



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

BRUNO ANDRADE COSTA

**O controle judicial nas políticas públicas e o processo constitucional
democrático: uma gestão negociada para a construção de uma
solução eficaz**

Brasília, novembro

2014

BRUNO ANDRADE COSTA

O controle judicial nas políticas públicas e o processo constitucional democrático: uma gestão negociada para a construção de uma solução eficaz

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB como requisito para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Brasília, novembro

2014

BRUNO ANDRADE COSTA

O controle judicial nas políticas públicas e o processo constitucional democrático: uma gestão negociada para a construção de uma solução eficaz

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB como requisito para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas.

Brasília, 24 de novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Prof. Dr. José Levi de Mello do Amaral Júnior

Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Agradecimentos

Agradeço:

Ao professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy que acreditou e assumiu a proposta deste trabalho.

Ao professor Jefferson Carús Guedes, cujas preciosas lições levaram a realização dessa dissertação.

Aos colegas de mestrado pelas horas intermináveis de discussões e debates que levaram ao enriquecimento dos nossos trabalhos.

À Eliete Viana Xavier Costa pelo apoio de forma incondicional nessa jornada.

Dedicatória

À minha esposa Eliete Viana Xavier Costa.

Resumo

Ao se trasladar da neutralidade política do Estado Liberal para uma atuação cada vez mais ativa nas ações do Estado, o Poder Judiciário não apenas trouxe à tona a questão da judicialização das políticas públicas, mas fez emergir a problemática de decisões ineficazes e descoladas da realidade. A confiança nas virtudes diferenciadas dos juízes, em seu “ativismo sem fronteiras”, que alguns ainda defendem com ar de novidade, já deixou de ser algo defensável, para se transformar em um pesadelo para os órgãos de execução do Estado, em razão de decisões judiciais prolatadas, sem o auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade), e sem a infraestrutura técnica adequada. Neste sentido a construção da decisão judicial que veicule direitos sociais que irradiem efeitos para coletividade, como instrumento de implementação de políticas públicas deverá ser, primariamente, um processo de construção da realidade, através da participação ativa dos atores das políticas públicas, cabendo ao Poder Judiciário atuar como mediador, a fim de conduzir e impelir o diálogo entre as partes e, se necessário, utilizar-se do exercício da coerção legítima. Sob esta perspectiva, o processo judicial deverá ser uma sequência de atos valorados, que alcançariam a decisão do juízo ou até do acordo entre as partes, cuja formação todos concorreram.

Palavras-chave: Políticas públicas; controle judicial; processo constitucional democrático; comparticipação; acordo.

Abstract

When you translate the political neutrality of the liberal state to an increasingly active role in the actions of the State, the Judiciary not only brought to light only the issue of legalization of public policies, but did emerge the problem of ineffective decisions and detached from reality. Confidence in differentiated virtues of the judges, in their "activism without borders", which some still argue with an air of novelty, is no longer tenable something to turn into a nightmare for enforcement agencies of the state, due to decision court handed down without the help of anyone (not even the technical process) on an industrial scale (high productivity), and without the appropriate technical infrastructure. In this sense, the construction of the court decision, displaying social rights to collective effects that radiate as a tool for implementing public policies, should be primarily a process of constructing reality through the active participation of actors of public policies, and the Judiciary must act as mediator in order to drive and propel the dialogue between the parties and, if necessary, be used for the exercise of legitimate coercion. From this perspective, the judicial process should be a sequence valued acts which reach the decision of the court or by agreement between the parties, whose formation all contributed.

Key-words: Public policy; judicial control; democratic constitutional process; collective participation; agreement.

Sumário

INTRODUÇÃO	18
1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	22
1.1 Anotações preliminares	22
1.2 O constitucionalismo dos novos tempos e o Estado Social	23
1.3 O Estado Social e as Políticas Públicas	28
1.4 Os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa a uma prestação do Estado	32
1.4.1 <i>Os direitos sociais como irradiação do princípio da dignidade humana</i>	32
1.4.2 <i>Os direitos sociais como normas de direito fundamental</i>	34
1.4.3 <i>Os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações</i>	38
1.4.4 <i>Os direitos sociais como direitos subjetivos</i>	41
1.5 Os direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira	45
1.5.1 <i>Uma análise dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988</i>	46
1.5.2 <i>Uma proposta de classificação dos direitos sociais na Constituição Brasileira</i>	47
1.5.3 <i>A estrutura material dos direitos sociais</i>	49
1.5.4 <i>Do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais</i>	51
1.5.4.1 <i>Direitos fundamentais sociais como garantias constitucionais qualificadas</i>	51
1.5.4.2 <i>A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais</i>	55

<i>1.5.4.3 A exigibilidade e justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e as normas programáticas</i>	57
---	----

2 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: UMA REANÁLISE DO DIREITO PROCESSUAL NO ATUAL ESTADO SOCIAL

62

2.1 A justiciabilidade dos direitos sociais e das políticas públicas no Brasil	62
--	----

<i>2.1.2 Críticas à justiciabilidade dos direitos sociais e das políticas públicas</i>	66
--	----

2.2 O controle judicial sobre os direitos sociais e das políticas públicas e sua dimensão bifásica	70
--	----

<i>2.2.1 O processo de conhecimento: a fase de declaração do direito fundamental violado e os limites de cognição do Poder Judiciário</i>	72
---	----

<i>2.2.1.1 As políticas públicas e as ações coletivas: um juízo de adequação</i>	73
--	----

<i>2.2.1.2 As políticas públicas e o princípio da demanda: uma reanálise no atual Estado Social</i>	77
---	----

<i>2.2.1.3 Os limites de cognição do Poder Judiciário</i>	82
---	----

<i>2.2.2 A fase de cumprimento de decisões judiciais em sede de Políticas Públicas</i>	87
--	----

<i>2.2.2.1 Das espécies de cumprimento de decisões judiciais e seus efeitos</i>	88
---	----

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO: UMA GESTÃO NEGOCIADA PARA A CONTRUÇÃO DE UMA SOLUÇÃO EFICAZ

96

3.1 O processo constitucional democrático nas políticas públicas	96
--	----

3.2 O Poder Judiciário como agente catalizador para o consenso entre atores das políticas públicas	100
3.3 Dos meios e instrumentos judiciais de comparticipação dos atores e interessados nas políticas públicas sociais	103
3.3.1 <i>A audiência pública</i>	106
3.3.2 <i>A participação direta dos atores sociais na instrução processual</i>	110
3.4 A construção do acordo judicial entre os atores das políticas públicas: os direitos indisponíveis e o mínimo existencial	115
3.4.1 <i>A instrumentalização do acordo e o termo de ajustamento de conduta</i>	118
3.4.2 <i>Dos legitimados ao acordo e a participação obrigatória do Ministério Público e da Advocacia Pública</i>	120
3.4.2.1 <i>Dos legitimados ativos no termo de ajustamento de conduta</i>	120
3.4.2.2 <i>Dos legitimados passivos no termo de ajustamento de conduta</i>	122
3.4.2.3 <i>A participação do Ministério Público e da Advocacia Pública nos termos de ajustamento de conduta</i>	123
3.4.3 <i>O momento adequado para a celebração do termo de ajustamento de conduta e sua eficácia</i>	128
Conclusão	131
Referência Bibliográfica	137

Introdução

A preocupação com os direitos voltados para a sociedade decorreu da falência de um modelo liberal que, embasado no individualismo e no absenteísmo estatal, fez eclodir graves desigualdades sociais e impeliu o Estado a repensar sua própria função política, através de um novo delineamento das funções dos poderes constituídos ainda nos estertores do século XIX. Todavia, o passo decisivo para a elevação dos direitos sociais como direitos de hierarquia constitucional somente se deu após a Segunda Guerra Mundial, e em reação aos acontecimentos desse conflito, em um processo de reconstitucionalização da Europa em que se determinou a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, o que induziu o Poder Judiciário deixar de lado a neutralidade política dos tempos do liberalismo para assumir uma ativa postura em relação às ações do Estado.

Imbuído por essa nova visão do Direito Constitucional, a Constituição da República de 1988 rompe em definitivo com o modelo Liberal e inaugura uma nova fase do Estado brasileiro, o Estado Social Democrático de Direito, e fez emergir uma nova gama de direitos, os direitos sociais.¹ Em razão da centralidade que esses direitos ocuparam em nossa Carta Constitucional, eles se constituem como o vetor de agir do Estado e a sua própria razão de ser, na medida em que se busca agora, não apenas uma igualdade formal, mas uma igualdade material entre os componentes do corpo social.²

Esse ímpeto pela realização do Estado Social, e promoção da justiça social no Brasil, fez com que tal tarefa ocupasse boa parte dos objetivos da república, e trouxesse para a nossa atual Constituição um conjunto extenso e bem diversificado de direitos sociais que tratam, em verdade, de bens soberanos de toda a humanidade, cuja proteção é condição para a erradicação da miséria e de toda forma de poder arbitrário. Não obstante, ao passo que os direitos sociais foram politicamente garantidos, mediante declaração expressa dos bens jurídicos que protegiam, verifica-se, igualmente, o estabelecimento de mecanismos formais de implementação desses direitos, através de normas de princípios programáticos, que se traduzem nas ações de

¹ ALMEIDA, Renato Franco. Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v.13, n.52, jul./set 2005, p. 3.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 30, p. 8-30, 2009, p. 8.

programas do Estado. Assim, em razão do comando constitucional, impôs-se ao Estado a promoção e a concretização dos direitos sociais, notadamente através de políticas públicas, cuja elaboração e efetivação estão aneladas a atuação proativa dos Poderes Executivo e Legislativo.

Todavia, em razão dos resquícios do liberalismo, aliado ao passado de um regime de exceção cuja preocupação com o social não passava de repositórios de promessas vagas, observou-se, de início, um ciclo de baixa normatividade dessas disposições de cunho programático que veiculavam os direitos sociais. Ocorre que, em razão dos graves problemas sociais que assolaram e ainda assolam o nosso país, houve uma preocupação crescente da doutrina e da jurisprudência acerca da falta de eficácia e efetividade dessas normas, pois muitas vezes as políticas públicas do Estado são omissas ou incapazes de realizar de forma satisfatória os direitos fundamentais sociais, razão pela qual, emergiu um forte movimento em que se afirma caber ao Poder Judiciário a correção e o realinhamento dessas políticas.

Diante disso, o direito constitucional moderno impeliu uma mudança de visão relativa aos direitos fundamentais sociais de duas ordens: sob o aspecto material, tendo em vista que se passou a reconhecer aqueles direitos, mesmo os veiculadores de princípios programáticos, dotados dos atributos de aplicabilidade imediata, eficácia plena e exigibilidade, e também sob o aspecto processual, na medida em que o processo judicial funciona como instrumento para a concreção dos direitos sociais. Assim, sob o manto do chamado neoconstitucionalismo, que acabou permeando nosso sistema jurídico, percebeu-se que uma vez que os direitos sociais estavam inseridos em nossa Lei Fundamental, e que o Poder Judiciário possui competência para exercer o controle de constitucionalidade, tornou-se um órgão capaz de influenciar nas políticas públicas do Estado para a concreção dos direitos sociais previstos pelo constituinte. Desta feita, o Estado Social brasileiro teve de aprofundar sua relação com o processo judicial, como instrumento de sua própria realização. A política passou a ser objeto de escrutínio da jurisdição, de forma que a judicialização das políticas públicas se tornou realidade no atual cenário político.

Com efeito, houve o deslocamento do eixo da questão, que antes gravitava em torno da aptidão para a produção de efeitos jurídicos, e agora passa a orbitar sobre quais efeitos jurídicos podem ser produzidos. Entretanto, em razão da diversidade e da abertura estrutural que os direitos sociais adquiriram no Brasil aliada a uma ausência de regulamentação processual

específica sobre a matéria, trouxe-se à tona a problemática da prolação de decisões judiciais que versem sobre políticas públicas que acabam por estabelecer soluções iníquas, desproporcionais ou desarrazoadas no caso concreto, isto é, descoladas da realidade, e que terminam por impactar em outras políticas prioritárias.

