de ação civil pública, antes de seu trânsito em julgado. A ação possui como objeto a realização de concurso público para a contratação de servidores efetivos para o Hospital Universitário Alcides Carneiro - HUAC da Universidade Federal de Campina Grande/PB.

No julgado, o desembargador federal José Maria Lucena salienta que:

O Poder Judiciário não está usurpando a competência da Administração Pública ou ditando uma política pública, mas busca, no exercício regular de seu mister, garantir às camadas mais desalentadas da população de Campina Grande/PB o direito fundamental à saúde. Daí porque não merecem prosperar as alegações da União pela impossibilidade da execução provisória da sentença²⁵⁷.

aspecto, qualquer violação ao princípio da Separação dos Poderes".

7. O Poder Judiciário não está usurpando a competência da Administração Pública ou ditando uma política pública, mas busca, no exercício regular de seu mister, garantir às camadas mais desalentadas da população de Campina Grande/PB o direito fundamental à saúde. Daí porque não merecem prosperar as alegações da União pela impossibilidade da execução provisória da sentença.

8. Em relação ao disposto no art. 2.º-B da Lei n.º 9.494/97, não se está diante de uma real inclusão em folha de pagamento de novas despesas. As vagas a serem preenchidas por concurso público decorrem daquelas remanescentes dentre as 172 (cento e setenta e duas) previstas em termo de ajustamento de conduta homologado em Juízo e não preenchidas por descumprimento parcial e unilateral da Administração. Além dessas, existem, também, os postos de trabalho vagos após a demissão de determinados profissionais selecionados em certame pretérito. Consequentemente, a dotação orçamentária em tela não representaria qualquer novidade ou sobressalto para a União, mas se relaciona à obrigação que ela própria assumiu outrora.

9. No tangente à ADI n.º 3430/ES, em termos práticos, estamos prestigiando o TAC chancelado pela Justiça Federal no sentido de ser de extrema urgência a contratação de servidores temporários como única maneira a possibilitar a continuidade do funcionamento do hospital, enquanto não se promove a contratação de servidores efetivos. Outro entendimento, sem sombra de dúvidas, levará a uma situação de quase desamparo de uma grande parcela de cidadãos hipossuficientes que têm o hospital universitário como último e único recurso de tratamento de seus infortúnios.

10. Pontifica-se que não se está flexibilizando ou se descumprindo o entendimento do excelso Pretório, mas se temperando as razões abstratas das normas e da jurisprudência com a realidade fática do litígio, inspirando-se no princípio da razoabilidade. Com efeito, no plano ideal, é inquestionável que o Estado deveria sempre nomear servidores efetivos para a prestação regular e satisfatória dos serviços públicos. A realidade, é de sabença geral, se apresenta bem diferente. Ora, no caso concreto, a envolver a própria vida de inúmeros cidadãos, diariamente e em caráter inadiável, não há dúvidas de a contratação temporária ser a única via disponível neste momento para remediar a grave situação do hospital, enquanto se destrincham os inúmeros recursos que o próprio Estado maneja contra o Acórdão lavrado na Apelação Cível n.º 516.466-PB, julgado pela v. Primeira Turma, por unanimidade, na mesma linha de entendimento da sentença.

11. De outro giro, rechaça-se totalmente as alegações de afronta à ordem jurídica, economia pública ou saúde. A precariedade do atendimento médico-hospitalar que deu ensejo ao TAC e, diante de sua ineficácia, à ação civil pública configura, sim, a violação frontal ao Estado de Direito que se almeja ver fortalecido no país.

12. A suposta alteração da realidade dos hospitais universitários, sintetizada no item (c) do relatório, não se apresenta idônea a esvaziar a tutela jurisdicional. A despeito da Lei n.º 12.55/2011, que criou a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S/A - EBSERH, e de sua regulamentação pelo Decreto n.º 7.661/2011, a própria União noticia que a UFCG/PB não firmou convênio com tal entidade. Logo, a realidade que aqui nos interessa e objeto estrito da ACP remanesce, assim como o interesse de agir do Ministério Público Federal em ver solucionada a precária situação do Hospital Universitário Alcides Carneiro - HUAC.

Agravo de instrumento desprovido.

²⁵⁷ Op. cit.

Em 2014, verifica-se a ocorrência da APELREEX 00032405720124058000²⁵⁸. Tratou-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, contra a União, o Estado de

²⁵⁸ BRASIL – TRF5. APELREEX 00032405720124058000, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Bruno Teixeira, DJE DATA: 03/07/2014.

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO E INÉPCIA DA INICIAL REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO APLICAÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA. CRITÉRIO DO SALÁRIO MÍNIMO E DE OUTROS QUE COMPROVEM A CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. 1. Remessa oficial e apelações, da União, do Estado de Alagoas e do Ministério Público Federal, em face da sentença que, confirmando a antecipação de tutela, julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar que os réus forneçam gratuitamente aos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS, com prescrição médica e com renda igual ou inferior a 01 salário mínimo, em todo o Estado de Alagoas (no caso do Município de Maceió, apenas aos usuários domiciliados naquela cidade), fraldas descartáveis durante o período necessário ao tratamento médico prescrito, devendo também ser observados os parâmetros ou critérios especificados na sentença. 2. A presente Ação Civil Pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União e do Estado de Alagoas e do Município de Maceió, objetivando sejam estes condenados na obrigação de fornecerem fraldas geriátricas aos usuários do SUS, que necessitam do seu uso contínuo, por prescrição médica, e não possui meios financeiros de suprir esta necessidade. 3. A despeito de a matéria encontrar-se em discussão perante o STF, em repercussão geral já admitida no RE de nº 605.533/MG, imperioso registrar o entendimento já firmado por aquela Corte e também pelo col. STJ, no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ACP, no que concerne ao fornecimento de medicação, ainda que a ação vise tutelar direito de pessoa individualmente considerada. Precedentes: RE 407902, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009 e AgRg no REsp 1328270/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012. 4. Reconhecimento da responsabilidade solidária entre os entes da federação, consoante previsão do art. 196 da Constituição Federal. Precedentes desta Corte: AGA 0012892422012405000001, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 17/01/2013 - Página: 233, AC 00054546220104058300, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 09/08/2012 - Página: 158 e APELREEX 00007735420124058308, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 19/12/2012 - Página: 616. 5. Não há como a União se eximir da responsabilidade do cumprimento da obrigação de fazer em comento. Preliminar de ilegitimidade passiva para a causa, deduzida pela União, rejeitada. 6. Ao contrário do que afirma o Estado/recorrente, constata-se que do fato narrado na exordial decorre logicamente o pedido deduzido. Ademais, não se pode olvidar que o sistema SUS é denominado "único" em razão da obrigação comum de todos os entes da federação, afeta à saúde (arts. 23, II e 196 da Constituição Federal), de forma descentralizada (art. 198, I, da CF). Esta é a regra. Preliminar de inépcia da inicial, rejeitada. 7. O princípio da separação dos poderes não pode ser invocado como óbice à realização dos direitos sociais. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010. 8. A reserva do possível não pode ser invocada com o intuito de fraudar, frustrar ou mesmo inviabilizar a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, por encontrar insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. Precedente do STF: ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125. 9. Os parâmetros determinados na sentença, para fins de delimitação dos beneficiários da obrigação de fazer foram estabelecidos com razoabilidade, cumprindo apenas ampliar o entendimento de hipossuficiente, para que este não se restrinja àqueles que percebam um salário mínimo, mas, que seja levado em considerações, critérios outros que igualmente comprovem a condição de miserabilidade, como forma de tornar mais justa a medida e de não excluir aqueles que efetivamente necessitam dessa assistência, além de tornar efetivo o cumprimento do mandamento constitucional de universalidade e igualdade do atendimento. Precedentes do STJ, no RECURSO ESPECIAL Nº 1.377.340 - SC (2013/0101044-0), Relator Ministro Benedito Gonçalves, decisão datada de 05.02.2014 e também esta Corte, na APELREEX 00011077620114058000, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 11/04/2013 - Página: 158. 10. Decisão proferida pela Segunda Turma desta Casa, no AGTR de nº 127622 - interposto pelo Ministério Público Federal, referente à decisão de antecipação de tutela proferida nestes autos -, que deu provimento ao recurso "apenas no ponto que caracteriza o hipossuficiente, para excluir o critério que o define, garantindo o fornecimento gratuito de fraldas geriátricas a todos os usuários do SUS que dela necessitem e possuam prescrição médica para tanto." 11. Determinação de que o critério para definir o hipossuficiente não se restrinja à renda igual ou inferior a 1 (um) salário mínimo, mas que não exclua a possibilidade de análise, no caso concreto, quanto a outros elementos que comprovem a condição de

Alagoas e o Município de Maceió com o objetivo de obter prestação jurisdicional que determinasse a condenação em obrigação de fazer aos réus, consistente no fornecimento de fraldas geriátricas aos usuários do SUS, que se adequem aos requisitos da necessidade de uso contínuo por prescrição médica e pela ausência de meios financeiros para suprir a necessidade.

No julgado, de relatoria do Desembargador Federal Bruno Teixeira, são considerados os seguintes pontos: i) a legitimidade para a proposição da ação pelo Ministério Público, em consonância com sua função institucional, especialmente aquela de promover a defesa de direitos legalmente estabelecidos através da propositura de ações civis públicas; ii) o reconhecimento da responsabilidade solidária entre os entes da federação no dever de garantir saúde a todos – através da execução de políticas públicas, sociais e econômicas – em consonância com o caráter fundamental do direito fundamental à saúde; iii) o afastamento do argumento da violação ao princípio da separação dos poderes, em consonância com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando da discussão acerca da efetivação de direitos sociais²⁵⁹; iv) utiliza-se, apenas, durante sua linha argumentativa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para afastar argumentos acerca da reserva do possível, considerando que não é permitido afastar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas previstas no texto constitucional, diante de insuperável limitação na garantia também constitucional do mínimo existencial²⁶⁰.