Ante tal fato, é de curial importância enxergar o processo judicial que verse sobre políticas públicas como um processo de construção da realidade, através da participação dos atores envolvidos nas políticas públicas (atores públicos e sociedade civil) na construção de uma solução eficaz, ou seja, que atenda aos interesses sociais, mas que seja exequível no plano fático, sem prejuízo de outros programas de Estado. No entanto, essa comparticipação apenas poderá ser possível por meio de um processo constitucional democrático, onde o Poder Judiciário deverá atuar como mediador, a fim de conduzir e impelir o diálogo entre as partes e, somente se necessário, utilizar-se do exercício da coerção legítima.

Diante disso, o presente estudo opta por uma metodologia estruturada com base teórica e análise de casos, tendo como proposta, enfrentar o atual problema de decisões tomadas de forma isolada, sem a estrutura técnica adequada e que acabam por gerar nefastos impactos de ordem social, política e econômica. Todavia, não basta a mera proposição da participação dos atores envolvidos nas políticas públicas na construção de uma solução dotada de efetividade, sem que haja uma análise acerca da dinâmica e estrutura que os direitos sociais adquiriram no Brasil, bem como sobre um devido estudo de adequação processual para veicular as demandas que versem sobre direitos sociais e políticas públicas, a fim de dar concretude a esses direitos constitucionalmente previstos.

Nesse sentido, o trabalho se apresenta como um itinerário que se inicia na busca das razões que conduziram o Poder Judiciário da neutralidade política no liberalismo, para a sua ativa participação no cenário político no atual Estado Social, notadamente sobre as ações que tratam sobre políticas públicas. O primeiro capítulo se dedica ainda a um estudo aprofundado dos direitos sociais, onde se tratou dos principais aspectos referentes a esses direitos que exercerão influência decisiva sob o aspecto de sua judicialização, e é dividido em duas partes. A primeira parte se debruça sobre um estudo geral dos direitos sociais, e serve como base teórica para a análise dos direitos sociais na Constituição brasileira. Na segunda parte, tratou-se sobre um

estudo acerca dos direitos sociais na constituição brasileira, onde se conclui pela exigibilidade dos direitos sociais, inclusive das normas de princípios programáticos, e, portanto, pela sua justiciabilidade.

Já no segundo capítulo realiza-se uma análise sobre a questão da judicialização das políticas públicas no Brasil, onde se busca demonstrar que a tradicional sistemática do Direito Processual Civil não mais se mostra suficiente para o realinhamento e a correção dos programas de ação estatal em sede de ações judiciais, que versem sobre a realização progressiva de direitos sociais fundamentais constitucionalmente previstos, que irradiem efeitos para determinada coletividade. Em razão disso, propõe-se um novo delineamento do processo judicial, a fim de veicular esses tipos de demandas.

O terceiro capítulo defende o tratamento das ações que versem sobre políticas públicas sociais sob a perspectiva de um processo constitucional democrático. Em razão das peculiaridades e distorções sistêmicas constatadas, propõe-se a participação dos atores das políticas públicas (atores públicos e sociedade civil) na construção de uma solução dotada de efetividade, por meio de um procedimento judicial que permita a participação dos atores envolvidos nas políticas de Estado defendendo-se, inclusive, a possibilidade de acordo entre as partes.

A conclusão, de forma objetiva, procura demonstrar que o processo judicial deve ser um processo de construção da realidade, onde a participação dos atores das políticas públicas é de fundamental importância para uma construção de uma solução que seja dotada de efetividade sem que haja um desgoverno.

Capítulo 1 - Os direitos sociais como fundamentais na Constituição da República

1.1 Anotações preliminares

O avanço alcançado pelo Direito Constitucional é resultado, em boa parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões, na medida em que se percebeu que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em um documento jurídico com força vinculativa máxima, e indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.³

Nesse sentido, o desenvolvimento do Estado e de sua estrutura na Idade Contemporânea foi ladeado pelo início e evolução de uma teoria de direitos fundamentais, que buscou agregar em suas Leis Fundamentais, direitos e garantias que representavam o anseio da sociedade em cada momento histórico. Assim, se por um lado o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos é um fato recente, por outro, denota-se que está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos.⁴

Sob essa inspiração, o atual modelo de Estado Social no Brasil, consagrado em sua plenitude em nossa Constituição de 1988, representou o rompimento com o liberalismo político, notadamente marcado pelo individualismo e absentéismo estatal, e trouxe consigo a ampliação dos tradicionais direitos do homem de caráter liberal-individualista agregando, para tanto, uma nova gama de direitos os quais se embasa a própria razão de ser daquele modelo: os direitos sociais.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231.

⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 153.

Todavia, embora possa parecer óbvio, existem segmentos na doutrina que negam aos direitos sociais a condição de direitos fundamentais, e ressaltam que apenas os direitos civis e políticos gozam dessa condição. Em razão disso, torna oportuno tratar do assunto sob uma perspectiva dogmático-jurídica norteadas pela necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação, tanto da designada fundamentalidade, quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais,⁵ a fim de concebê-los como direitos dotados de efetividade.

1.2 O constitucionalismo dos novos tempos e o Estado Social⁶

Preliminarmente, cumpre-se salientar que a sedimentação de determinados direitos como normas fundamentais e obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que permite compreender que certos direitos fundamentais não sejam os mesmos em todas as épocas.⁷

Em uma breve contextualização histórica, aponta-se que a gênese dos direitos fundamentais, embora existam na doutrina menções quanto a premissas sobre a proteção do indivíduo desde a história antiga, decorreu com o fim do modelo de Estado absoluto e o advento do Estado Liberal, quando determinados direitos assumiram posição de definitivo realce na sociedade ao se inverter a tradicional relação entre Estado e indivíduo, e se reconheceu que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.⁸ Nesse quadro, o *Bill of Rights* de Virgínia de 1776, e a Declaração francesa de

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: SALERT, I., LEITE, G. (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 217.

⁶ O presente trabalho não pretende discutir o que se reputou chamar de *neoconstitucionalismo*, mas apenas os reflexos trazidos pela nova tendência do Direito Constitucional após a Segunda Guerra Mundial. Não obstante, Miguel Carbonell assevera que grande parte dos autores como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Paolo Camanducci, Alfonso Garcia Figuerola, dentre outros, estão de acordo com as modificações operadas sobre o paradigma do Estado Constitucional após o Grande Conflito, de forma que se pode falar de um Estado neoconstitucional, ou até de vários Estados neoconstitucionais, dada a complexidade da matéria. Cf. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 9. ed. Madrid: Trota, 2009.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 231

⁸ IDEM, pp. 232/233.

1789, deram início a “era das constituições”, ou constitucionalismo, e representaram a universalização e marcos na positivação desses direitos tido como inerentes ao homem.⁹

Inspirada pelo lema revolucionário francês de liberdade, igualdade e fraternidade, que exprimiu os princípios cardeais dos direitos fundamentais, a Declaração Francesa ganhava em abrangência em relação à Declaração Americana que a antecedeu, tendo em vista que tinha por destinatário o gênero humano, ao passo que a Carta de Virgínia se restringia a um determinado povo que se libertava politicamente de outro país.¹⁰ Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalidade dos direitos inerentes ao homem, restava apenas seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados¹¹.

Neste cariz, o liberalismo recém-inaugurado, sob a influência da Revolução Francesa, e calcado nas teorias contratualistas, baseou-se na submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado, que tem o dever de servir o cidadão e lhes garantir direitos básicos que fixavam uma esfera de autonomia pessoal, que se traduziram nos direitos civis e políticos expressos em diversas constituições,¹² na busca de uma ruptura com os arbítrios do período absolutista que o antecedeu.

A proteção direta e imediata dos direitos civis e políticos, assim como das garantias que evitavam a indiscriminada ingerência estatal, por meio de uma Constituição, tinham por função primordial agir contra fatores desestabilizantes, de forma que se mostrou um mecanismo poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito.¹³

Todavia, com o colapso do liberalismo, delineou-se uma nova relação entre Estado e sociedade, a fim de se aplacar as desigualdades sociais que restaram acentuadas pelo modelo liberal prevendo-se, para tanto, uma nova gama de direitos constitucionais que traziam valores a regular as ações estatais por meio de prestações com vistas a se alcançar uma igualdade

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 562.

¹¹ Idem, pp. 562/563.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 232/233.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 533.

material, como o direito a saúde, a educação, a moradia, a segurança, ao trabalho, dentre outros, mas que não excluíram o núcleo duro dos direitos dos indivíduos alcançados no Estado Liberal.

O reconhecimento em nível constitucional “dessas escolhas valorativas” que determinam condutas, limites e atuações do Estado tem sua origem nas Constituições Mexicana (1917) e, notadamente, na Constituição de Weimar (1919). Tal concepção foi embasada na teoria constitucional das garantias institucionais formulada, basicamente, por juristas da República de Weimar, em que se reconhecia que determinadas instituições jurídicas deveriam ser resguardadas de uma supressão ou ofensa ao seu conteúdo medular, por parte do Estado, sobretudo do legislador ordinário.¹⁴

Deste modo, se antes as atenções constitucionais do liberalismo convergiam para os polos da liberdade individual, com a assunção do Estado Social houve a cristalização progressiva dos direitos voltados à sociedade, aos grupos, às instituições, ao pluralismo das formações políticas e sociais, a ação intervencionista do Estado, de maneira a reformar a índole das Constituições e dar mais segurança aos direitos fundamentais, ampliando tecnicamente em número e variedade os instrumentos jurisdicionais de proteção daqueles direitos.¹⁵

Entretanto, o passo decisivo para o reconhecimento da fundamentalidade desses direitos somente se deu após a Segunda Guerra Mundial, e em razão dela, em um processo de reconstitucionalização da Europa em que se determinou a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas promovendo a constitucionalização do direito, em um movimento que grande parte da doutrina denominou de *neoconstitucionalismo*.¹⁶ A reação aos acontecimentos desse conflito levou à adoção de um novo sistema ético de referência, baseado na proteção intransigente dos direitos humanos, que culminou em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Não obstante, o reconhecimento de que a miséria foi uma das causas determinantes para o surgimento de ideais totalitários ensejou a afirmação dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos sociais como princípios de ordem substancial, de forma que não

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 541.

¹⁵ *Idem*, pp. 536/537.

¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80.

bastava a mera formalização desses direitos nas Constituições, devia-se ter sua efetivação por meio de ações afirmativas.¹⁷

Deste modo, o constitucionalismo moderno conformou o Estado Democrático e Social de Direito dando aos princípios que veiculam direitos fundamentais sociais eficácia de normas jurídicas, o que acaba por irradiar consequências sobre todo o ordenamento jurídico. Assim, se sob o ponto de vista do material passou-se a reconhecer tais direitos como verdadeiras normas jurídicas, sob o ponto de vista procedimental o processo judicial deveria funcionar como instrumento para a concreção dos direitos sociais.

Nesse contexto, viu-se a proliferação de Cortes e Tribunais Constitucionais, em um movimento de absorção das questões políticas pelo Poder Judiciário, já que o modelo reativo de justiça não conseguia impedir as graves injustiças cometidas durante o período de Estado Liberal e o Poder Executivo não atuava adequadamente na realização das promessas do Estado Social.¹⁸ Ao longo desse processo, destaca-se a evolução dos sistemas de controle de constitucionalidade, que buscavam garantir, de fato, as constituições rígidas que se formavam como instrumentos dos direitos fundamentais.¹⁹

O controle de constitucionalidade altera o papel do Poder Judiciário, reservando-lhe a palavra final nos atos praticados pelas outras formas de expressão do poder estatal assumindo, assim, o papel de intérprete das grandes decisões políticas, antes reservado apenas aos Poderes Legislativo e Executivo,²⁰ transformando-se um mecanismo, por excelência, pelo qual se torna possível uma mudança estrutural da sociedade pelo Direito.²¹

Por este prisma, denota-se que a substituição da estabilidade objetivada, por meio da liberdade quase total de mercado e dos meios de produção, no Estado Liberal, pelo dirigismo estatal com os objetivos traçados pelo Pós-Guerra, alterou de forma profunda a concepção da teoria da separação dos poderes com o movimento neoconstitucional. Diante disso,

¹⁷ CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

¹⁸ ZANETI JR., Hermes. A Teoria da separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010, p. 4.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰ CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 74/75.

²¹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

Jorge Lavocat²² destaca que, embora haja um dissenso na doutrina acerca de uma única concepção sobre o neoconstitucionalismo, Miguel Carbonell²³ consegue decantar três elementos básicos que caracterizam esse fenômeno e explicam a mudança do comportamento do Estado e a afirmação de um modelo Social:

- a) A inclusão nas Constituições do pós-guerra de direitos fundamentais de ordem substantiva, notadamente os direitos sociais, que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos;
- b) Práticas judiciais mais complexas a partir da construção de parâmetros interpretativos adequados para lidar com essa axiologia do texto constitucional com a utilização de princípios em prol da otimização e efetivação do texto constitucional, o que acarreta a explosão da atividade judicial e requer um Judiciário mais ativo;
- c) Desenvolvimento de novas teorias dos textos constitucionais fortemente substantivos que não pretendem explicar o fenômeno jurídico, mas também contribuem decisivamente na sua modificação.

Sob essa perspectiva, segundo Osvaldo Canela,²⁴ no Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. No Estado Social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado a obrigatoriedade legal de realização dos direitos sociais, com o propósito de assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. Desta forma, de uma conduta meramente passiva, o Estado passa assumir uma postura proativa com seus órgãos trabalhando para a concreção dos objetivos constitucionais. Entretanto, com um novo componente adicionado à equação, com a assunção, pelo Poder Judiciário, de uma relevante atribuição constitucional: o controle judicial da política através da concretização dos princípios fundamentais Constitucionais, notadamente, dos direitos sociais.

Todavia, para a consecução desses novos direitos voltados para a sociedade o Estado teve que repensar sua forma de agir, de forma que a ideia de direitos sociais passou a estar anelada a ações de planejamento estatal.

²² Idem, pp. 57/58.

²³ CARBONELL, Miguel. *Ob. cit.*, pp. 198-201.

²⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Ob. cit.*, p. 72.

1.3 O Estado Social e as Políticas Públicas

As mudanças estruturais ocorridas no seio do Estado consolidaram o Estado Social no pós-guerra, mas, nem por isso, conseguiram compatibilizá-los plenamente com os direitos sociais. Ocorre que, de uma concepção inicial do Estado Social, que buscava se comprometer, de maneira cada vez mais abrangente, com a paz social e a existência digna para todos, acabou por agregar uma série de outras demandas ligadas a esses direitos. Novas responsabilidades surgiram com relação à política educacional, científica e cultural; depois, veio a incrementar uma previdência social bastante ampla, realizando também política de trabalho e econômica, desenvolvimento urbano e regional, assim como fomento a técnica; por fim, o Estado assume tarefas relacionadas ao meio ambiente.²⁵

Com o incremento dessas tarefas do Estado ao longo dos anos, que agregou uma nova gama de direitos, e apesar da consolidação do Estado Social, não se conseguiu compatibilizá-lo plenamente com esses novos direitos. Diante disso, já no final da década de 1970, e início da década de 1980, começaram a surgir nos países centrais os primeiros indicadores de uma crise do Estado de Bem-Estar Social, que se caracterizou, fundamentalmente, pela “incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da provisão estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores são as condições para financiar”.²⁶

Esse excesso de tarefas para o atendimento dos direitos sociais, além de causar um inchaço nas contas públicas, fez com que o Estado se tornasse grande e burocrático, um aparelho “pesado e moroso”. Segundo Saravia,²⁷ com essa excessiva burocratização do Estado, e suas reações lentas em face das “mudanças profundas e rápidas do contexto econômico e institucional”, aliadas à “necessidade de competir na economia mundial e à internacionalização

²⁵ HÖFFE, Otfried. *A Democracia no Mundo de Hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 180.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 07/06/2014.

²⁷ SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: Enrique Saraiva e Elisabete Fernandes, Orgs. *Políticas Públicas*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, pp. 24/25.

de muitos assuntos que anteriormente era preocupações domésticas”, exigiram do Estado a “adoção de formas mais flexíveis de planejamento e administração”.

Nesse diapasão, a partir de 1980, ganhou força a “fórmula ultraliberalista” de interpretação da realidade do Estado, que aduzia ser irracional um modelo de Estado e da sociedade baseado na valorização do trabalho e do emprego, na concessão de políticas sociais e assistenciais generosas, na distribuição de riqueza através de políticas de intervenção estatal em cenário de acentuadas mudanças tecnológicas e de gestão de empresas, da globalização e do agravamento da concorrência internacional.²⁸ Em síntese, o Estado Social teria se tornado obsoleto e incapaz de enfrentar os desafios da nova economia capitalista globalizada.

Em resposta a crise estrutural do Estado Social, as ideias em torno de um Estado Neoliberal passaram a ter força, de forma que a década de 80 do século pretérito marcou o advento de uma nova ideologia: o neoliberalismo, que influenciou grande parte dos países do globo que, se não o adotaram por completo, aplicaram vários princípios que acabaram por redesenhar o Estado Social, e que projetaram o Poder Judiciário ao atual protagonismo dos dias atuais.

A ideologia neoliberal contemporânea prega um liberalismo econômico que exalta o mercado, a concorrência e a liberdade de iniciativa privada, rejeitando-se veemente a intervenção estatal na economia. Renegando as formas socialdemocratas que acompanham o estágio intensivo do Estado Social, nega a crise estrutural e histórica do capitalismo e se volta às origens desse, do tempo do liberalismo, porém com uma nova roupagem, e com o nome de neoliberalismo.

Em sua aplicação prática, a construção do neoliberalismo iniciou-se ao final dos anos 70, quando foi eleita Margaret Thatcher em 1979 na Inglaterra, e Ronald Reagan em 1981 nos Estados Unidos.²⁹ Tais políticas consistiram, basicamente, em uma tentativa de recompor a

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. 1ª ed. São Paulo: LTR, 2007, p. 25.

²⁹ Idem, p. 25.

primazia de uma política econômica voltada para o mercado ao tempo que aliviava o peso das medidas assistenciais e sociais por parte do Estado com o objetivo de equilibrar o déficit público.

É pertinente salientar que a ideologia neoliberal tornou-se hegemônica para boa parte dos países que anteriormente tinham como paradigma o Estado de Bem-Estar Social. Entretanto, em que pese tais propostas tenham se mantido firmes, enfáticas e até agressivas, notadamente no plano discursivo e político-institucional, não alcançaram efeitos profundos no plano concreto dos principais países envolvidos.³⁰

Assim, aqueles países que melhor haviam estruturado o Estado de Bem-Estar Social, as mudanças realizadas não foram capazes de desconstruir o padrão civilizatório alcançado, assim como de modificar as bases e princípios estruturais desse modelo de Estado, apesar das mudanças tópicas realizadas embasadas pela ideologia neoliberal.³¹

Em razão disso, viu-se que em vários países houve a manutenção do Estado de Bem-Estar Social com alguns elementos, em maior ou menor grau, de políticas neoliberais. Sob esta perspectiva, Esping-Andersen³² propõe a seguinte classificação, para o que chamou de regimes de *Welfare States*:

1. O *welfare state* liberal “em que predominam a assistência aos comprovadamente pobres, reduzidas transferências universais ou planos modestos de previdência social. Os benefícios atingem principalmente uma clientela de baixa renda, em geral da classe trabalhadora ou dependentes do Estado. Neste modelo de Estado, o progresso da reforma social foi severamente limitado pelas normas tradicionais e liberais da ética do trabalho.” São seus exemplos típicos: Estados Unidos, Canadá e Austrália;

2. O *welfare state* conservadores e fortemente corporativistas onde “a obsessão liberal com a mercadorização e a eficiência do mercado nunca foi marcante e, por isso, a concessão de direitos sociais não chegou a ser uma questão seriamente controvertida. O que predominava era a preservação das diferenças de *status*”. Incluem-se aqui, como casos típicos, Áustria, França, Alemanha e Itália;

³⁰ Idem, p. 22.

³¹ Idem, ibidem.

³² ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. *Lua Nova: Revista de Cultura e política*, São Paulo, nº 24, 1991, pp. 108/109.

3. Os regimes socialdemocratas, “evidentemente o menor grupo de países com o mesmo regime compõe-se de nações onde os princípios de universalismo e desmercadorização dos direitos sociais estenderam-se também às novas classes médias”. Não restam dúvidas de que Esping-Andersen está falando aqui de um número limitadíssimo de países escandinavos.

Apesar desse contexto de crise paradigmática, o que importa ressaltar, é que se tornou urgente repensar a concepção de Estado-Prestador. Não se trata, em verdade, de uma verdadeira morte do Estado de Bem-Estar Social, mas do aparecimento de um novo modelo de Estado prospectivo ou planejador em que se agregaram elementos da novel teoria neoliberal, onde a “ação baseada no planejamento deslocou-se para a ideia de políticas públicas”,³³ que se revelam como elemento de interlocução entre o Estado e a sociedade para a promoção do bem comum. Alguns autores ressaltam que tal reconfiguração do Estado de Bem-Estar Social fez surgir um novo modelo: o Estado Pós-Social, que possui a atribuição precípua do Legislativo e do Executivo de levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos.³⁴

Portanto, parafraseando Hermes Zaneti Júnior,³⁵ o Estado Pós-Social é o modelo de Estado que consolidam as conquistas liberais (direitos fundamentais de primeira dimensão – liberdades negativas), as conquistas decorrentes do surgimento da questão social, entendidas como conquistas igualitárias, de busca de uma igualdade substancial (direitos fundamentais de segunda dimensão – preocupação promocional do direito e liberdades positivas), as conquistas da solidariedade e da comunidade (direitos difusos e coletivos, que formam os direitos fundamentais de terceira dimensão), e elementos das ideias neoliberais que levaram o Estado a repensar seu papel puramente de providência e centralizador, por meio de uma gestão planejada e com a participação democrática dos destinatários do ato final de decisão.

Nesse modelo reconfigurado do Estado de Bem-Estar Social, chamado por alguns de Estado Pós-Social, as políticas públicas passaram a ter um papel decisivo, na medida em que se constituem em “um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores

³³ SARAVIDA, Enrique. *Ob. cit.*, p. 26.

³⁴ ZANETI JR., Hermes. *Ob. cit.*, p. 5.

³⁵ *Idem*, p. 6.

da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação”,³⁶ com a meta precípua de consolidar e irradiar os direitos sociais.

Ocorre que, o fato dos direitos sociais consistirem em sua grande maioria por normas que exigem uma prestação por parte do Estado, notadamente por meio de políticas públicas, acabou por gerar diversos dissensos na doutrina sobre sua exigibilidade. Nesse sentido, na medida em que esses direitos se constituem, por regra, em um agir do Estado, e que ainda vários deles se apresentam sob a forma de princípios, iniciou-se um debate acerca de que tais direitos, por sua estrutura, não podem ser considerados como direitos fundamentais, não são direitos subjetivos, não possuem eficácia, e por tais razões, não podem ser exigíveis perante o Estado.

Por este prisma, mostra-se de curial importância um devido estudo sobre o regime jurídico constitucional dos direitos sociais, a fim de explorar e apontar os fundamentos que levaram o constitucionalismo moderno a tratar os direitos sociais como direitos dotados de normatividade.

1.4 Os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa a uma prestação do Estado

1.4.1 A dignidade humana como princípio irradiador dos direitos sociais

Destaca-se, por relevante, que para uma melhor compreensão da origem e desenvolvimento daqueles direitos que se reputou designá-los como “direitos fundamentais”, deve-se buscar, primeiramente, seu substrato material.