Quanto à prestação específica em análise, o tribunal reconhece a razoabilidade na decisão de procedência proferida em primeiro grau de jurisdição no sentido de ampliar o entendimento de “hipossuficiente”, que não o restringiu sua adequação somente àqueles que possuam como renda um salário mínimo, mas que outros critérios sejam utilizados para que se possa comprovar a condição de miserabilidade, entendendo que, agindo deste modo, tornará a medida justa e não excluirá “aqueles que efetivamente necessitam dessa assistência, além de tornar efetivo o cumprimento do mandamento constitucional de universalidade e igualdade do atendimento”²⁶¹.

Assim, no julgado, nota-se apenas a utilização de argumentos de autoridade, utilizando-se de julgados de Tribunais Superiores para convalidar o fornecimento das fraldas geriátricas

miserabilidade dos pacientes beneficiados. 12. Preliminares rejeitadas, remessa oficial e apelações da União e do Estado de Alagoas improvidas e provimento à apelação do Ministério público.

²⁵⁹ BRASIL – STJ. AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

²⁶⁰ BRASIL – STF. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

²⁶¹ BRASIL – TRF5. APELREEX 00032405720124058000, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Bruno Teixeira, DJE DATA: 03/07/2014.

requeridas na contenda. Não foram verificados, assim, para além do simples afastamento do princípio da “reserva do possível”, quaisquer análises quanto a influência orçamentária que a decisão – com toda a certeza – ocasionará.

Ainda acerca da tutela coletiva do direito social à saúde, notou-se, uma forma de utilização da ação civil pública curiosa, consistente no reconhecimento da legitimidade do Ministério Público em promover, através desse instrumento processual, a defesa de direitos social à saúde – no ponto específico do fornecimento de medicamentos – de pessoas individualmente consideradas. A matéria, inclusive, encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral admitida no Recurso Extraordinário de nº 605.533/MG, além de ser, atualmente, entendimento consolidado por esta corte e pelo Superior Tribunal de Justiça²⁶². A utilização dessa possibilidade é largamente notada na jurisprudência do Tribunal

²⁶² BRASIL – STF. RE 407902, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08- 2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00816 RF v. 105, n. 405, 2009, p. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALIDADE DA CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ACARI. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TEMPESTIVIDADE DOS RECURSOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNASA. COMBATE AO CÓLERA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE À EPIDEMIA DO CÓLERA EM 1999. CAMPANHA INFORMATIVA. RECURSOS FINANCEIROS-ORÇAMENTÁRIOS. ATUAÇÃO DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. MORTES. FATALIDADES QUE OCORREM EM EPIDEMIAS. RECURSOS PROVIDOS.

1. Recebimento da citação do Município de Acari pela Chefe de Gabinete do Prefeito e não pelo Edil. Irregularidade. Presente o réu a todos os atos do processo, com o pleno exercício da ampla defesa, não há nulidade, bem como não se configura a revelia no presente caso, em face da indisponibilidade do direito à saúde.
2. Alegação de intempestividade dos Recursos do Estado do Rio Grande do Norte dos Municípios de Natal, Cruzeta e São José do Seridó. Interposição de embargos de declaração da sentença condenatória pela FUNASA. Os Embargos de Declaração suspendem os efeitos da decisão, pois interrompem o prazo para outros recursos até que eles sejam julgados. A sentença que deu provimento, em parte, aos Embargos interpostos pela FUNASA foi publicada em 08.03.2006 (terça-feira). Data de início da contagem do prazo para a Apelação. Apelações do Município de Natal, Cruzeta e São José do Seridó interpostas, respectivamente, em 30.08.2005 e 27.09.2005, antes, inclusive, da oposição dos Embargos pela FUNASA. Apelação do Estado do Rio Grande do Norte datada de 07.03.2006.

Tempestividade	dos	Recursos.
----------------	-----	-----------
3. O col. Supremo Tribunal Federal -STF já consagrou a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar Ação Civil Pública para defesa dos interesses individuais homogêneos, desde que presente o interesse social, nos termos do art. 127, da Constituição Federal vigente -Informativo nº 389, de 23 a 27 de maio de 2005.
4. Legitimidade passiva da FUNASA, em face de sua condição de Autarquia da União especializada no combate a epidemias e propagadora do sanitário.
5. A União Federal, a Fundação Nacional de Saúde -FUNASA, o Estado do Rio Grande do Norte e os vários Municípios que figuram na lide como litisconsortes, demonstraram que fizeram o que estava aos seus respectivos alcances para erradicar ou, ao menos para impedir a disseminação do cólera, em suas áreas de atenção.
6. O falecimento de algumas pessoas do Estado, em face da doença, embora extremamente lamentável, não faz certo que tenha decorrido de ação ou de omissão do Poder Público, em feito a ensejar a indenização.
7. Apelações e Remessa Necessárias providas.

Ementa: LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIO PELO ESTADO. O Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada.

BRASIL – STJ. AgRg no REsp 1328270/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012

Regional Federal da 5ª Região, podendo ser citados os seguintes julgados (referentes ao período em que foi realizada a pesquisa): i) APELREEX 200781030007990, Segunda Turma, Rel. Desembargador Federal Vladimir Carvalho, DJE DATA: 01/04/2014; ii) APELREEX 00044873020134058100, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, DJE DATA: 20/02//2014. Em outros julgados individuais acerca da prestação de direitos relacionados à saúde, interessante é o reconhecimento de que “o Sistema Único de Saúde - SUS tem por objetivo a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade”²⁶³.

5.2.4 Direito social à previdência social

O registro verificado durante a década de 90, especificamente no ano de 1996²⁶⁴, trata, na verdade, de relação jurídica de natureza previdenciária, em que – através do ajuizamento de uma ação civil pública – buscava o reestabelecimento de benefícios de rurícolas, por entender que os respectivos benefícios teriam sido suspensos sem a observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Contudo, o recurso interposto sequer teve seu mérito apreciado, devido a promoção da extinção do processo sem julgamento de seu mérito, devido ao fato do Tribunal considerar que o Ministério Público Federal, autor da ação, não possuiria

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. "O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada" (EREsp 819.010/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe 29/9/08). 2. Agravo regimental não provido.

²⁶³ BRASIL – TRF5. AC571722/PE, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), DJE DATA: 15/07/2014.

²⁶⁴ BRASIL – TRF5. AC102496/PB, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Rivaldo Costa, DJ DATA: 04/10/1996.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCABIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPF, INCABIMENTO. O DIREITO DOS SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE VEREM RESTABELECIDOS OS SEUS BENEFÍCIOS APRESENTA-SE CLARAMENTE DIVISÍVEL, INDIVIDUALIZÁVEL E COM TITULARES CERTOS, NÃO SENDO, PORTANTO, NEM COLETIVO, NEM DIFUSO. TRATANDO-SE DE DIREITOS INDIVIDUAIS, AINDA QUE DECORRENTES DE ORIGEM COMUM (INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS), NÃO É A AÇÃO CIVIL PÚBLICA VIA IDÔNEA, ANTE A AUSÊNCIA DE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL - LEI 7347/85, ART. PRIMEIRO. A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SÓ É EXERCITÁVEL ATRAVÉS DE AÇÕES COLETIVAS PREVISTAS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR (ART. 91 A 100). EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

legitimidade para ajuizar ações que tratem da tutela de direitos individualizáveis, tais como o são os direitos individuais homogêneos.

As demais causas versam acerca da concessão/revisão de benefícios de coletividades, tendo cada caso analisado em suas características próprias, isso ocorre nos seguintes julgados coletados: AC319421/PE, AC322075/CE, AG65827/CE, APELREEX4469/PE, APELREEX6382/CE, AC416420/CE, APELREEX17770/AL, AC 08000918820104058000/AL, AC507919/CE e APELREEX18946/PE.

Dessa maneira – assim como ocorre com a maioria dos julgados relativos ao direito social à moradia, especialmente os relativos ao Sistema Financeiro de Habitação – SFH –, o direito social à previdência social possui, em comparação aos demais direitos sociais, um regramento legal robusto, com diretrizes previamente estabelecidas. Assim, as causas que versam acerca desses direitos costumam discutir não sua fundamentalidade constitucional, mas a aplicação dessas regras legais.

Não quer se dizer com isso, contudo, que decisões nessa contenda não estejam permeadas por atitudes ativistas por parte dos magistrados. Ao contrário, por serem direitos cuja concretude se dá essencialmente através da concessão de pecúnia ao beneficiário, decisões previdenciárias, especialmente as coletivas, possuem inegável impacto orçamentário. E é possível afirmar, dos casos analisados, que tal espectro decisório não vem sendo sopesado nos julgados.

5.2.5 Direito social à assistência aos desamparados

Em comparação aos demais direitos, o direito social à assistência aos desamparados registrou um menor número de julgados. Em 2006, o AG3551/PB²⁶⁵ em ação civil pública

²⁶⁵ BRASIL – TRF5. AG3551/PB, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Cesar Carvalho (Convocado), DJ – DATA: 30/05/2006.