Nesse sentido, e não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, tem-se que é no princípio da dignidade

³⁶ SARAVIDA, Enrique. *Ob. cit.*, p. 29.

humana que se inspiram os típicos direitos fundamentais, ainda que de forma indireta ou sob um vetor interpretativo, atendendo a exigência do respeito a uma vida digna, de forma que os direitos fundamentais, em sentido material, são pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.³⁷

Tal irradiação que o princípio da dignidade humana produz, enquanto valor histórico e filosófico, resulta em sua vinculação essencial aos direitos fundamentais, e conduz ao significado de universalidade inerente a esse direito como ideal de um indivíduo.³⁸ Assim, torna-se inexorável a ligação entre a dignidade humana com os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à participação política, e aos direitos sociais, como saúde, educação, moradia, trabalho, sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.³⁹

Igualmente nessa linha, José Afonso da Silva aduz que os direitos fundamentais, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁴⁰ Desta feita, denota-se que tais direitos não são obras da natureza, mas fruto das necessidades humanas, norteados por uma existência digna, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fator social cambiante.

Não obstante, há que se ressaltar que o catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, de acordo com as exigências específicas de cada momento histórico, de forma que a classe dos direitos que são tidos por fundamentais não tende à homogeneidade,⁴¹ conforme se depreende de alguns dos modernos direitos da quarta e quinta geração que são ligados à tecnologia e à informação. Ante tal fato, aqui não se quer dizer que todo e qualquer direito fundamental apresenta um entrelaçamento intrínseco com o princípio da dignidade humana, pois se assim fosse, há que se concordar com Canotilho que tal concepção “expulsa do catálogo

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 237

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 562.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 237.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. *Ob. cit.*, p. 182.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 236.

material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana”.⁴²

Entretanto, é inegável a influência decisiva de tal princípio na formulação de quase todos os direitos fundamentais, notadamente em relação aos direitos sociais, cuja evolução e desenvolvimento tiveram o princípio da dignidade humana como norte interpretativo, a exemplo das paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal que envolveram cotas raciais (ADPF 186), união homo afetiva (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF), fornecimento gratuito de medicamentos (v.g. RE 393175/RS, Pet 1.246/SC, etc), dentre outras.

1.4.2 Os direitos sociais como normas de direito fundamental

Conforme salientado, os direitos sociais trazidos pelo modelo de Estado Social passaram a coexistir no âmbito constitucional com os clássicos direitos civis e políticos de origem liberal. Todavia, esses novos direitos possuem uma estrutura muito diferente dos já conhecidos direitos advindos do modelo Liberal, o que ainda causa alguma resistência quanto a sua aceitação como direitos fundamentais.

Quanto a essa diferença estrutural, Alexy assevera que, enquanto os direitos civis e políticos constituem direitos de defesa do cidadão contra o Estado, isto é, são direitos “negativos”, pois se tratam de abstenções, os direitos sociais constituem seu contraponto, pois gera o dever, como regra, a uma prestação “positiva” do Estado, ou seja, um direito a uma ação Estatal.⁴³ Ocorre que, são justamente nesses novos direitos que se baseia o Estado Social.

Não obstante, antes de se analisar as razões que conduzem os direitos sociais a se constituírem em direitos fundamentais, há que se verificar quais os requisitos para que um direito seja considerado como “fundamental”.

⁴² GOMES, CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 373.

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 433.

Na busca de um conceito de norma de direitos fundamentais, Alexy⁴⁴ encontrou um sistema compatível com a coerência do sistema jurídico Alemão, que a exemplo do nosso sistema constitucional, prevê em seu texto os direitos sociais.

Como premissa, e sob a ótica de uma *fundamentalidade formal*, o autor defende que normas de direito fundamental são aquelas expressas diretamente por enunciados da Constituição.⁴⁵

Todavia, prossegue o doutrinador alemão, alguns enunciados constitucionais possuem conceitos indeterminados, e poderia se indagar, se alguns deles expressariam normas de direito fundamentais. Para tanto, recorre-se à interpretação do Poder Judiciário, a fim de eliminar a indeterminação das normas, notadamente quando se tem de aplicá-las no caso concreto, o que acaba criando outras normas, que embora não sejam estabelecidas diretamente pela Constituição, são atribuídas à norma diretamente estabelecidas pela Constituição, o que justificaria chamá-las de “normas atribuídas”.

Desta feita, Alexy conclui que, as normas de direitos sociais serão tidas como fundamentais, caso estabelecidas diretamente pelo texto constitucional ou através das normas de direito fundamentais atribuídas pelo Poder Judiciário, por meio de interpretação da própria Lei Fundamental em um dado caso.

Por este prisma, tem-se que, se por um lado a elevação dos direitos sociais ao patamar constitucional se torna decisiva para a atribuição do caráter de fundamentalidade, por outro lado, torna-se necessário esclarecer qual o real significado dessa positivação, e como tais direitos podem modular o agir do Estado.

Para tanto, ao tratar da fundamentalidade dos direitos fundamentais, Alexy dispõe que o significado das normas de direitos fundamentais para um sistema jurídico é resultado da soma de dois fatores: da *fundamentalidade formal*, que decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, isto é, de inseri-los na Constituição, conforme já foi dito, mas também de sua *fundamentalidade substancial*, onde existem normas

⁴⁴ Idem, pp. 69/73.

⁴⁵ Idem, p. 69.

materiais inseridas na constituição que vinculam o legislador, e a partir das quais pode ser derivado o conteúdo de qualquer norma do sistema jurídico.⁴⁶ Assim, para um direito ser considerado fundamental e produzir efeitos deverá estar disposto na Constituição (fundamentalidade formal) e seu conteúdo deverá vincular o legislador, mesmo que indiretamente (fundamentalidade substancial).

Ainda sob essa concepção trazida por Alexy, se tomarmos como exemplo os casos extremos, em uma *constituição puramente formal*, os direitos fundamentais são previstos na Constituição, mas possuem uma influência apenas indireta no conteúdo daquilo que se torna direito positivo, de forma que esses direitos não teriam força vinculante em face do legislador, pois estes teriam a competência para restringi-los conforme sua vontade; por outro lado, em uma *constituição puramente substancial*, a constituição apresenta apenas normas materiais, de forma que vinculam o legislador, que se limita à meramente declarar aquilo que já foi determinado pela Constituição.⁴⁷

Sob essa perspectiva, chega-se a conclusão que para uma correta leitura dos direitos fundamentais em um determinado país, há que se debruçar, primeiramente, em uma teoria da Constituição, tendo em vista que ela que determinará a concepção do Estado, sua estrutura, quais serão os direitos fundamentais, e a extensão de seu conteúdo. Nestes termos, afirma Paulo Bonavides, *in verbis*:

“Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta por sua vez, a uma teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, sem a qual aquelas doutrinas em sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis.”⁴⁸

Portanto, a decisão tanto sobre a adoção do modelo Social de Estado, como a de se atribuir a fundamentalidade aos direitos sociais é de cunho político, pois caberá ao Constituinte elevar esses direitos ao grau constitucional (fundamentalidade formal), assim como atribuir seu respectivo conteúdo (fundamentalidade substancial).

⁴⁶ Idem, pp. 520/522.

⁴⁷ Idem, pp. 520/522.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 534

Por esse prisma, e tomando por base a nossa Constituição, denota-se que o Poder Constituinte Originário acabou por reconhecer a fundamentalidade formal dos direitos sociais ao inseri-los no corpo do texto da Constituição. Não obstante, e ainda para reforçar a tese da fundamentalidade dos direitos sociais, foi o próprio Constituinte que lhes atribuiu a condição de direitos fundamentais ao inseri-los, em sua maior parte, no Título II da Constituição da República, sob a rubrica dos “direitos e garantias fundamentais”, em que pese existirem outros espalhados na Carta, a exemplo daqueles constantes no Título VIII, relativos a “Ordem Social”, como o direito à saúde (arts. 196 a 200), o direito à educação (arts. 205 a 214), e o direito à cultura (arts. 215 e 216).

Quanto à fundamentalidade material dos direitos sociais, tem-se que seus componentes, a exemplo da Constituição Alemã, é formado pelas normas de direito fundamentais inseridas na Constituição, algumas expressas e outras em forma de princípios, assim como pelos dispositivos sobre os objetivos do Estado, de forma que possuem o condão de vincular o legislador, em maior ou menor grau, a depender da força normativa de cada norma.⁴⁹ Não obstante, aduz-se que, independentemente de sua localização, de seu conteúdo, se sediados no Título II da Constituição Federal (dos direitos e garantias fundamentais) ou em outras partes do texto, já de sua origem as normas de direitos sociais receberam, no momento do pacto constitucional fundante, a proteção e normatividade reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância dos bens jurídicos, e que se refletem no art. 3º, da Constituição Federal, que fixou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,⁵⁰ os quais necessitam, em regra, de um fazer e prestar do Estado para a sua consecução.⁵¹

Doravante, e nortado pela classificação constitucional em formal e material, constata-se do exame do nosso texto constitucional, que o Poder Constituinte atribuiu aos direitos sociais uma fundamentalidade de natureza híbrida, tanto pelo fato dos direitos fundamentais se

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 522.

⁵⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 30, 2009, p. 9.

encontrarem elencados na Constituição, como em razão deles expressarem um conteúdo que vincula o Estado em maior ou menor grau e que, em virtude de certas peculiaridades do direito constitucional nacional, poderá adquirir um feixe de posições que por vezes terá características tanto de direito de defesa como de direitos a uma prestação do Estado, os quais, estes últimos, constituem-se os direitos sociais por concepção.

1.4.3 Os direitos sociais como direitos a prestações

Conforme dito anteriormente, os direitos sociais se baseiam como regra a uma ação positiva do Estado, ou seja, é um direito a uma prestação estatal, o que é exatamente o oposto à concepção de direito de defesa, no qual se incluem os direitos civis e políticos originários do liberalismo, os quais pressupõe uma abstenção estatal.

Em razão desse conhecido conceito geral e abstrato, quando se fala em direitos sociais, de imediato se associa a ideia de um direito a uma prestação, e na maioria das vezes a expressão “direito a prestações” é ligada à noção de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de recursos suficiente e se houvesse no mercado uma oferta que atendesse à demanda,⁵² a exemplo do direito de uma criança ter acesso à educação fundamental ou a construção de um hospital para atender a demanda de enfermos de uma cidade, entretanto, isto representa apenas uma parte dos direitos a prestações.

Nesse sentido, destaca-se que a escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação pode se estender desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas, passando pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais, e alcança até prestações em dinheiro ou outros bens, razão pela qual, Alexy

⁵² ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 442.

concebeu a classificação dos direitos a prestações em: direitos a proteção, direitos a organização e procedimento, e direitos a prestação em sentido estrito.⁵³

Os direitos a prestação de proteção⁵⁴ são entendidos como os direitos constitucionais do titular de direitos fundamentais em face do estado a que este o proteja, por meio da configuração e aplicação da norma jurídica, contra intervenções de terceiros. Tais direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos, e são albergados por tudo aquilo que seja digno de proteção, a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais, como a liberdade, a família, o trabalho, mas que possuem como ponto em comum o fato de que são direitos subjetivos constitucionais a ações fáticas ou normativas em face do Estado, bem como a exigibilidade e realização de demarcação das esferas dos sujeitos de mesma hierarquia.

Não raras as vezes, os direitos a prestação de proteção são confundidos com os direitos de defesa, tendo em vista que ambos dizem respeito a uma defesa, de forma que cabe aqui, uma breve explanação sobre o núcleo básico que os diferencia. Neste cariz, cumpre-se esclarecer que, enquanto o direito de defesa é um direito em face do Estado, o direito a prestação de proteção é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham.⁵⁵ Assim, quando o Estado não cumpre de forma suficiente seu dever de proteção de uma pessoa ou grupo de pessoas contra terceiros, ocorre a violação de um direito fundamental.

Já os direitos a procedimentos⁵⁶ “podem ser tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto a direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais”. Desta forma, as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme os direitos fundamentais.

Sob tal prisma, o Tribunal Constitucional Federal alemão chegou a conclusão de que a todo direito fundamental são atribuídos direitos a procedimentos, já que precisamos de

⁵³ Idem, pp. 442/444.

⁵⁴ Idem, p. 450/451.

⁵⁵ Idem, p. 454.

⁵⁶ Idem, p. 474.

normas de procedimentos para assegurar o exercício de um direito fundamental,⁵⁷ por uma questão de consequência lógica.

Por fim, existem os direitos a prestação em sentido estrito, que são os direitos fundamentais sociais por excelência, onde se encaixa a concepção mais conhecida, e já mencionada, de que se trata de direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.⁵⁸ Alexy aduz ainda, que “quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a prestação em sentido estrito”.⁵⁹

Embora Alexy classifique, em essência, os direitos fundamentais sociais apenas como direitos a prestação em sentido estrito, tomando-se por base a Constituição da Alemanha, há que respeitar a vontade expressamente enunciada do nosso Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a um *direito a prestação em sentido estrito* na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de manifestas desigualdades fáticas, a fim de se assegurar um patamar mínimo de condições para uma vida digna.⁶⁰

Conforme esclarece Ingo Sarlet,⁶¹ a partir do exame dos direitos sociais esculpido em nossa Constituição, verifica-se que tais direitos abrangem tanto direitos a ações positivas quanto direitos a ações negativas. Neste ponto, e sob a perspectiva da classificação de Alexy, denota-se que a nossa Constituição adotou um modelo de direitos a prestação em sentido amplo, pois sob o manto dos direitos sociais se inserem direitos a proteção, direitos a organização e procedimento, e direitos a prestação em sentido estrito.

Ademais, e em razão da extensa temática de direitos fundamentais sociais trazida por nosso constituinte, percebe-se, também, que algumas disposições relativas a esses

⁵⁷ Idem, p. 476.

⁵⁸ Idem, p. 499.

⁵⁹ Idem, ibidem.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Ob. cit.*, p. 220.

⁶¹ Idem, p. 218.

direitos claramente possuem caráter negativo (defensivo), e não de prestação, a exemplo do direito de greve, e da liberdade de associação sindical, nos quais o Estado tem o dever de abstenção, isto é, de não interferir no exercício desses direitos. Tal perspectiva nos conduz ao que Alexy denomina de “direito fundamental completo”,⁶² o qual é o mais adequado ao nosso sistema de direitos fundamentais sociais, tendo em vista que um direito social na Constituição brasileira poderá ser constituído por um feixe de posições tanto de direitos negativos, quanto de direitos a prestação em sentido amplo, isto é, que envolvam proteção, procedimento e um direito a prestação a algo por parte do Estado (direito a prestação em sentido estrito).

Por esta perspectiva, um exemplo típico é o direito fundamental ao meio ambiente (que se não constitui um direito social em essência, assim o nosso constituinte o definiu ao inseri-lo no título sobre a *Ordem Social*), que possui essa característica de completude. Assim, a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente pode representar um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções ao meio ambiente (direito negativo, ou de defesa), um direito que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiro que sejam lesivas ao meio ambiente (direito de proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos), e um direito a que o próprio Estado tome alguma medida fática em favor do meio ambiente (direito a prestação em sentido estrito ou fática).⁶³

Todavia, desse caráter positivo dos direitos sociais questiona-se se, e em que medida, tais direitos são dotados de uma dimensão subjetiva, notadamente os direitos sociais em sentido estrito, tendo em vista que, além de trazerem em si uma exigência de uma ação estatal, possuem uma natureza notadamente principiológica.

1.4.4 Os direitos sociais como direitos subjetivos

⁶² ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 443.

⁶³ *Idem*, *ibidem*.

Segundo Canotilho⁶⁴ o problema atual dos “direitos sociais” ou dos direitos a prestações em sentido estrito está em “levarmos a sério” o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao meio ambiente. Ademais, o autor português aduz ainda, que independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjetivos onde falta a capacidade jurídica o poder para obter a sua efetivação fática, não podemos considerar como simples “aleluia jurídico”.

Neste sentido, tem-se que, na medida em que as normas disciplinadoras de direitos sociais determinam um agir abstrato do Estado para a efetivação espontânea desses direitos, por outro deve defluir um direito subjetivo do indivíduo à proteção, em maior ou menor grau, em decorrência de sua inobservância, razão pela qual, a questão da efetividade dos direitos sociais passa pela análise dessas nuances.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.⁶⁵

Todavia, e na linha argumentativa de Ingo Sarlet,⁶⁶ subsiste um grande problema no que concerne à uniformidade de pensamento acerca das normas de direitos subjetivos que gravitam em torno dos direitos sociais, e em grande parte, deve-se ao próprio objeto do direito fundamental subjetivo, que se vincula aos seguintes fatores: i) o espaço de liberdade da pessoa individual onde não se possui um plexo de garantias uniformizado; ii) há várias distinções quanto ao grau de exigibilidade desses direitos, mormente daqueles que preveem direitos sociais a prestações em sentido estrito; iii) a complexidade das posições jurídicas dos direitos fundamentais, que podem se constituir em direitos, liberdades, pretensões e poderes de natureza diversa e ainda dirigir-se a diferentes destinatários.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. *In: Temas de Direitos Fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 51.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 265.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. *Ob. cit.*, pp.152/153.

Em razão disso, parte da doutrina, infere pela impossibilidade de uma dimensão subjetiva aos direitos sociais que se traduzem em prestações estatais em sentido estrito, tendo em vista que os Poderes Públicos gozam de discricionariedade para escolher as diferentes formas de ação, de forma que não é apropriado lhes impor em *como* agir.⁶⁷ Nessa mesma linha de argumento, José Reinaldo Lima Lopes busca ressaltar a inexistência de um direito subjetivo, ao aduzir que tais direitos não correspondem a uma ação judicial, em virtude da ausência de uma tutela específica a esses direitos, na medida em que tais dispositivos são de caráter principiológico, de forma que não se detalha *como* tais direitos devem ser alcançados.⁶⁸ Desta forma, a discussão gira em torno sobre a obrigação ou vedação de se atribuir aos direitos a prestação em sentido estrito normas que garantam direitos fundamentais subjetivos.

Por oportuno, deve-se ressaltar que, a ausência de especificação de meios e instrumentos de implementação dos direitos sociais na Lei Fundamental (*como* agir), a fim de que se traduza em uma demanda a ser resistida, não retira o caráter subjetivo desses direitos, tendo em vista a opção do Constituinte Originário em prever os direitos sociais como fundamentais (fundamentalidade formal), atribuindo obrigações ao Estado e aos particulares (fundamentalidade substancial), os torna em direitos subjetivos, na medida em que as normas de caráter principiológicas passam a ser normas de direito fundamental atribuídas (densificação), através da prestação espontânea pelo Estado de ações específicas para fruição daqueles direitos, ou por meio da interpretação por parte do Poder Judiciário no caso concreto.

Dentro desta concepção, em um estudo sobre os direitos sociais, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “não faria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos”.⁶⁹ Não obstante, continua o autor, as normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais impõem ao exegeta a análise de quaisquer atos ou relações jurídicas, contenciosas ou não, o *dever jurídico* irrecusável de interpretá-las na mesma linha e direção estimativa, para que aponte o dispositivo

⁶⁷ Cf., MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, pp. 267/268.

⁶⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 14.

constitucional, de forma que se resulta claro que seria um equívoco supor que as normas ora cogitadas não investem em direitos de qualquer espécie.⁷⁰

Igualmente nessa linha, Sarlet⁷¹ observa que a prevalência deste aspecto subjetivo dos direitos sociais se sustenta em dois argumentos principais: a) o primeiro deles diz respeito à finalidade característica dos direitos fundamentais, que é de proteção do indivíduo; b) o segundo, relacionado com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, onde o autor ressalta que “o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo”, o que reduziria a norma constitucional em um nada jurídico. O autor fornece, ainda, mais um argumento: a relação dos direitos fundamentais sociais como o valor da autonomia individual, como uma das expressões da dignidade da pessoa humana.

Em razão dessa discussão, Alexy constrói um argumento, sob o ponto de vista teórico-estrutural, acerca dessas normas de direito fundamental constitucional, de forma que elas podem ser diferenciadas com base em três critérios: pode-se tratar de normas que garantam direitos *subjetivos* ou normas que apenas obriguem o Estado de forma *objetiva*; elas podem ser normas *vinculantes* ou *não vinculantes*, e neste último sentido elas seriam enunciados programáticos; e por fim, as que fundamentam direitos e *deveres definitivos* ou *prima facie*, isto é, regra ou princípios.⁷²

Não importando a configuração, Alexy ressalta que sempre existirá um dever de proteção que se tornará mais intenso em um direito subjetivo definitivo a prestação, isto é, no caso de regras expressas, e mais fraco no caso de um dever estatal objetivo, no caso de princípios que veiculam programas estatais,⁷³ os quais serão densificadas pelo Poder Judiciário no caso concreto, a fim de buscar sua efetiva realização.

Dessa forma, tem-se que se tais direitos sociais geram um dever para o Estado em sua dimensão objetiva que podem ser traduzidas em ações materiais para a satisfação desses

⁷⁰ Idem, p. 15.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., pp. 169/170.

⁷² ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 500.

⁷³ Idem, p. 501.

direitos, isto é, se é possível densificá-los, então resta claro que existe sim uma dimensão subjetiva.

Afirmadas tais premissas nessa primeira parte, verifica-se a necessidade de uma análise detida sobre os direitos fundamentais sociais incluídos na Constituição pátria, tendo em vista que, por vezes, eles assumem algumas posições que, a despeito de alguma correlata dimensão positiva ou prestacional, assumem a feição de típicos direitos de caráter negativo (defensivo), ou de prestação em sentido amplo, assim como existem regras expressas e princípios, o que refletirá sobre sua aplicabilidade e efetivação, em razão do conteúdo e alcance das normas veiculadas pelo nosso constituinte.

1.5 Os direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira

A ordem social adquiriu dimensão jurídica, a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente. No Brasil, o Estado Social se esboçou com a Revolução de 1930, a qual teve um sentido bastante refratário aos princípios liberais, o que impulsionou a Constituição de 1934, onde se marcou o início de uma fase em que se insere a penetração de princípios, até então ignorados pelo direito constitucional positivo do país, que consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, e ressaltavam o aspecto social,⁷⁴ tendência essa que se seguiu nas Constituições subsequentes.

Com efeito, a Constituição de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção dos direitos fundamentais, conforme se infere de seus princípios e fundamentos, em que se depreende a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado Social com o Estado de Direito, mediante a introdução de novas garantias constitucionais.⁷⁵

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 368.

⁷⁵ *Idem*, pp. 547/548.

Em razão disso, os direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro se tornaram objeto de um exame delicado e complexo já que não se limita aos moldes da concepção confinada aos valores do Estado liberal, de forma que aqueles direitos não se constituem unicamente *contra* o Estado, mas direitos *no* Estado.⁷⁶

Todavia, em que pese a evolução alcançada, em uma leitura atenta acerca dos direitos sociais inseridos em nosso texto Constitucional, e corroborando com Ingo Wolfgang Sarlet, o que se vê é um conjunto de direitos heterogêneos e abrangentes em que se tem “diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro)”.⁷⁷ Tal fato não retira a fundamentalidade dos direitos sociais e sua relevância, mas torna necessário um refinamento para sua compreensão e dimensionamento para a sua aplicação e efetivação.

1.5.1 Uma análise dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988

Segundo José Afonso da Silva, nas constituições pretéritas, os direitos sociais saíam do capítulo da “Ordem Social”, que sempre estivera misturada com a ordem econômica, entretanto, a atual Constituição, trouxe um capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II, do título II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a *Ordem Social* (título VIII).⁷⁸

Apesar da distância entre ambas as disposições, elas se encontram intimamente relacionadas, senão vejamos.

De acordo com o artigo 6º da Constituição da República “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência

⁷⁶ Idem, p. 534.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Ob. cit.*, p. 218.

⁷⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *Ob. cit.*, p. 288.

social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Todavia, em uma análise do texto constitucional, verifica-se que esses direitos sociais previstos no art. 6º caracterizam como o conteúdo da Ordem Social, do Título VIII, que se encontra a partir do art. 193, e que dispõe sobre saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura, desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, e meio ambiente.