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATUIDADE DE TRANSPORTE TERRESTRE INTERESTADUAL AO IDOSO. INDEFERIMENTO. BENEFÍCIO QUE DEMANDA A CORRESPONDENTE FONTE DE CUSTEIO. EXIGÊNCIA DA CARTA MAGNA DE 1988. CONTRATOS DE CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO FIRMADOS PELO ESTADO COM AS EMPRESAS DE TRANSPORTE. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto contra decisão proferida pelo Juiz Federal da 3ª Vara-PB, Dr. SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA, em sede de ação civil pública, ajuizada com o fito de assegurar ao idoso o direito ao passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual, sob o argumento de auto-aplicabilidade do art. 40 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). 2. Precedente do STJ: "(...) Ao estabelecer um serviço de transporte de natureza assistencial em favor dos idosos de baixa renda o legislador exigiu, como condição de eficácia do dispositivo, a edição de legislação específica para regulamentar sua execução na integralidade. Diante da inexistência de legislação específica não há que se falar em eficácia do dispositivo legal. O serviço de transporte coletivo rodoviário se realiza por ações de empresas mediante

discutiu acerca da gratuidade do transporte terrestre interestadual ao idoso. No julgado, que analisava a possibilidade do idoso possuir o direito ao passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual sob o argumento de que o art. 40 do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003) seria autoaplicável. Contudo, aplicando entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o tribunal confirmou a decisão de primeiro grau que estabelece que há a legislação teria exigido regulamentação específica que seria necessária à eficácia do dispositivo. Dessa maneira, diante da ausência desse regramento específico, não se poderia reconhecer a eficácia do dispositivo legal. Segue o entendimento do tribunal superior, ao rechaçar o pedido inicial, afirmando que “a Constituição Federal exige que nenhum benefício ou serviço da seguridade social seja criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”²⁶⁶.

Em 2010, a AC405492/CE²⁶⁷ seguiu a mesma lógica anterior ao tratar do julgamento de apelação em ação civil pública que requereu a concessão de passagem gratuita em transportes aéreos aos idosos e aos portadores de deficiência, quando estabeleceram, arguindo a “reserva do possível” que não seria possível a procedência do pedido inicial, pois “por seu adimplemento está relacionado a um dispêndio de prestações estatais de grande onerosidade, sua satisfação

contratos de concessão, permissão ou autorização firmados com o Poder Público. São portanto contratos administrativos nos quais, desde a celebração, deve estar prevista a forma de ressarcimento, pelo Estado, das despesas da empresa na execução do serviço público. Mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral do Poder Público contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela Administração. A Constituição Federal exige que nenhum benefício ou serviço da seguridade social seja criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio (...)” (STJ, Corte Especial, AGSS nº 1404/DF, Relator: Min. Edson Vidigal, julg. 25/10/2004, publ. DJ:06/12/2004, pág. 177, decisão unânime). 3. Agravo de Instrumento conhecido mas improvido. Agravo Regimental prejudicado.

²⁶⁶ Op. cit.

²⁶⁷ BRASIL – TRF5. AC405492/CE, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Convocado), DJE – DATA: 07/12/2010.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE AÉREO GRATUITO A IDOSOS E DEFICIENTES CARENTES. PORTARIA MINISTERIAL Nº 03/2001 E DECRETO Nº 5130/2004. RESTRIÇÃO À GARANTIA FUNDAMENTAL. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. REGULAMENTAÇÃO PELO PODER PÚBLICO.

1. Ação Civil Pública intentada no fito de que seja concedido a idosos e pessoas portadoras de deficiência carentes o direito à passagem gratuita em transporte aéreo, tendo em vista o disposto na Portaria Ministerial nº 03/2001 e no Decreto nº 5130/2004.

2. A Portaria Ministerial nº 03/2001 e o Decreto nº 5130/2004 regularizaram o passe-livre de pessoas idosas e deficientes carentes, respectivamente, no transporte coletivo interestadual, restringindo o direito ao transporte rodoviário, ferroviário e aquaviário.

3. A aplicação das garantias constitucionais relativas ao direito social depende do que se denomina “reserva do possível”, ou seja, por seu adimplemento está relacionado a um dispêndio de prestações estatais de grande onerosidade, sua satisfação depende da disponibilidade econômica do Poder Público para estatuir as medidas práticas concernentes à efetivação desses direitos.

4. O Serviço Público de transporte coletivo interestadual por via aérea é exercido por companhias aéreas que têm com a Administração Pública contrato de concessão pública para o exercício desse serviço. Assim, seria necessário que fossem adotadas providências para adequação dos contratos a essa nova demanda de passageiros, caso contrário, haveria violação ao equilíbrio econômico-financeiro do referido contrato de concessão, medida que não cabe ao Poder Judiciário, pois devem ser efetuadas pelo ente da Administração Pública concedente, quando da regulamentação desses direitos conferidos aos idosos e às pessoas carentes. Apelação improvida.

depende da disponibilidade econômica do Poder Público para estatuir as medidas práticas concernentes à efetivação desses direitos”²⁶⁸.

5.2.6 Direito social à segurança pública

Outro direito social objeto de discussão no Tribunal Regional Federal da 5ª Região foi o da segurança pública. No período analisado, foram encontrados dois julgados bastante semelhantes²⁶⁹²⁷⁰.

²⁶⁸ BRASIL – TRF5. AC405492/CE, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Convocado), DJE – DATA: 07/12/2010.

²⁶⁹ BRASIL – TRF5. AG134828/AL, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, 28/11/2013.

Ementa: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO DE APELAÇÃO. CONFIRMAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RECEBIMENTO APENAS COM EFEITO DEVOLUTIVO. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA PÚBLICA COLETIVA. PRECEDENTES.

1. Agravo de instrumento interposto pela ECT contra decisão do douto Juiz Federal da 3ª Vara da SJ/AL que recebeu a apelação interposta pela ora agravante, nos autos da ação civil pública de origem, apenas no efeito devolutivo.

2. Nos moldes da sentença proferida, o agravante foi condenado, solidariamente com o Banco Bradesco e o Banco do Brasil, a implementar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da intimação da referida decisão, as medidas de segurança previstas na Lei nº 7.102/83 em todas as agências dos Correios em Alagoas nas quais opere o Banco Postal, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo descumprimento.

3. Tal medida já havia sido objeto de antecipação de tutela no bojo do processo principal, e dada a situação de insegurança e risco à integridade física a que está exposta a coletividade - usuários/consumidores dos chamados bancos postais, valores estes primordiais à condição humana, que prevalecem em detrimento aos valores econômicos defendidos pela agravante, consistentes nos gastos que venham a ser realizados para a concretização das medidas de segurança impostas pela sentença, deve ser mantido o recebimento da apelação apenas com efeito devolutivo.

4. Agravo de instrumento não provido.

²⁷⁰ BRASIL – TRF5. AG134267/AL, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, 14/11/2013.

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO DE APELAÇÃO. CONFIRMAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RECEBIMENTO APENAS COM EFEITO DEVOLUTIVO. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA PÚBLICA COLETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. RETRATAÇÃO DO JUÍZO RECORRIDO. RECURSO PREJUDICADO EM PARTE. NÃO PROVIMENTO NAQUILO QUE FOI CONHECIDO.

1. Agravo de instrumento interposto pelo BANCO DO BRASIL S/A contra decisão do douto Juiz Federal da 3ª Vara da SJ/AL que recebeu a apelação interposta pela ora agravante, nos autos da ação civil pública de origem, apenas no efeito devolutivo.

2. Nos moldes da sentença proferida, o agravante foi condenado, solidariamente com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a implementar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da intimação da referida decisão, as medidas de segurança previstas na lei nº 7.102/83 em todas as agências dos Correios em Alagoas nas quais opere o Banco Postal, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo descumprimento, bem como condenou os demandados (incluindo também o Banco Bradesco) ao pagamento de indenização a título de danos morais coletivos no importe de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

3. Em relação ao primeiro capítulo da condenação (implementação de medidas de segurança), a medida já havia sido objeto de antecipação de tutela no bojo do processo principal, e dada a situação de insegurança e risco à integridade física a que está exposta a coletividade - usuários/consumidores dos chamados bancos postais, valores estes primordiais à condição humana, que prevalecem em detrimento aos valores econômicos defendidos pela agravante, consistentes nos gastos que venham a ser realizados para a concretização das medidas de segurança impostas pela sentença, deve ser mantido o recebimento da apelação apenas com efeito devolutivo.

Ambos os casos são originados de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, visando a imposição a órgãos públicos (especificamente do Banco do Brasil e da Companhia de Correios e Telégrafos) e a outros bancos privados as medidas de segurança previstas na lei nº 7.102/83 em todas as agências. A discussão chegou ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região em sede de recurso de Agravo de Instrumento contra liminares concedidas em primeiro grau.

Nos julgados, de relatoria do Desembargador Federal Manoel Oliveira Erhardt, são considerados os seguintes pontos: i) que diante da situação da coletividade estar exposta à insegurança e ao risco à integridade física – valores considerados como primordiais à condição humana que, segundo os julgados, devem prevalecer perante os valores econômicos – é cabível a manutenção da medida antecipatória concedida pelo juízo de primeiro grau, ii) para além disso, reconhece o cabimento das multas diárias em caso de descumprimento do estabelecido em decisão de caráter liminar.

A discussão do julgado é breve e pontual, dedicando-se a verificação do cabimento da manutenção da liminar concedida em juízo de primeiro grau. Ainda assim, questões de relevância como “separação dos poderes” ou acerca das variantes da “reserva do possível” não foram aventadas.

5.3 O posicionamento regional perante o cenário nacional

Interessante é promover uma comparação entre o posicionamento adotado pelo Tribunal Regional Federal de 5ª Região e as decisões da Corte Constitucional brasileira, de modo a comparar posicionamentos e verificar se tais discussões possuem o mesmo trato na corte superior. Em adiantamento, pela análise da jurisprudência coletada do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, foi possível verificar que o tribunal regional bebe bastante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se, em diversos julgados, como referência. Vejamos os posicionamentos da Corte quanto à tutela coletiva de direitos sociais.

5.3.1 Direito social à saúde

4. Já em relação ao segundo capítulo da condenação (imposição de indenização de R\$ 2.000.000,00 - dois milhões de reais), o juízo de primeiro grau, neste particular, retratou-se da decisão ora atacada, restando prejudicado o recurso neste aspecto.