Na opinião de José Afonso da Silva, cindindo-se a matéria, como se fez, o constituinte não atendeu aos melhores critérios metodológicos, mas dá ao jurista a possibilidade de extrair, de cada parte, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, de forma que tratou de lista-los no art. 6º, e deixando para tratar, no título relativo da *Ordem Social*, de seus mecanismos e aspectos organizacionais.⁷⁹

Ademais, observa-se que as críticas não se restringiram apenas ao distanciamento das retro citadas disposições, mas também, deram-se em relação ao próprio conteúdo de algumas matérias inseridas no título “Da Ordem Social”, e que não guardam, primariamente, uma relação com o aspecto social, a exemplo da ciência e da tecnologia. Esse vício de construção foi alvo de severas críticas por parte de Uadi Lammêgo Bulos, conforme se depreende de suas judiciosas considerações:

“A técnica utilizada pelo constituinte foi a de colocar dentro do rótulo genérico ‘Da Ordem Social’ várias matérias que, a rigor, não deveriam vir prescritas sob tal designação, porque nada têm de sociais. Misturaram assuntos que, rigorosamente, não se encaixam, porque nada têm de sociais. Ciência, tecnologia e meio ambiente, por exemplo, nada têm que ver com ordem social, salvo se tais expressões forem tomadas com bastante abrangência. O mesmo não se poderá fazer com o tema relativo aos índios, porque, nesse caso, será difícil empreender qualquer associação lógica com a ordem social”.⁸⁰

Feitas tais ressalvas, vejamos o que é possível extrair do texto constitucional no que tange aos direitos fundamentais sociais.

⁷⁹ Idem, p. 288.

⁸⁰ *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 1364.

1.5.2 Uma proposta de classificação dos direitos sociais na Constituição

Embora existam na doutrina constitucional brasileira diversas classificações dos direitos sociais, propor-se-á uma classificação com base no objeto tratado nas disposições constitucionais constantes do Capítulo II, que trata dos direitos sociais, norteadas pelos objetivos do presente trabalho.

Inicialmente, observa-se de plano, que o espectro do art. 6º é amplo e dotado de generalidade, e que as disposições ali expostas se encontram intrinsecamente ligadas com a razão de ser do próprio Estado Social, que irradiadas pelo princípio da dignidade humana, buscam uma aceitável condição de vida para a população. Por outro lado, verifica-se que as demais disposições do restante do capítulo são relativas aos direitos do trabalhador, e ainda, que seu substrato é retirado do próprio art. 6º, que já alçou o direito ao trabalho como um dos direitos sociais.

Diante disso, a partir da leitura do capítulo constitucional relativo aos direitos sociais, e com base nos arts. 6º a 11 que os compõe, propõe-se a divisão desses direitos em dois grupos distintos, a saber, dos *direitos sociais humanos* (art. 6º), e dos *direitos sociais dos trabalhadores* (arts. 7º a 11).

Ainda em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, podemos subdividi-los ainda, em direitos sociais individuais dos trabalhadores (art. 7º), e em direitos sociais coletivos dos trabalhadores (arts. 8º a 11).

Tomando-se por base, a classificação apresentada, torna-se importante uma análise quanto ao conteúdo das normas de cada grupo.

1.5.3 A estrutura material dos direitos sociais no Brasil

Em um cotejo realizado entre o grupo de *direitos sociais humanos* e dos *direitos sociais dos trabalhadores*, verifica-se que essa divisão proposta apresenta outra nuance de extrema relevância e que reforça a classificação aqui proposta, qual seja, uma diferença quanto a fundamentalidade material relativo à sua estrutura, pois o primeiro grupo é formado por princípios, enquanto o segundo é constituído basicamente por regras expressas.

De acordo com Alexy, essa distinção entre *regras* e *princípios* é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas relacionados aos efeitos desses direitos.⁸¹

Com efeito, existem diversos critérios para se distinguir regras de princípios, como o da determinabilidade dos casos de aplicação, do caráter explícito de seu conteúdo axiológico, da importância para a ordem jurídica, dentre outros.⁸² Em que pese a existência desses critérios, o mais utilizado é o que toma por base a *generalidade*, de forma que princípios seriam normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.⁸³ Tomando-se por base o critério comumente utilizado para a distinção entre regra e princípio, resta cristalina a diferença entre os dois grupos.

Em uma análise dos dispositivos contidos no grupo relativo aos direitos sociais dos trabalhadores (arts. 7º ao 11), denota-se que eles são compostos, em sua maioria, por regras expressas, e não por princípios, de forma que o grau de vinculação em relação ao legislador é de alto grau. Por este prisma, e sob a ótica da dimensão subjetiva sobre a estrutura desses direitos, alguns deles se constituem em normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos e possui uma proteção mais intensa, a exemplo da disposição que garante “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

⁸¹ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 85.

⁸² *Idem*, p. 88.

⁸³ *Idem*, p. 87/88.

Ademais, denota-se que os direitos sociais dos trabalhadores descritos naqueles dispositivos apontam para um modelo de “direito fundamental completo”, tendo em vista que ali se encontram uma miscelânea de direitos de feixes diversos, a exemplo do direito de greve (direito negativo, ou de defesa), proteção do salário contra retenção dolosa (direito de proteção), redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (direito a procedimento), e de proteção em face da automação (direito em sentido estrito).

Todavia, o mesmo não ocorre com as disposições relativas aos direitos sociais humanos dispostos no art. 6º que, em verdade, constitui-se à própria base do Estado Social e são direitos sociais em sentido estrito por essência. Não obstante, ainda que se faça uma leitura daquele dispositivo, à luz dos artigos que compõe o Título VIII, da Ordem Social, verifica-se o alto grau de generalidade daquelas normas, de forma que é marcante seu caráter principiológico, a exemplo do art. 196 em que se aduz que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”. Tal fato foi determinante para a baixa normatividade dos direitos sociais humanos, o que dificultou a efetiva materialização desses direitos.

Entretanto, o constitucionalismo moderno observou que essa baixa normatividade dos direitos sociais ligados a prestações se deveu aos resquícios do liberalismo, onde não se imaginava que normas constitucionais descritivas de atuação política fossem atraídas para o universo jurídico, tendo em vista que estas foram historicamente aneladas à atuação exclusiva do legislador e do administrador.

Desta forma, ao serem atraídas para o universo Constitucional brasileiro, formando-se a base da estrutura do nosso atual modelo de Estado Social, tais direitos passaram a ser pensados não apenas como princípios destituídos de qualquer efeito, mas como direitos onde se extraem normas dotadas de efetividade de onde se deflui direitos subjetivos, e é através de um estudo acerca de um regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é que conseguiremos a obtenção de sua máxima proteção, aplicabilidade e exigibilidade no atual cenário constitucional.

1.5.4 O regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais

Um dos principais problemas acerca da própria eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais é o de estabelecer, no âmbito do atual cenário constitucional brasileiro, e nos limites do nosso direito constitucional positivo, os contornos de seu respectivo regime jurídico-constitucional, o qual, além do que expressa e implicitamente foi estabelecido pelo Constituinte, tem sido objeto de fecundo e controverso debate doutrinário e jurisprudencial.⁸⁴

Se de um lado existem aqueles que lhes querem atribuir um regime jurídico mais débil em relação aos direitos sociais, por outro é preciso lembrar que os direitos fundamentais somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido, e assegurado, um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional nacional, a fim de atribuir-lhes não apenas um caráter formal, mas, sobretudo, substancial.⁸⁵

1.5.4.1 Direitos fundamentais sociais como garantias constitucionais qualificadas

Desde a Constituição republicana de 1891, as Constituições brasileiras sempre contiveram garantias constitucionais qualificadas ou de primeiro grau, as mais raras, assim como garantias constitucionais simples ou de segundo grau, as mais frequentes.⁸⁶

As garantias de primeiro grau são aquelas que privam o legislador constituinte derivado da faculdade de alterar cláusulas que o texto da lei maior rodeou de uma proteção de máxima intangibilidade, as quais não podem ser objeto de deliberação, ao contrário da garantia

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro *Ob. cit.*, p. 223.

⁸⁵ *Idem*, pp. 223/224.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 548.

constitucional simples ou de segundo grau, cuja limitação recai apenas sobre o legislador ordinário.⁸⁷

Com o neoconstitucionalismo, que conferiu um alto relevo aos direitos fundamentais, diversas constituições ao redor do globo passaram a blindar tais normas contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos poderes constituídos.⁸⁸ Premidos por esta tradição constitucional contemporânea, a Constituição Federal de 1988 inseriu os direitos fundamentais no rol das garantias constitucionais qualificadas, as quais restaram conhecidas como “cláusulas pétreas”, tornando-as limites materiais ao poder de reforma.⁸⁹

Assim, os direitos fundamentais na atual Constituição se constituem em “garantias constitucionais qualificadas” ou “cláusulas pétreas”, tendo em vista que não podem ser abolidas, tanto por via legislativa ordinária como pela via constituinte derivada, de forma que tais direitos se apresentam de forma tão rígidos que não consente sequer a possibilidade de que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a exclusão dos “direitos e garantias individuais”, conforme preconiza o art. 60, § 4, d.⁹⁰

Todavia, há quem diga que os direitos sociais não operam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, por não terem sido expressamente referidos no art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República.⁹¹ De fato, a partir de uma interpretação literal do retro citado dispositivo, apenas poderiam ser consideradas cláusulas pétreas aqueles direitos e garantias arrolados no art. 5º, na forma do capítulo I, do Título II, da Constituição. Por este prisma, a expressão “direitos e garantias individuais”, ali textualmente nomeada e gramaticalmente compreendida, exprimiria os limites teóricos, históricos e específicos tratados para traduzir na essência o breviário da escola liberal e sua versão de positivismo jurídico.⁹²

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, pp. 548/549.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Ob. cit.*, p. 224.

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 549.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Ob. cit.*, p. 224.

⁹² BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 652.

Entretanto, se tomarmos por base unicamente essa exegese de cunho estritamente literal, ter-se-ia que reconhecer que não apenas os direitos sociais (arts. 6º ao 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), bem como os direitos políticos (arts. 14 a 17, com exceção do direito a voto, já previsto no elenco IV, do § 4º, do art. 60) estariam todos excluídos da proteção conferida pelo art. 60, §4º, IV, da Constituição.⁹³ Aliás, por uma questão de coerência lógica dessa tese, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art. 5º não seriam merecedores daquela proteção, de forma que, por esse raciocínio, e a título de ilustração, apenas o mandado de segurança individual, mas não o coletivo, integraria as cláusulas pétreas.