5. Não provimento, portanto, do agravo de instrumento, naquilo em que não foi prejudicado.

Sem nenhuma espécie de dúvida, é inegável que a tutela de políticas públicas relacionadas à saúde é a matéria objeto do maior número de ações submetidas à análise por parte do Poder Judiciário. A maior parte das ações caracterizam-se pela tutela individual e, especialmente, pela busca de concessão de medicamentos ou procedimentos jurídicos a determinado requerente. Tal situação de destaque é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que o “direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF)²⁷¹”.

Em 2010, inclusive, o Ministro Gilmar Mendes convocou audiência pública com o objetivo específico de ouvir especialistas no tema da saúde pública, quando ficou definido que “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”²⁷². A decisão, portanto, “reconheceu o direito subjetivo apenas em relação às prestações previstas pelas normas do SUS, excluindo-se assim, o direito a tratamentos, remédios etc., que não foram aprovados pelas instâncias administrativas do sistema”²⁷³.

Contudo, a postura de diversos Tribunais de Justiça Estaduais, como também do próprio Superior Tribunal de Justiça, é a de conceder qualquer medicamento requerido, sem a necessidade deste estar presente nas listas oficiais dos órgãos do SUS, notadamente em ações de caráter individual. Inclusive, nesse sentido, vale salientar que as decisões consideradas mais restritivas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal foram fruto de discussões em sede de tutela coletiva, razão pela qual, considera Andreas J. Krell, pode não ter levado tais decisões a uma repercussão “mais incisiva na jurisprudência inferior que concede, até hoje, aos indivíduos quase todas as prestações pleiteadas na área da saúde, sem a devida análise das circunstâncias do caso concreto”²⁷⁴.

Nesse sentido, aponta-se como de inegável importância a discussão do tema na ADPF 45, julgada em 2004, em que ficou afastada a aplicação da cláusula da “reserva do possível” para fins de simples exoneração do cumprimento de obrigações previstas constitucionalmente (desde que ressalvadas as hipóteses em que se verifiquem justo motivo objetivamente aferível), assim, não pode o poder estatal utilizar-se da reserva do possível para “criar obstáculo artificial

²⁷¹ BRASIL – STF. ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.)

²⁷² BRASIL – STF. SL 47 AgR/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010, p. 23.

²⁷³ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2**. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012, p. 164.

²⁷⁴ Op. cit., p. 165.

que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”²⁷⁵.

5.3.2 Direito social à educação

No que concerne às estatísticas existentes no Brasil ao que se refere ao direito social à educação, verifica-se, em relatório divulgado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), o Brasil está em 8º lugar no *ranking* de 150 países, que mede aqueles com o maior número de analfabetos adultos. Recente dado fruto da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2012, a taxa de analfabetismo de pessoas de 15 anos ou mais foi estimada em 8,7%, o que corresponde a 13,2 milhões de analfabetos no país. Os números assustam, mas não surpreendem. A falta de investimentos efetivos (e não somente paliativos) no que concerne ao desenvolvimento de políticas sociais em educação é pauta antiga dentro das discussões jurídicas e sociais.

O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, ao tratar da ADI 3.330/DF²⁷⁶, que buscou discutir a validade do programa social “Programa Universidade para Todos –PROUni”,

²⁷⁵ BRASIL – STF. ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-4-2004, DJ 04-5-2004.

²⁷⁶ BRASIL – STF. ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 3-5-2012, Plenário, DJE de 22-3-2013.

Ementa: EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. 1. A FENAFISP não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isto porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa ad causam às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais. Precedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. Participação da entidade no processo, na qualidade de *amicus curiae*. 2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. 3. A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. 4. A Lei nº 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. 5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. 6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. 7.

consolidou o entendimento, em voto do relator Ministro Carlos Ayres Britto, “educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade”²⁷⁷, mantendo, assim, a constitucionalidade do programa.

Interessante, é o julgado da lavra da Ministra Carmem Lúcia, em ADI 1.698²⁷⁸, que propugnou a declaração de inconstitucionalidade por omissão, argumentando que o governo federal existente quando do ajuizamento da ação (1997) não estaria implementando esforços no sentido de garantir a educação de qualidade no Brasil em sua plenitude, e que dados concretos desse fato seriam os altos índices de analfabetismo verificados no Brasil. A relatora, por sua vez, considerou improcedente a ação, sob o argumento de que não perdura o argumento da inércia atribuída ao presidente da República quanto à erradicação do analfabetismo e a implementação de ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Na verdade, afirmou que – em sentido inverso – “dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado

Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem. 8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170). 9. O art. 9º da Lei nº 11.096/2005 não desrespeita o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, porque a matéria nele (no art. 9º) versada não é de natureza penal, mas, sim, administrativa. Trata-se das únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, condicionado à abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI’s 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes.

²⁷⁷ BRASIL – STF. ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 3-5-2012, Plenário, *DJE* de 22-3-2013.

²⁷⁸ BRASIL – STF. ADI 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-2-2010, Plenário, *DJE* de 16-4-2010. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ART. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, E 214, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS. 1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram a redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. 2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão de elevado número de programas governamentais para a área de educação. 3. A edição da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n. 10.172/2001 (Aprova Plano Nacional de Educação) demonstra a atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.

pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos²⁷⁹, logo não estaria configurada uma ausência por omissão por parte do Poder Executivo federal, já que teria sido verificado um elevado número de programas governamentais para a área de educação.

5.3.3 Direito social à segurança pública

O problema da falta de segurança pública é generalizado e espreitado por todo país. Dados da Secretário Nacional de Segurança Pública, vinculada ao Ministério da Justiça apontam que, no ano de 2005, foram registrados 40.974 (quarenta mil novecentos e setenta e quatro) crimes violentos letais e intencional, culminando numa ocorrência de 23,6 (vinte e três vírgula seis) casos a um conjunto de cem mil habitantes. Crimes violentos não letais contra as pessoas registrados foram 62.232 (sessenta e dois mil duzentos e trinta e dois), caracterizando uma taxa de 35,2 (trinta e cinco vírgula dois) casos por cem mil habitantes. E o assustador número de 903.773 (novecentos e três mil setecentos e setenta e três) registros de crimes violentos contra o patrimônio. Ou seja, no ano de 2005, num conjunto de cem mil pessoas, 519,6 (quinhentos e dezenove vírgula seis), foram vítimas dessa espécie de crime²⁸⁰.

O problema verificou-se mais acentuado em algumas regiões do país; dos registros de homicídios dolosos, lesões corporais seguidas de morte e latrocínios (crimes violentos letais contra a vida) do mesmo ano de 2005, a Região Norte do país é a que possui o maior índice na escala número de registros/número de habitantes, chegando ao número de 23,6 (vinte três vírgula seis) casos de crimes violentos letais contra a vida a cada cem mil habitantes. A Região Sul, por sua vez – ressaltando que neste relatório não constam as informações acerca do Estado do Paraná – registrou o número de 12,4 (doze vírgula quatro) casos de homicídios por cem mil habitantes. A discrepância é ainda maior quando se analisam os Estados. O Estado de Pernambuco liderou, com folga, registrando 48 (quarenta e oito) casos a cada cem mil habitantes, seguido pelos Estados do Rio de Janeiro, com 40,5 (quarenta vírgula cinco), Espírito Santo, com 37, 7 (trinta e sete vírgula sete) e Alagoas, com 37,2 (trinta e sete vírgula dois).

²⁷⁹ BRASIL – STF. ADI 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-2-2010, Plenário, *DJE* de 16-4-2010.

²⁸⁰ BRASIL - Secretaria Nacional de Segurança Pública Departamento de Pesquisa, Análise da Informação e Formação de Pessoal em Segurança Pública. **Análise das Ocorrências Registradas pelas Polícias Cíveis (Janeiro de 2004 a Dezembro de 2005)**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BCF2BAE97-81BC-4482-95B9-983F1CC404DA%7D¶ms=itemID=%7BD6879A43-EA3B-4F16-91D2-CAFD1C9DDB19%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 14/09/2014.

Enquanto Estados como Santa Catarina registraram, apenas, 8,4 (oito vírgula quatro) casos a cada cem mil habitantes²⁸¹.

É nesse contexto social que o Poder Judicial, como alhures fora analisado, começa a emitir as decisões de caráter proativo com vistas a amenizar a situação, responsabilizando o Poder Público por suas práticas omissas. E o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, já – em algumas poucas ocasiões – teve a oportunidade de discutir tal tema sob o viés da judicialização das políticas públicas direcionadas à segurança pública, determinando a adoção de medidas como a contratação de efetivo policial ou, ainda, o deslocamento de força policial para determinadas áreas carentes de cobertura policial, conforme passaremos a analisar.

Um importante julgado foi o de relatoria do ministro Gilmar Mendes, colocado em pauta em 17 de setembro de 2009, quando foi votada a Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº. 338/SP²⁸². O caso em discussão cuidava de pedido de antecipação de tutela requerido pelo Ministério Público Paulista em sede de ação civil pública que procurava aumentar o efetivo de servidores públicos destinados aos serviços relacionados à promoção da segurança pública nos municípios de Patrocínio Paulista e Itirapuã, em São Paulo. No julgamento, questionava-se a tutela antecipada deferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de apelação, (que, na oportunidade promoveu algumas restrições à tutela antecipada concedida pelo juízo inferior singular). Nesta ocasião, o Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática no exercício da Presidência da Corte, impugnou os argumentos lastreados pelo Estado de São Paulo, reconhecendo a possibilidade do Poder Judiciário, quando instado e verificada a inércia ou violação na execução de direitos sociais indisponíveis, determinar que a Administração Pública promova a execução das políticas públicas destinadas ao saneamento da deficiência social.