Ainda sob outra linha argumentativa, existem aqueles que advogam que, ao dispor especificamente aos “direitos e garantias individuais”, o constituinte o fez com o intuito de restringir a condição de cláusula de eternidade aos “direitos e garantias individuais propriamente ditos”, na esteira da Lei Fundamental de Bonn e da Constituição Portuguesa (arts. 79, III e 290, respectivamente).⁹⁴ Assim, somente gozariam do status de cláusula pétrea as ditas “liberdades fundamentais”, isto é, os direitos civis e políticos e de titularidade individual. Todavia, a viabilidade dessa concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre direitos individuais e não individuais, mesmo porque, sob esta perspectiva, e conforme já mencionado, existem direitos individuais e de caráter defensivo que são considerados como direitos sociais, como o direito de greve e de liberdade de associação sindical, de forma que o substrato dessa tese nos conduz a elevar esses direitos sociais à condição de cláusulas pétreas.⁹⁵

Ademais, através de uma leitura sistêmica da Constituição da República, denota-se que os conteúdos introduzidos e positivados em grau máximo de intangibilidade no §4º, do art. 60, não criam uma categoria especial e distinta de garantias constitucionais, mas tem o condão de incorporar por inteiro a dimensão dos direitos fundamentais como um todo e dilata o

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Ob. cit.*, p. 227.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 21, out./dez. (1997), pp. 69/91.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Ob. cit.*, pp. 227/228.

seu sentido, de forma que o teor material dos direitos civis e políticos de primeira geração se estende por igual aos direitos sociais.⁹⁶

Ante tais razões, e somado ao fato que os direitos sociais são tão fundamentais quanto os direitos civis e políticos sob o aspecto da fundamentalidade formal e material, conforme já tratado, e ainda, à míngua de um regime jurídico diferenciado previsto na Constituição, que se traduz na inexistência de uma hierarquia jurídica ou axiológica entre direitos de defesa e prestacionais, não se torna possível excluir os direitos sociais das chamadas “cláusulas pétreas”.⁹⁷

Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição, inclusive aqueles que não integram o Título II, são, em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que de expressão coletiva, pois é o indivíduo que possui direito ao voto, à saúde, à assistência social, à aposentadoria, de forma que os direitos e garantias fundamentais referidos no art. 60, §4, IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais.⁹⁸

Outra não foi a conclusão de Paulo Bonavides que ressalta que, embora o retro citado dispositivo constitucional proteja “os direitos e garantias individuais”, tem-se que ele não se exaure por inteiro apenas a essa classe de direitos fundamentais, tendo em vista que se inserem nessa modalidade outras garantias esparsas na Constituição ou que conduz àquela cláusula.⁹⁹

Em que pese não existir posicionamento direto e expresso por parte do Supremo Tribunal Federal acerca da tese de que os direitos sociais são cláusulas pétreas, podemos extrair de seus julgados razões de decidir que apontem para esse entendimento, a exemplo da ADI 939-DF, ocasião em que aquela Corte declarou a inconstitucionalidade da EC n.º 03/93 com base em direito previsto fora do catálogo constitucional de direitos fundamentais (anterioridade tributária: art. 150, III, b, CF/88), evidenciando não adotar a tese que restringe o rol de cláusulas pétreas aos incisos do art. 5º, ou mesmo aos dispositivos constantes no Título II.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 656.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro *Ob. cit.*, p. 229.

⁹⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 549.

Naquele julgado, o Ministro Carlos Velloso considerou cláusulas pétreas os direitos de distintas “gerações”. Tal tese foi reafirmada em caso análogo pelo Supremo Tribunal Federal quando declarou a impossibilidade de supressão do § 6º, do art. 195, da Constituição da República, inserto no Título VIII que trata da *Ordem Social*, por se constituir cláusula pétrea, nos termos do §4º, IV, do art. 60, *in verbis*:

“Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) (arts. 84 e 85, acrescentados ao ADCT pelo art. 3º da EC 37, de 12-6-2002). Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, IV, do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto à proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado.” (ADI 2.666, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-10-2002, Plenário, DJ de 6-12-2002.) (grifei)

Desta forma, tem-se que o reconhecimento de um regime jurídico substancialmente uniforme para a totalidade dos direitos fundamentais revela que, entre nós, não há que se falar em um regime diferenciado entre os direitos sociais e os direitos civis e políticos, especialmente no que tange sua proteção, o que irá gerar efeitos acerca de sua aplicabilidade e eficácia.

1.5.4.2 A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais

Na esteira dos modernos sistemas jurídicos democráticos¹⁰⁰ em que se buscam evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador,¹⁰¹ previu-se em nossa Constituição a

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 251. Nesse sentido, aponta-se as Constituições da Alemanha (art. 1º, n. 3), Espanha (art. 33), e Portugal (art. 18), dentre outras, que preveem que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

¹⁰¹ *Idem*, p. 251.

aplicabilidade imediata e cogente dos direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, § 1º, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Essa preocupação liga-se à necessidade de superar, em definitivo, a concepção de um Estado meramente formal, onde os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que se expõem ao esvaziamento de seu conteúdo pela atuação ou inação do legislador.¹⁰²

Entretanto, há quem diga que as normas de direitos sociais não se encontram abrangidas pelo disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição, em razão de sua localização topográfica, de forma que a previsão acerca da aplicabilidade imediata se restringe aos direitos individuais e coletivos.¹⁰³

Com efeito, denota-se que o argumento da “localização topográfica” não corresponde sequer à expressão literal do dispositivo, tendo em vista que ele se utiliza a formulação genérica “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II da Constituição, revelando, portanto, que mesmo em se procedente uma interpretação restritiva, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Lei Fundamental.¹⁰⁴

Se optarmos por uma interpretação meramente literal, de plano, chegaríamos a conclusão de que o constituinte originário teria excluído não apenas os direitos sociais, mas também os direitos políticos e de nacionalidade do âmbito do art. 5º, § 1º. Nesse sentido, e na esteira de argumentação utilizada sobre quando falamos sobre as cláusulas pétreas, à falta de um regime jurídico constitucional diferenciado acerca dos direitos fundamentais na Constituição, a aplicabilidade imediata alcança não apenas as disposições contidas no Título II, mas também aquelas localizadas em outras partes do texto Constitucional.¹⁰⁵

¹⁰² Idem, *ibidem*.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Ob. cit.*, p. 224.

¹⁰⁴ Idem, pp. 224/225.

¹⁰⁵ Idem, p. 226.

Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, §1º, da Constituição da República, uma norma-princípio a qual estabelece uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia e exigibilidade possíveis aos direitos fundamentais, notadamente aos direitos sociais.¹⁰⁶

1.5.4.3 A exigibilidade e justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e as normas programáticas

Ainda que aqui se tenha sustentado que as normas de direitos sociais se constituam em cláusulas pétreas e são, em geral, dotadas de aplicabilidade imediata, tais fatos não são capazes de construir uma posição jurídica que determine os limites da vinculação dos órgãos estatais e mesmo dos particulares a esses direitos.

Todavia, e a título de premissa, antes de adentrarmos ao mérito da questão, consigna-se, desde logo, o alerta dado por Ingo Sarlet, em que há de se ter presente que a formulação textual escolhida pelo constituinte contribui para dificultar a análise, tendo em vista que os direitos sociais inseridos na nossa Lei Fundamental não constituem um conjunto homogêneo, o que impacta sobre a reflexão sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.¹⁰⁷

Conforme dito alhures, é certo que algumas normas de direitos fundamentais sociais, notadamente os direitos sociais dos trabalhadores, portam-se como regras, prevendo condutas determinadas a serem executadas pelos poderes públicos, de forma que sua exigibilidade e justiciabilidade não encontram resistência na doutrina e na jurisprudência. Entretanto, as normas veiculadoras dos direitos sociais humanos, têm manifesto caráter principiológico, e por isso, possui grande resistência quanto à sua exigibilidade, e por consequência, justiciabilidade.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 253.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Ob. cit.*, p. 233.

E justamente sob esta perspectiva, é que a tradicional doutrina afirma comumente que em vários casos da nossa Constituição, notadamente os direitos sociais humanos (direitos sociais em sentido estrito), consagram, ao invés de direitos, normas impositivas de programas, fins e tarefas sociais, mas não normas que definem direitos, o que poderia implicar uma normatividade diferenciada, e no caso, mais “fraca” ou mesmo destituída de qualquer efeito.¹⁰⁸

Embora existam na doutrina pátria diversos trabalhos sobre a eficácia dos direitos fundamentais, foi a classificação exposta por José Afonso da Silva¹⁰⁹ que se tornou a mais famosa, sendo, inclusive, a adotada pelo Supremo Tribunal Federal,¹¹⁰ conforme se depreende de seus julgados.

Segundo o autor, toda norma constitucional é dotada de eficácia, entretanto, o grau de sua eficácia e a respectiva aplicabilidade dependerão do seu enunciado. Sob tal concepção, ele classifica as normas constitucionais em: 1) de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata; 2) de eficácia contida e aplicabilidade imediata, que correspondem às normas que tem aplicabilidade direta e imediata, mas que preveem a possibilidade de normas infraconstitucionais reduzirem a sua abrangência; e, por fim, 3) de eficácia limitada ou reduzida, que são as normas que não possuem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional para que se determine sua normatividade. Ainda quanto a categoria das normas de eficácia limitada ou reduzida, divide-se ainda em dois grandes grupos, quais sejam, as normas de princípio institutivo e normas de princípios programático, as quais se enquadram os direitos a prestação em sentido estrito, a exemplo dos direitos previstos no art. 6º, da Constituição.

Assim, de acordo com o escólio de José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade apenas indireta, por depender de norma infraconstitucional integradora.¹¹¹ Não obstante, o autor aduz que, em que pese tal fato, tais normas produzem um

¹⁰⁸ Idem, p. 233.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ob. cit., p. 184.

¹¹⁰ Cf. RT 723/231.

¹¹¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ob. cit., p. 184.

mínimo efeito, entretanto, a eficácia possui apenas um caráter negativo, a qual deflui efeitos mínimos, a saber:

“I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.”¹¹²

Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos¹¹³ assevera que os direitos sociais prestacionais são normas programáticas que não contemplam interesses ou direitos regulados em si, mas, apenas metas e escopos a serem seguidos pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma que defende que aquelas normas possuem eficácia jurídica, mas que não são dotadas de efetividade, e aponta efeitos congêneres aos traçados por José Afonso da Silva.

Assim, a questão central quando se fala da exigibilidade dos direitos sociais em sentido estrito, descritos no art. 6º, é saber se é possível extrair dessas normas, as quais a tradicional doutrina chama de normas programáticas, um direito de aplicabilidade imediata com uma dimensão subjetiva individual a prestações estatais.

Em um conhecido ensaio, Eros Roberto Grau tece severas críticas em relação a classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva. De acordo com o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirmar que determinadas normas constitucionais têm sua eficácia dependente da edição de normas pelo legislador ordinário equivaleria a uma “revogação de fato”, sempre que o legislador se omitisse no seu dever de concretizar a norma constitucional. Ademais, continua o autor, tal fato teria o condão de inverter a hierarquia das normas jurídicas, na medida em que uma lei ordinária acabaria por se sobrepor a uma norma constitucional. Nestas condições, Eros Grau defende que as normas de direitos sociais, ainda que prevejam a possibilidade de integração do seu conteúdo por legislação ordinária, não dependem

¹¹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 164

¹¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Ob. cit.*, p. 479.

desta para sua interpretação e aplicação, gerando verdadeiros direitos subjetivos aos seus titulares.¹¹⁴

Defendendo a aplicabilidade imediata, e a existência de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais a prestações, Ingo Sarlet¹¹⁵ aduz que esses direitos são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo, justamente em razão disto, direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º de nossa Constituição. Não obstante, ressalta Sarlet, a exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

Nessa mesma esteira de entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que as normas jurídicas constitucionais não são conselhos, opiniões ou sugestões, mas se tratam de determinações, cujo traço característico é o da obrigatoriedade de condutas.¹¹⁶ Bandeira de Mello ressalta ainda, que, por força dos enunciados das normas de direitos sociais a prestações, a Administração, ao agir, terá de comportar-se em sintonia com as diretrizes destes preceitos e o Poder Judiciário, ao decidir sobre qualquer relação jurídica, haverá de ter presentes estes vetores constitucionais como fator de inteligência e interpretação jurídica *sub judice*.¹¹⁷

Destarte, se as normas de direitos fundamentais a prestações sob o aspecto objetivo obriga o Estado a implementar espontaneamente os direitos sociais, sob o aspecto subjetivo gera ao indivíduo a possibilidade de obter, por meio das prestações jurisdicionais, a “interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985, p. 40/43.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., pp. 280/281.

¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 11.

¹¹⁷ Idem, p. 25.

sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras”,¹¹⁸ a fim de que se possa densificar tais direitos no caso concreto.

Diante de tal concepção, Alexy afirma que os direitos a prestações, na forma de direitos fundamentais sociais, sob o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.¹¹⁹ Assim, defendendo a eficácia plena dessas normas, o autor alemão afirma que, o fato de os direitos fundamentais sociais dependerem de uma configuração infraconstitucional não se constitui em uma razão decisiva contra sua justiciabilidade, tendo em vista que o poder judiciário não é, de modo algum, impotente em face do legislador omissis, e “se um direito existe, ele é justiciável”.¹²⁰

¹¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 512.

¹²⁰ Idem, p. 514.