A Ministra Ellen Gracie, quando da análise do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº. 559.646, reconheceu, ao mesmo tempo, a indisponibilidade do direito social à segurança pública e a possibilidade do Poder Judiciário determinar a execução de políticas públicas em segurança pública, no caso de inércia do Poder Público. Afirmou, ainda, que tal atitude não se caracteriza como ingerência do Poder Judiciário no poder discricionário do Poder Executivo, sendo plenamente possível, ao Judiciário, verificada a inadimplência por parte do Poder responsável, determinar a implementação de políticas públicas²⁸³.

²⁸¹ Op. cit.

²⁸² BRASIL - STF, STA 338/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/09/2009, DJE: 24/09/2009.

²⁸³ BRASIL - STF, RE 559.646-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 07/06/2011, Segunda Turma, DJE de 24/06/2011.

No julgamento do Agravo Regimental do Agravo de Instrumento 810410/GO, o relator Ministro Dias Toffoli, ao discutir-se uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público contra o Estado de Goiás para que esse fosse compelido a providenciar efetivo policial militar para a garantia da segurança e integridade de adolescentes sob custódia em instituição, afirmou que “pacificou-se nesta Corte o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais”²⁸⁴, recusando a Corte Suprema, mais uma vez, o entendimento que o controle judicial de políticas públicas relativas ao direito à segurança pública agrediria o princípio da separação de poderes, adotando o entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça de Goiás.

Outro julgado de 2013, de 25 de junho de 2013, agora da relatoria da Ministra Rosa Weber, confirma, novamente, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se na possibilidade de, diante de agressões aos direitos sociais (considerados, então, indisponíveis) “determinar, em situações excepcionais, que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente estabelecidos sem que isso importe violação do princípio da separação de Poderes”²⁸⁵.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

²⁸⁴ BRASIL - STF, AI AgR 810410, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 28/05/2013, Primeira Turma, DJE 08/08/2013.

Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Segurança pública. Destacamento de policiais para garantia de segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores. Violação do princípio da separação dos Poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes.

2. Agravo regimental não provido.

²⁸⁵ BRASIL - STF, RE-AgR 628159, Rel. Min. Rosa Weber. Julgamento em 25/06/2013, Primeira Turma, DJE 14/08/2013.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.11.2004.

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes.

Agravo regimental conhecido e não provido.

Demonstra-se, assim, uma tendência da Corte Superior em efetivar o direito social à segurança pública, consoante a postura adotada relativamente a outros direitos, mormente o direito à saúde. Esse posicionamento do Judiciário, ressalte-se, não significa uma intrusão inconstitucional no âmbito de competência dos outros Poderes; trata-se apenas do cumprimento das competências atribuídas por nossa Constituição àquele Poder, de modo a garantir os direitos fundamentais da população.

Sempre é necessário ter-se cuidado no que se refere à efetivação judicial dessas políticas públicas, principalmente na falácia propagada quanto ao binômio do aumento do efetivo policial e a conseqüente diminuição da criminalidade. Para além do quantitativo do número dos policiais, os problemas institucionais das próprias organizações policiais brasileiras (como subsídios pouco atrativos, treinamentos obsoletos, perigosas arbitrariedades policiais) levam a fácil conclusão de que somente aumentar o número de agentes nas ruas não é a solução para a problemática. Nesse sentido, para a benfeitoria dessas instituições, faz-se necessário um maior reconhecimento da função por parte do Poder Público, uma renovação dos métodos aplicados e uma monitoração do exercício para que se evitem quaisquer arbitrariedades que ponham em risco o Estado Democrático de Direito²⁸⁶.

5.3.4 Demais direitos sociais

Quanto aos demais direitos sociais, a pesquisa não constatou nenhum julgado referente à tutela coletiva de tais direitos de maneira a estabelecer o estabelecimento/alteração de políticas públicas.

5.4 Diagnóstico da situação atual e propostas

Pelo analisado, verifica-se que há um bom tratamento do judiciário em demandas coletivas. Mas é possível perceber, também, que a sua utilização ainda está aquém que das agressões aos direitos sociais que a realidade fática apresenta. Os dados estatísticos demonstram que o país ainda engatinha na efetivação de direitos sociais. A utilização da via judicial para a execução dos direitos sociais ainda é notadamente caracterizada por dois aspectos: pelo requerimento de direitos relacionados à prestação de serviços/remédios destinados à saúde e pela utilização da via individual.

²⁸⁶ FERRER, Flávia. O direito à Segurança. **A efetividade dos Direitos Sociais**. Coordenador: Emerson Garcia. p. 335-352. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 347

Outros direitos – tão, ou mais, relegados pelo Poder Público – apresentam uma tímida judicialização, ao que é possível relacionar a dois fatores: i) desconhecimento dos atingidos; ii) ausência de interesse direto dos legitimados às ações coletivas. É plausível, sim, o posicionamento atual do judiciário e do Ministério Público, contudo, apresenta-se como ambicionada um maior emprego da via coletiva – tanto pela promoção de um tratamento isonômico àqueles cujos direitos subjetivos a uma prestação judicial foram agredidos, quanto pela necessidade de um pensamento mais concreto acerca dos efeitos financeiros de certas escolhas jurídicas.

Apesar da tutela coletiva estar sendo efetivamente utilizada por alguns de seus legitimados (no caso analisado, especialmente o Ministério Público), o emprego ainda é tímido. Vale ressaltar que somente foram considerados para fins de pesquisa as ações coletivas relacionadas a pedidos concernentes à tutela de direitos sociais. Do coletado, analisa-se não só a verificação de um pequeno número de ações que tratam a situação de maneira coletiva, mas, para além disso, a verificação de decisões sucintas, que na grande maioria das vezes prefere reproduzir jurisprudência de Tribunais Superiores quando do trato de questões semelhantes. Procedente ou improcedente, as decisões bastam ao reconhecimento da fundamentalidade (ou não) do direito social vindicado, sem promover maiores discussões acerca de questões procedimentais, consequenciais, ou – até mesmo – referentes à efetividade da decisão judicial.

Talvez, e assim se espera, essa configuração seja alterada diante da redação do artigo 499, parágrafo primeiro, do Novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015. Segundo tal artigo:

Art. 499. **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, **que**:

I — se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II — empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III — invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV — não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V — **se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**

VI — deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (grifos nossos)

Contudo, não é possível corroborar – com o pesquisado – uma concepção de que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região pratique o chamado “ativismo forte”, onde são encontrados os excessos, as decisões permeadas por valorações individuais dos magistrados, que deve ser – de logo – rechaçado. Verifica-se, na verdade, que o tribunal se utiliza do ativismo

moderado, positivo ao ordenamento jurídico, sendo aquele que se dá através de uma interpretação extensiva do texto constitucional, no sentido de reconhecer que a Constituição prevê em seus dispositivos, no intuito de atingir os fins colimados, a possibilidade do Judiciário, através de uma postura proativa, interferir nas competências dos demais poderes. Para isso, “o juiz segue a racionalidade jurídica orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, ainda que ele adote uma interpretação extensiva de normas constitucionais principiológicas”²⁸⁷.

Por sua vez, o entendimento jurisprudencial vigente é o de que o Poder Judiciário não pode, de fato, intervir em previsões orçamentárias. Contudo, quando instado para a análise de contendas em que fique clara a agressão ou omissão às determinações constitucionais ou infraconstitucionais, deve o Judiciário não apenas quedar-se em reconhecê-las, mas determinar os meios legais para o seu saneamento. Isso, contudo, não significa abrir uma ferida na execução das políticas públicas de competência originária do Poder Executivo, mas de exatamente buscar sarar essa ferida, fazendo que o Executivo procure os meios para remediá-la. Muito se afirma que o Poder Judiciário estaria, assim, deixando de decidir de uma maneira jurídica e partindo para deliberações meramente políticas. Contudo, pressupor que uma decisão jurídica, pelo fato de estar baseada em uma norma de caráter principiológica, seria política é negar a juridicidade da norma jurídica aplicável. Uma norma principiológica, evidentemente, possui muito mais chances de possuir um conteúdo amplo, com uma moldura decisória mais abrangente que de uma regra, que se baseia em simples métodos de condicionamento. O emprego de uma norma jurídica principiológica, por sua vez, não é rasa, ao aplica-la, o intérprete deve buscar fundamentação no que já está previsto no ordenamento jurídico vigente²⁸⁸.

Pelo analisado, continua-se a defender a lógica proposta pela preferência de uma utilização da via coletiva na discussão da matéria em juízo. Decisões individuais, por tratar a questão de maneira isolada, ao se multiplicarem no trato de matérias meritoriamente similares (conceder ou não algum medicamento, garantir ou não uma vaga na universidade) podem comprometer a racionalidade das políticas públicas, possibilitando a criação de preferências, de maneira implícita e sem um parâmetro ético ou jurídico, na divisão de bens já escassos entre algumas determinadas pessoas. Como defende Daniel Sarmiento, acaba-se fingindo que “a escassez não existe, o que, obviamente, não elimina, mas apenas ‘empurra para debaixo do

²⁸⁷ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2**. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012, p. 151.

²⁸⁸ Op. cit., p. 147.

debate’, suprimindo o espaço para a discussão dos critérios de justiça na partilha do bolo²⁸⁹”. Além disso, a tutela individual, ao permitir a ocorrência de decisões díspares, aloca o administrador em um cenário de caos, podendo chegar ao limite de interferir na eficaz implementação das políticas públicas pelo Estado com o desígnio de atender os direitos sociais de toda a população. Dessa maneira, com o objetivo de diminuir essa desordem e com o intuito de determinar critérios mais claros e abrangentes para eventuais intervenções judiciais em políticas públicas, considera-se a tutela coletiva como o instrumento preferível. Necessário deixar claro que não se busca o reconhecimento de um descabimento das ações de tutela individual na discussão da matéria, pois posicionar-se dessa maneira seria incompatível com a percepção já assentada de que os direitos sociais possuem caráter de direito fundamental, além de ofender o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, presente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 e submeter tais direitos a qualquer tipo de limitação significaria sua fragilização e a dependência da iniciativa dos legitimados a propor ações coletivas. Não bastasse isso, é inegável que existem situações singulares de determinados detentores de direito social que não encontra adequação numa ação de caráter coletivo (que pressupõe uma indivisibilidade ou homogeneidade do direito submetido à tutela jurídica). Claro que “tais situações não podem ser ignoradas pelo Judiciário, e as demandas individuais são o meio adequado para trazê-las ao conhecimento dos tribunais”²⁹⁰.

Valiosa é a análise de Daniel Sarmento:

Enfim, o que me parece absolutamente equivocada é a adoção de dois pesos e duas medidas pelo Judiciário brasileiro em matéria de direitos sociais, que tem primado pela generosidade nas ações individuais e pela parcimônia nas ações coletivas. Entendo, por outro lado, que as ações coletivas constituem um ambiente mais adequado do que as individuais para os debates que envolvem o controle das políticas públicas em matéria de direitos sociais, e por isso o seu uso deve ser estimulado pelo legislador e pelo Judiciário. Já em relação às demandas individuais, não se trata de bloquear esta via importante para a cidadania, mas de empreender uma reflexão mais amadurecida sobre as consequências perniciosas para os pobres de um ativismo judicial sem parâmetros, que, ao tudo conceder para os que têm acesso à justiça, pode acabar retirando daqueles que não o desfrutam²⁹¹.

Como para a implementação de uma política pública é necessário o cumprimento de uma obrigação de fazer, a associação ao previsto no art. 461 do atual Código de Processo Civil é direta, com ela a possibilidade de fixação de multa diária (astreinte) se a obrigação não for cumprida em prazo razoável (§4º, do mesmo art. 461), além da possibilidade da aplicação das

²⁸⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 553- 586. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 584-585.

²⁹⁰ Op. cit., p. 585.

²⁹¹ Op. cit.

medidas de apoio previstas no §5º do mesmo artigo tais como a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva. Há um notório caráter coercitivo nesses instrumentos. Contudo, isso não vem sendo o bastante a forçar o Poder Público a executar o mandamento judicial²⁹².

Não raro, na execução de sentenças condenatórias de implantação de políticas públicas, o roteiro é repetitivo: o juiz fixa um prazo intuitivo, o prazo é extrapolado, o Ministério Público protesta, o juiz fixa multa diária, o réu pede mais prazo, as multas acumulam-se até cifras milionárias e a obrigação de fazer continua sendo descumprida ou cumprida de forma parcial ou insatisfatória. Pior: esse acúmulo infundável de multas é cobrado da pessoa jurídica de direito público, não do agente político ou do servidor resistente, o que acaba sangrando o Erário e, com isso, prejudicando a manutenção de serviços públicos essenciais (embora seja razoável admitir-se o redirecionamento das astreintes contra os terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a efetivação da tutela, contanto que a adoção da medida seja precedida do devido processo legal)²⁹³.

Assim, a prática demonstra que a execução de maneira forçada não vem se apresentando como o método eficiente para a efetivação de determinada política pública. Isso porque as consequências da decisão não são sopesadas. Eduardo José da Fonseca faz uma interessante análise sobre o caso:

Quando o Poder Judiciário condena um determinado Município a desativar em tempo diminuto um lixão a céu aberto e construir uma unidade de coleta e de tratamento adequado do lixo urbano, muitas vezes não tem em mente que a implantação dessa nova política exige, por exemplo: a) disponibilidade orçamentária para a aquisição do terreno ou a afetação de um terreno já possuído para a nova destinação pública; b) interdição da área do lixão; c) retirada de pessoas do novo terreno; d) realização de concurso público e capacitação de novos servidores para o tratamento adequado do lixo; e) realização de licitação para a edificação da nova unidade e para a compra de materiais de trabalho; f) contratação de vigilância permanente para impedir o ingresso de pessoas no local, antes acostumadas à cata de resíduos; g) implantação de programa de educação ambiental de manejo de lixo para a população residente às voltas do extinto lixão; h) implantação de coleta fina e regular de lixo nos bairros circundantes ao extinto lixão; i) revogação dos alvarás concedidos às empresas que antes despejavam resíduos no lixão; j) implantação de plano de recuperação ambiental da área degradada; k) cadastramento e capacitação de cooperativas de coleta, separação e destinação de material reciclável; l) adequação de todos esses gastos no tempo em função do planejamento orçamentário preestabelecido; m) desvinculação das verbas públicas anteriormente destinadas a outras finalidades. O cumprimento da obrigação de fazer terá de obedecer a um cronograma e será fracionado entre as diversas secretarias municipais encarregadas da tarefa pertinente (Secretaria de Planejamento, Secretaria de Obras Públicas, Secretaria de Finanças Públicas, Secretaria da Educação, Secretaria de Meio Ambiente, Secretaria de Serviços Públicos, Secretaria de Orçamento, Gabinete do Prefeito etc.)²⁹⁴.

²⁹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “execução negociada” de políticas públicas em juízo**. Disponível em: http://media.wix.com/ugd/49d6e5_920d657905b0e6669cfa6dad977f43c.pdf. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

²⁹³ Op. cit.

²⁹⁴ Op. cit.

Interessante é verificar novos modelos de gestão entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo quando da efetivação de políticas públicas de maneira coletiva, como a solução verificada em decisão da Apelação n.º 0150735-64.2008.8.26.0002 Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, da relatoria do Desembargador Estadual Samuel Alves de Melo Júnior, que determinou, em julgado de dezembro de 2013, a criação – com a data limite de 2016 – 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas, destinadas para crianças de zero a cinco anos de idade, em reforma à decisão do primeiro grau de jurisdição que acolheu o argumento da prefeitura quanto à não intervenção do Judiciário nas políticas públicas em questão.

Quanto à “intervenção” em políticas públicas e a determinação de uma obrigação de fazer, a decisão não guarda nenhuma novidade jurídica. No momento do recebimento do recurso, em lugar de emitir simples decisão de reconhecimento do direito vindicado, decidiu-se convocar audiência pública (com a participação de autoridades, especialistas e representantes da sociedade civil) com o objetivo inicial de buscar uma conciliação entre as partes da contenda. Como essa não mostrou-se possível, reconheceu-se que configura-se que a prefeitura estaria promovendo ofensa ao texto constitucional o não asseguramento de vagas suficientes para todas as crianças com idade pré-escolar, reconhecendo o cabimento da intervenção do Poder Judiciário para garantir o previsto na Constituição Federal.

Como maneira de garantir a efetivação do conteúdo decisório, ficou estabelecido que a própria prefeitura deverá elaborar um plano – com prazo determinado – para a criação das 150 mil vagas reconhecidas judicialmente, destacando a necessidade do atendimento dos parâmetros de qualidade no ensino instituídos na legislação e pelos Conselhos Nacional e Municipal de Educação. Para além disso, o tribunal estabeleceu que a Coordenadoria da Infância do tribunal teria a responsabilidade – juntamente com a sociedade civil, o Ministério Público, a Defensoria, entre outros interessados – de monitorar a execução desse plano, tanto quanto ao controle da criação das novas vagas, quanto da verificação do oferecimento de educação de qualidade.

Outro exemplo a ser destacado é o Núcleo Interinstitucional da Judicialização Saúde (NIJUS), executado no Estado de Alagoas, criado no ano de 2013, com a finalidade de diminuir o número de ações judiciais envolvendo de casos clínicos, fenômeno conhecido como judicialização da saúde. Sua composição é formada por representantes da Justiça Federal, da Justiça Estadual, das Secretarias de Municipal e Estadual de Saúde, da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Controladoria Geral da União (CGU). O objetivo do núcleo é buscar alternativas que permitam uma diminuição efetiva do número de demandas. Para isso, investem

em facilitar a comunicação com os pacientes (propensos autores de demandas dessa espécie) e buscar evitar o surgimento de uma nova demanda através da efetivação de suas pretensões de uma maneira mais célere e econômica. Quanto a seus dados, encontrou-se que entre janeiro a julho do ano de 2014, foram enviados ao NIJUS 631 pedidos, dos quais 480 foram atendidos, totalizando um percentual de 76% das demandas concluídas. No que diz respeito aos exames e consultas foram enviados ao núcleo 255 pedidos, dos quais 235 foram atendidos. Tais demandas destinaram-se à realização de exames com especialistas e exames de imagem, de média e alta complexidade, tomografia e ressonância, biópsia de próstata, colonoscopia e alguns exames laboratoriais. Além de tais hipóteses, o núcleo recebe demandas também para exames de eletroneuromiografia, histerioscopia, oxigenoterapia, internações, transporte para tratamento de hemodiálise, oxigênio domiciliar, Pet Scan (modalidade de diagnóstico por imagem que permite o mapeamento de diferentes substâncias químicas no organismo) e cirurgias. Afora outras espécies de solicitação como cadeira de rodas (banho), cadeira de rodas motorizada, colchões anti-escaras (ar, água, pneumático e casca de ovo), andador, prótese de membros inferiores, cama hospitalar, almofada inflável, bolsa de colostomia e suplementos²⁹⁵. Além da promoção de um maior contato com o paciente, o NIJUS busca, através de proposta realizada em reunião de agosto de 2014, realizar um trabalho de conscientização dos médicos acerca das limitações que as secretárias de saúde possuem no que diz respeito a medicamentos e exames, objetivando a promoção de um conhecimento específico ao profissional do serviço que o Estado e Município possuem à disposição, de modo que a realização dos exames e a utilização de medicamentos, em suma, as necessidades do paciente sejam atendidas de maneira mais célere.

Destacam-se as atitudes por representarem uma inovação na maneira de lidar com políticas públicas pelo Poder Judiciário, pois – como se verificou – a possibilidade de analisar a questão judicialmente é constitucionalmente possível e politicamente devida, mas para além de uma simples decisão emitida em uma “folha de papel” que, muitas das vezes, enfrenta empecilhos no momento de sua efetivação, tais propostas propugnaram, mesmo que de maneira ainda experimental, adotar um método de natureza gerencial do ato decisório. O sucesso dessa nova maneira de solucionar conflitos que envolvem direitos sociais poderá determinar um novo padrão de performance do Poder Judiciário no controle das políticas públicas no Brasil.

²⁹⁵ MALHEIROS, Geisa. **SMS apresenta resultados positivos do Nijus em relatório entregue ao TJ.** Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/sms/noticias/sms-apresenta-resultados-positivos-do-nijus-em-relatorio-entregue-ao-tj/>. Acesso em: 05 de março de 2015.

Tendo em consideração todo o analisado, é inconteste que as ações coletivas (por tratarem de problemáticas em situações com o espectro de influência alargada) enfrentam dificuldades mais contundentes. Como bem afirma Andreas J. Krell, a classe dos magistrados brasileiros ainda mantêm muitas resistências, procurando apenas transpor o raciocínio típico das ações individuais àquelas de tutela coletiva, defendendo que nas últimas devem prevalecer “os argumentos ligados à justiça distributiva e aos critérios políticos na definição das políticas públicas e programas governamentais”²⁹⁶.

Nesse sentido, continua:

Resta claro que, no ordenamento jurídico brasileiro, as ações individuais não devem se limitar aos casos em que existe um direito subjetivo público individual à prestação de cunho social. Os direitos sociais consagrados na Constituição não representam apenas “interesses juridicamente protegidos”, mas verdadeiros direitos de titularidade transindividual (coletiva e difusa), que coexiste com a individual, tendo o legislador previsto todo um arcabouço processual diferenciado para a sua efetivação em juízo. Ao mesmo tempo, seria um erro querer dissolver a titularidade individual dos direitos sociais numa dimensão coletiva, visto que figuras como o “mínimo existencial”, baseado na dignidade humana, somente podem ser concebidos em relação a pessoas, não a coletividades²⁹⁷.

Assim, não basta o mero reconhecimento da importância da tutela coletiva para o trato da concretização dos direitos sociais. Para além disso, outros pontos devem ser necessariamente considerados. Dentre os principais podem ser apontados: i) a necessidade de uma formação humanística sob um paradigma coletivista aos magistrados; ii) a ausência de discussões mais aprofundadas não só quanto ao impacto orçamentário de verbas maior se comparado com uma ação de caráter individual, mas também como lidar com os problemas relacionados à efetividade da decisão judicial que reconheça o direito transindividual, mas não sopesse maiores considerações acerca da maneira como efetivar tal direito; iii) e por, consequência, a necessidade fática de procurar por outros meios de solução de contendas que visem, para além do reconhecimento da fundamentalidade do direito social vindicado em juízo, a sua efetiva concretização.

Entretanto, é imprescindível reconhecer o papel democrático que a tutela coletiva impõe ao tratamento de lides que discutam direitos de caráter social e seu estudo deve ser considerado como matéria de discussão necessária não só no meio acadêmico, mas em todos os âmbitos de discussão jurídica, precipuamente a jurisprudencial por ser aquela a realmente afetar diretamente as situações concretas.

²⁹⁶ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2**. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012, p. 142.

²⁹⁷ Op. cit.

6 CONCLUSÃO

Com vistas a estabelecer balizas teóricas necessárias à compreensão do tema central, foi abordado – em um primeiro momento – o tópico referente aos direitos sociais, analisando desde seu histórico mundial até seu tratamento pelo direito constitucional brasileiro, quando ficou verificada a posição paradigmática que a Constituição Federal de 1988, que lastreada em concepções neoconstitucionalistas, assumiu dentro do cenário brasileiro. Reconhecida a fundamentalidade desses direitos sociais, passou-se à discussão referente aos meios jurídicos pertinentes à efetivação judicial de tais direitos, quando promoveu-se a cisão entre a tutela individual desses direitos e a tutela coletiva.

Em seguimento, passou-se a verificar a importância e regramento jurídico da tutela coletiva no Brasil, momento em que foram estabelecidas as concepções iniciais acerca do tema, um breve estudo dos principais instrumentos capazes de concretizar os direitos sociais no contexto nacional, além do reconhecimento da aptidão e das benesses da adoção dessa espécie de tutela jurídica, especificamente quando se trata da tutela de direitos sociais.

Após, foi analisado o papel de protagonista social que o Judiciário vem assumindo, nas últimas décadas, através da emissão de decisões judiciais que determinam a concretização dos direitos sociais, direitos esses que buscam – numa clara ideia de Estado intervencionista – sanar as desigualdades e efetivar, através de políticas públicas, serviços públicos que satisfaçam as necessidades da população, caso, *v. g.*, dos serviços públicos direcionados para a área da saúde e educação. Tal questão traduz-se no estudo, portanto, do fenômeno do ativismo judicial (expressão utilizada, em todo o trabalho, em seu sentido lato, como sinônimo de judicialização).

Ficou-se verificado que o desenvolvimento da judicialização dos direitos ocorreu ante a inércia que os órgãos responsáveis pela prestação – pertencentes ao Poder Executivo – perpetraram desde os primeiros anos da sociedade brasileira. Num país periférico, caso do Brasil, a problemática da efetivação desses direitos potencializa-se, sendo a simples positividade – apesar de salutar – insuficiente para a resolução dos problemas sociais já comuns ao dia a dia dos brasileiros. Assim, vê-se com bons olhos, além de permeada por uma forte carga pedagógica, a intervenção promovida pelo Judiciário. Porém, faz-se necessário, nesse ponto, não exasperar tal protagonismo judicial, de modo a permiti-lo que se desenvolva às cegas. Salutar a promoção de críticas e o reconhecimento das limitações funcionais para que a evolução dos posicionamentos judiciais proativos seja galgada. Fez-se, ainda nesse contexto, uma diferenciação entre um ativismo judicial forte, que seria o excesso característico da definição geral de ativismo judicial, e um ativismo fraco ou moderado, que trataria de uma

interpretação extensiva do texto constitucional que possibilita ao Judiciário, então, interferir na competência dos demais poderes, desde que respeite os termos normativos dispostos e siga uma racionalidade.

Em um último momento, foi realizada pesquisa jurisprudencial de modo a verificar como estaria sendo tratada a concretização dos direitos sociais através da via coletiva, especificamente no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, realizando, em momento posterior, um comparativo dessas decisões com o posicionamento apresentado pela Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Os dados demonstraram que a utilização da via judicial para a execução dos direitos sociais é dominada por hipóteses de requerimento de direitos relacionados à prestação de serviços/remédios destinados à saúde e pela utilização da via individual. Enquanto isso, os demais direitos e a utilização da via coletiva, mesmo que esta demonstre diversas vantagens que vão desde a promoção de um tratamento isonômico àqueles cujos direitos subjetivos a uma prestação judicial foram agredidos, quanto pela necessidade de um pensamento mais concreto acerca dos efeitos financeiros de certas escolhas judiciais, encontram tímida discussão judicial.

Para além disso, é necessário verificar que esse posicionamento um tanto mais proativo do Poder Judiciário não pode se deixar quedar pela falta de um método. Ao decidir-se acerca da execução de um direito social, deverá o magistrado – dentro dos limites da lide – sopesar acerca da política pública desejada. O simples reconhecimento da indisponibilidade de um direito social não pode ensejar a automática aceitação da política pública requerida. É necessário que o magistrado volte suas vistas, dentro dos limites funcionais que lhe são impostos, para os efeitos práticos da decisão que será por ele emitida, evitando-se os rasos argumentos do “simples” reconhecimento da importância do direito vindicado.

Fica claro que para uma maximização dos direitos sociais, então, carece promover uma formação social aprofundada dos juízes, dado que questões basilares acerca da organização e efetivação de direitos sociais estão, cada vez mais, sob a responsabilidade desses personagens públicos. Além disso, o reconhecimento da participação de outros personagens, caso do Ministério Público, na consecução da judicialização desses direitos faz-se importante para a compreensão de todo o procedimento discutido.

Vale salientar, ainda, a necessidade em um investimento maior numa cooperação entre os três Poderes Republicanos de modo a garantir uma efetiva sindicabilidade das políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais. É necessário recordar que a garantia de uma existência digna – implantada através do alcance de níveis satisfatórios de justiça social – é um compromisso tanto do Estado quanto da própria sociedade e que para que se alcance o

êxito nesse desígnio é necessário deixar de lado posturas maniqueístas e fundamentalistas, abandonar a visão tão difundida de um “jogo de empurra-empurra”, e adotar a cooperação e o diálogo institucional²⁹⁸.

Reconhecendo a importância que o tema apresenta – tanto para a dogmática jurídica, quanto para a sociedade, quanto para a discussão econômica do Estado – não é possível deixar de refletir-se acerca do próximo passo: garantidos os direitos através da tutela coletiva, como transpor, agora, do papel (decisão judicial) e alçar efeitos práticos concretos. É claro que muitas decisões judiciais possuem as melhores das intenções ao reconhecer os direitos já compromissados em texto constitucional, mas os empecilhos impostos pela realidade da efetivação das decisões judiciais impõem limitações exatamente na transposição desse ideal para o real. Em ações coletivas, quando se discutem macrosituações – que necessitaram de um manejo mais aprofundado quanto à efetivação dos direitos coletivos requeridos – a situação se potencializa. É necessário, portanto, voltar-se – após o reconhecimento e estudo da importância do tema – para a análise de uma nova problemática, qual seja: a da execução de decisões judiciais que busquem efetivar os direitos sociais, tanto maneira individual, quanto de maneira coletiva.

Assim, reconhece-se que a simples previsão constitucional, apesar do avanço que a normatização do tema permite, não é o suficiente para garantir-se a efetiva proteção dos direitos sociais. É necessário transpor o plano ideal e procurar uma concretização das promessas constitucionais na realidade brasileira, como bem atenta Norberto Bobbio, o “crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções o inferno está cheio”²⁹⁹.

Nesse espaço, enxerga-se, portanto, a importância que a utilização da via coletiva – não como um substitutivo da discussão de medidas prestacionais através da tutela individual (pois jamais deverá ser reprimida a possibilidade de determinado indivíduo acionar a justiça individualmente de modo a alcançar o reconhecimento de seus direitos), mas como opção a ser considerada diante da possibilidade de um tratamento equânime devido ao tratamento macro das circunstâncias, além de possibilidade de uma maior sindicabilidade e controle da influência das decisões judiciais no orçamento público.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf. Acesso em 18 de julho de 2014, p. 37.

²⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004, p. 80.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de Trabalho em Direito Econômicos, Sociais e Culturais: Instrumentos e Aliados. **SUR - REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**. Ano 2, Número 2, 2005. p. 188-223. Tradução: Maria Lucia de Oliveira Marques.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009.

ALVIM, Arruda. Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco-espinho. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 289-304. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8348/6370>>. Acesso em: 10 de março de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 19/08/2013.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1946). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 25-61. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BEZERRA, Márcia Fernandes. Tutela dos interesses coletivos do consumidor no direito brasileiro. **Revista de Processo**. p. 43-58. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais: São Paulo, Ano 32, nº. 150, ago./2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2013.

BRASIL - Secretaria Nacional de Segurança Pública Departamento de Pesquisa, Análise da Informação e Formação de Pessoal em Segurança Pública. **Análise das Ocorrências Registradas pelas Polícias Civis (Janeiro de 2004 a Dezembro de 2005)**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BCF2BAE97-81BC-4482-95B9-983F1CC404DA%7D¶ms=itemID=%7BD6879A43-EA3B-4F16-91D2-CAFD1C9DDB19%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 14/09/2014.

BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. **Ação popular constitucional brasileira: aspectos históricos, conceito e natureza jurídica**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10698. Acesso em 01 de setembro de 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Organizadora: Maria Paula Dallari Bucci. p. 01- 49. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação Civil Pública. Instrumento de Educação Democrática. In: MILARÉ, Édís (org.). **A Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**, p. 402-413. São Paulo: RT, 2002.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da ação civil pública. **Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. Coordenadores: Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública. Comentários por artigo**. 2ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin? **Doxa**. n. 02, 1985. p 159-165. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10999/1/Doxa2_10.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2014.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impacto of the Colombian Constitutional Court. **Washington Univ. Global Studies Law Review**. Vol. 03, 2004.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “**execução negociada**” de políticas públicas em juízo. Disponível em: http://media.wix.com/ugd/49d6e5_920d657905b0e6669cfa6dad977f43c.pdf. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

CUNHA, José Ricardo. Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística ou sobre porque estamos diante de uma questão ética de primeira grandeza. In: **Direitos Sociais em Debate**. Organizadora: Cláudia Toledo. pp. 91-126. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DANTAS, Frederico Wildson da S.. **O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil**. Revista ESMAFE, v. 18, 2008.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. A Ação Civil Pública e os dilemas do Ministério Público agente político. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança e acesso à justiça. In: QUEIROZ, Rafael Augusto Sofiati de (coord.), **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

FERRER, Flávia. O direito à Segurança. **A efetividade dos Direitos Sociais**. Coordenador: Emerson Garcia. p. 335-352. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 05-24. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

KELLER, Arno Arnoldo. **O Descumprimento dos Direitos Sociais: Razões Políticas, Econômicas e Jurídicas**. São Paulo: LTR, 2001.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos, vol. 2**. Organizadores: Enoque Feitosa *et al.* P. 135-179. Recife: UFPE, 2012.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MALHEIROS, Geisa. **SMS apresenta resultados positivos do Nijus em relatório entregue ao TJ**. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/sms/noticias/sms-apresenta-resultados-positivos-do-nijus-em-relatorio-entregue-ao-tj/>. Acesso em: 05 de março de 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública. Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARANHÃO, Clayton. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. **Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. Coordenadores: Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon e Rita Quartieri. p. 159-169. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

MASTRODI, Josué. **Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podvum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”**. 20. ed.. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva: vinte anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Quinze anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ação Civil Pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985. In: MILARÉ, Édis (org.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. 2ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública e as tutelas jurisdicionais de prevenção e precaução. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5a ed. São Paulo: RT, 2001.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças Públicas, Economia, e Legitimação: Alguns Argumentos em Defesa do Orçamento Autorizativo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2013.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 13 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Thiago Magalhães. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2013.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel; CAMPIONE, Roger. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional Italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad**. Madrid: CEPC, 2010.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em 18 de julho de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Organizador: Marcelo Novelino, p. 31-68. Salvador: Jus Podivm, 2009.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. p. 553- 586. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. p. 587-599. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. p. 515-551. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis – Dossiê Ronald Dworkin**. V. 4, n. 7, 2013, p. 343-367. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 05 de julho de 2014.

STRUCHINER, Noel. **No Empathy Towards Empathy: Making the Case for Autistic Decision-Making**. Disponível em: <http://tnl.mcmaster.ca/conference/papers/Struchiner%20-%20No%20Empathy%20Towards%20Empathy.pdf>. Acesso em: 10/03/2015.

VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: GOZZOLI, Maria Clara. CIANCI, Mima. CALMON, Petrônio. QUARTIERI, Rita (orgs.) **Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e o processo coletivo estrutural – O controle jurisdicional de decisões políticas**. Série: Processo Coletivo, Comparado e Internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: Jus Podivm, 2013.

WALDRON, Jeremy. Ronald Dworkin: An Appreciation. **NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-39, 2013**. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2276009>>. Acesso em: 10 de março de 2014.

WILSON, Bruce M. Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court. **The Judicialization of Politics in Latin America**. Ed. Rachel Sieder, Line Schjolden, Alan Angell. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL – STF. RE 407902, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08- 2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00816 RF v. 105, n. 405, 2009, p. 409-41.

BRASIL - STF, STA 338/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/09/2009, DJE: 24/09/2009.

BRASIL – STF, ADPF 130 / DF. STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, julg. em 30/04/2009, DJe de 06/11/2009, p. 00020.

BRASIL – STF. ADI 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-2-2010, Plenário, *DJE* de 16-4-2010.

BRASIL – STF, ADI 3510 / DF. STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, julg. em 29/05/2008, DJe de 28/05/2010, p. 00043.

BRASIL - STF, RE 559.646-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 07/06/2011, Segunda Turma, DJE de 24/06/2011.

BRASIL – STF. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

BRASIL – STF. ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 3-5-2012, Plenário, *DJE* de 22-3-2013.

BRASIL – STF, ADPF 54 / DF. STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. em 12/04/2012, DJe de 30/04/2013.

BRASIL - STF, AI AgR 810410, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 28/05/2013, Primeira Turma, DJE 08/08/2013.

BRASIL - STF, RE-AgR 628159, Rel. Min. Rosa Weber. Julgamento em 25/06/2013, Primeira Turma, DJE 14/08/2013.

BRASIL – STJ. AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

BRASIL – STJ. AgRg no REsp 1328270/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012.

BRASIL – TRF5. AC102496/PB, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Ridalvo Costa, DJ DATA: 04/10/1996.

BRASIL – TRF5. AC145344/RN, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Castro Meira, DJ – DATA: 16/03/2001.

BRASIL – TRF5. AG3551/PB, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Cesar Carvalho (Convocado), DJ – DATA: 30/05/2006.

BRASIL – TRF5. AG9785/AL, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ – DATA: 14/08/2007.

BRASIL – TRF5. AC404022/CE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJ – DATA: 16/10/2007.

BRASIL – TRF5. AC406734/CE, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Salgado (convocado), DJ – DATA 12/03/2008.

BRASIL – TRF5. AC373877/CE, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJ – DATA: 01/07/2008.

BRASIL – TRF5. AC409978/SE, Segunda Turma, Relator Desembargadora Federal Amanda Lucena (Convocada), DJ – DATA: 07/08/2008.

BRASIL – TRF5. AC357524/SE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (Convocado), DJE – DATA: 19/11/2009.

BRASIL – TRF5. AC403993/RN, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano, DJE – DATA: 15/06/2010.

BRASIL – TRF5. AC416915/AL, Primeira Turma, Relator Desembargador Emiliano Zapata Leitão (Convocado), DJE – DATA: 03/08/2010.

BRASIL – TRF5. AG98278/AL, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJE – DATA: 07/12/2010.

BRASIL – TRF5. AC405492/CE, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Leonardo Resende Martins (Convocado), DJE – DATA: 07/12/2010.

BRASIL – TRF5. AG110998/PE, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Edilson Nobre, DJE – DATA: 09/12/2010.

BRASIL – TRF5. AC409037/RN, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE – DATA: 18/11/2011.

BRASIL – TRF5. AC540271/PB, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Edilson Nobre, DJE – DATA: 21/06/2012.

BRASIL – TRF5. APELREEX17782/PB, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Cesar Carvalho (Convocado). DJE – DATA: 20/07/2012.

BRASIL – TRF5. AC545307/CE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE – DATA: 28/09/2012.

BRASIL – TRF5. AG130478/SE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, 27/06/2013.

BRASIL – TRF5. AG130478/SE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, 27/06/2013.

BRASIL – TRF5. AG134828/AL, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, 28/11/2013.

BRASIL – TRF5. AG135231/PE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJE – DATA: 20/03/2014.

BRASIL – TRF5. APELREEX 00032405720124058000, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Bruno Teixeira, DJE DATA: 03/07/2014.

BRASIL – TRF5. AC571722/PE, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), DJE DATA: 15/07/2014.

BRASIL – TRF5. AG135565/PB, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, DJE – DATA: 30/07/2014.