Capítulo 2 O Controle Judicial de Políticas Públicas Sociais: uma reanálise do direito processual no atual Estado Social

2.1 A justiciabilidade dos direitos sociais e das políticas públicas no Brasil

Imbuído pelo movimento neoconstitucional, a Constituição de 1988 rompeu com o modelo de Estado Liberal e adotou o Estado Social, cuja centralidade dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, tornou-se o vetor de agir do Estado e a sua própria razão de ser, na medida em que se busca agora, não apenas uma igualdade formal, mas uma igualdade material entre os componentes do corpo social.¹²¹

O ímpeto pela realização do Estado Social e promoção da justiça social no Brasil fez com que tal tarefa ocupasse boa parte dos objetivos da república, e trouxesse para a nossa atual Constituição um conjunto bem diversificado de direitos sociais que, dada a sua completude, traduziu-se em um “direito fundamental completo”,¹²² na medida em que são constituídos por um feixe de posições tanto de direitos negativos como de direitos positivos, pois preveem não apenas direitos de defesa, mas também disposições de direitos a prestação em sentido amplo, que se traduziram em normas de direitos a proteção, direitos a procedimentos, e direitos a prestação em sentido estrito que são, por excelência, os típicos direitos fundamentais sociais.

Com efeito, e conforme já exposto, em uma análise do nosso texto constitucional, denota-se que os típicos direitos a prestação em sentido estrito, que se refletem, notadamente, no artigo 6º, possui nitidamente um caráter principiológico, os quais o Constituinte originário buscou mecanismos e meios de sua organização no longínquo Título VIII da nossa Lei Fundamental, sob a rubrica “Da Ordem Social”.¹²³ Ao assim fazer, o legislador constitucional

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 30, 2009, p. 8.

¹²² *Vide, supra*, Capítulo 1, subitem 1.5.3.

¹²³ *Vide, supra*, Capítulo 1, subitem 1.5.2.2.

acabou por institucionalizar programas de atuação estatal, a fim de direcionar a conduta dos órgãos do Estado para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais.¹²⁴

Desta forma, ao passo que os direitos sociais foram politicamente garantidos, mediante declaração expressa dos bens jurídicos que protegiam, verifica-se, igualmente, o estabelecimento de mecanismos formais de implementação desses direitos.¹²⁵ Nasceram em nosso direito constitucional as normas de princípios programáticos,¹²⁶ as quais dispõem sobre os fins sociais almejados, através de proposições diretivas observáveis e projeções de comportamento e efetivação progressiva inserto no universo de possibilidades do Estado, e da sociedade.¹²⁷

Tais normas programáticas se constituem o objeto das ações políticas do Estado, que restaram conhecidas como políticas públicas, e são direcionadas pelos núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais humanos descritos no art. 6º da Constituição da República.¹²⁸ Nesse diapasão, em razão do comando constitucional, impôs-se ao Estado a promoção e a concretização dos direitos sociais humanos, notadamente através de políticas públicas, cuja elaboração e efetivação estão aneladas a atuação proativa dos Poderes Executivo e Legislativo.¹²⁹

Todavia, ainda como resquício de uma Constituição liberal originária de um regime de exceção, cuja preocupação com o social não passava de repositórios de promessas vagas, observou-se, de início, um ciclo de baixa normatividade dessas normas de cunho programático que veiculavam os direitos sociais humanos.¹³⁰

Em razão disso, e tendo em vista os graves problemas sociais do país, houve uma preocupação crescente da doutrina e da jurisprudência acerca da falta de eficácia e efetividade dessas normas. Tal quadro de pouca efetividade das normas veiculadoras dos direitos

¹²⁴ CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

¹²⁵ Idem, *ibidem*.

¹²⁶ *Vide, supra*, capítulo 1, subitem 1.5.4.3.

¹²⁷ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 19, vol. 77, out./dez. 2011, p. 4

¹²⁸ CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 81.

¹²⁹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2012, p. 86.

¹³⁰ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Ob. cit.*, p. 3.

sociais humanos foi se transformando gradativamente, a partir da percepção de que a constitucionalização desses direitos, mesmo que sob a forma de princípios de cunho programático, é fator suficiente para concebê-los como direitos subjetivos, dotados de eficácia plena, aplicabilidade imediata, e, portanto, exigíveis, e se são exigíveis eles são justiciáveis.¹³¹

Desta forma, houve o deslocamento do eixo da questão, que antes gravitava em torno da aptidão para a produção de efeitos jurídicos, e agora passa a orbitar sobre quais efeitos jurídicos podem ser produzidos, de forma a identificar as posições jurídicas que seus titulares estão investidos.¹³²

Ocorre que, na medida em que o neoconstitucionalismo conformou o Estado Democrático e Social dando aos princípios que veiculam direitos fundamentais sociais força de normas jurídicas (por terem uma dimensão subjetiva, eficácia plena e aplicabilidade imediata, e exigibilidade)¹³³, tal fato acaba por gerar consequências sobre todo o ordenamento jurídico, notadamente o processual, que é compelido a dar concretude e efetividade a esses direitos. Assim, sob essa perspectiva neoconstitucional, todas as normas constitucionais, inclusive aquelas que apenas proclamam objetivos políticos irradiam efeitos para fins de concretização judicial das promessas civilizatórias expressas pelo constituinte.¹³⁴

Ante tais fatos, o nosso modelo de Estado Social teve de aprofundar sua relação com o processo judicial, como instrumento de sua própria realização, tendo em vista a necessidade de se atender às necessidades de todas essas dimensões dos direitos fundamentais que o caracterizam. Nesta esteira, o processo judicial atua como “espaço vocacionado para a solução e composição do dissenso natural à democracia e ao nosso modelo de Estado, que agasalha, constringendo ao diálogo e impedindo (na medida do possível) a ruptura do tecido social”.¹³⁵

Desta feita, inevitavelmente, o Poder Judiciário passou a ser demandado a decidir sobre a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das demais formas de expressão

¹³¹ *Vide, supra*, capítulo 1, subitem 1.5.4.

¹³² MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Ob. cit.*, p. 3.

¹³³ *Vide, supra*, capítulo 1, subitem 1.5.4.3.

¹³⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Ob. cit.*, p. 169.

¹³⁵ ZANETI JR., Hermes. *Ob. cit.*, pp. 6/7.

do poder estatal para a concreção dos direitos sociais humanos,¹³⁶ de forma que, a partir do momento em que passou a exercer o controle de constitucionalidade das ações do Estado, tornou-se um ator fundamental para a efetivação das políticas públicas, na medida em que o *judicial review* se apresenta como uma das pontes que viabiliza a reforma do material jurídico existente, a fim de adequá-lo aos requisitos de uma justiça substantiva.¹³⁷

Portanto, o Poder Judiciário passou a se envolver na política com o dever de entregar um direito, uma liberdade positiva que tivesse ou não sido prevista pelo Legislativo ou que tivesse sido tolhida pelo Executivo. A própria política passou a fazer parte da jurisdição, ocorrendo, assim, a judicialização da política, e não a politização da jurisdição (como ocorreu no passado), de maneira que, na prática, o Judiciário incorporou as determinações estatais e se viu vinculado constitucionalmente a agir via decisões estruturadas por princípios e diretrizes sociais.¹³⁸

Com isso não se quer dizer que por intermédio das decisões judiciais se conseguirá mudar a realidade social e econômica do nosso país, tampouco elas solucionarão os problemas de redistribuição da riqueza e de renda, o que é próprio das políticas públicas a serem desenvolvidas com esse escopo pelo Estado.¹³⁹ No entanto, a recusa injustificada de fornecer uma prestação estatal vinculada a um direito social, bem como a omissão na adoção de medidas de garantias de tais direitos constituem formas de arbitrariedade de exercício do poder público ou de negligência estatal devendo, pois, ser rejeitadas e superadas mediante o arsenal de instrumentos e ações judiciais e administrativas disponíveis.¹⁴⁰

Assim, o Poder Judiciário deverá legitimamente intervir quando requeridos, seja porque instituições estatais ou privadas se negam arbitrariamente ou ilegalmente a proporcionar as prestações devidas ou, além disso, que o Estado venha a retroceder injustificadamente no âmbito de proteção e concretização dos direitos sociais humanos ao violar

¹³⁶ CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 80.

¹³⁷ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Ob. cit.*, p. 168.

¹³⁸ RACY, Vivien. A função do Poder Judiciário do Estado Contemporâneo. *Revista USCS – Direito – ano XI, nº 19 – jul/dez – 2010*, p. 36.

¹³⁹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 1, jan./jun. 2012, p. 86.

¹⁴⁰ *Idem*, *ibidem*.

o princípio da proibição do retrocesso social (princípio da progressividade) e irreversibilidade dos direitos humanos de cunho social.¹⁴¹

Por esta concepção, tem-se, que o Poder Judiciário possui uma atribuição constitucional apenas residual em matéria de políticas públicas, isto é, não poderá intervir indistintamente nessas ações desenvolvidas pelos demais poderes, mas somente em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais.¹⁴²

Ocorre que, enquanto as atividades de programação e execução das finalidades do Estado permaneceram sob o enfoque exclusivamente político, isto é, no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, nenhuma crise foi instaurada na seara do controle de constitucionalidade.¹⁴³ Todavia, a assunção do Poder Judiciário no cenário das políticas públicas fomentaram críticas e teses contrárias quanto à justiciabilidade das políticas públicas que buscam a concreção dos direitos sociais humanos.

Nesse cenário, uma análise sobre as críticas mais comuns sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e de suas políticas públicas para a promoção daqueles direitos, nos conduzem a reafirmar a importância do Poder Judiciário como um ator decisivo nas ações do Estado.

2.1.2 Críticas à justiciabilidade dos direitos sociais e das políticas públicas

A crítica mais usual, e de cunho liberal, que se faz é que a justiciabilidade desses direitos ofende o princípio da separação dos poderes.¹⁴⁴ Destarte, argumenta-se que se tais direitos são passíveis de judicialização, haverá o deslocamento da competência parlamentar para

¹⁴¹ Idem, p. 86.

¹⁴² CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 148.

¹⁴³ Idem, p. 80.

¹⁴⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *IN: SOUZA NETO, C.; SARMENTO, D. (coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519.

a competência do Poder Judiciário,¹⁴⁵ especialmente no que tange a execução de políticas públicas, gerando um “governo de juízes”, e não um “governo de leis”, conforme deve ser um Estado de Direito.¹⁴⁶

Por esta concepção, e nos moldes da época do modelo de Estado liberal, o judiciário deveria apenas aplicar as normas legais que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado não lhe cabendo a execução de políticas públicas.¹⁴⁷

Todavia, tal argumento não se sustenta na maioria dos países, inclusive no Brasil, por se fundamentar em um modelo de Estado que se baseia em uma separação estanque de poderes, e não no sistema de freios e contrapesos o qual adotamos, e que envolve limitações recíprocas entre os poderes, assim como prevê a possibilidade do exercício de competências que tipicamente caberiam a outro,¹⁴⁸ com o fim de dar efetividade as disposições constitucionais. É a independência e interdependência dos poderes do Estado.

Nessa linha de entendimento José Afonso da Silva ressalta que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas.¹⁴⁹ Ainda segundo o autor, existem interferências, por meio do sistema de freios e contrapesos, que busca o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e é indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.¹⁵⁰

Ademais, essa visão ortodoxa da separação dos poderes perde o sentido quando se adota como marco teórico a insuficiência da via parlamentar como ligação entre os cidadãos e o poder, considerando a democracia representativa como sazonal e lhe opondo, via jurisdição constitucional, uma forma de democracia contínua.¹⁵¹ Assim, na medida em que a lei não passa mais pela vontade dos eleitos, mas da Constituição tal como interpretada pelos tribunais, os

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 507.

¹⁴⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ob. cit.*, p. 519.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 520.

¹⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ob. cit.*, p. 520.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso. *Ob. Cit.*, p. 114.

¹⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

¹⁵¹ PAIVA, Paulo. Juristocracia?. In: FELLET, A., DE PAULA, D., NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 516.

cidadãos têm nas cortes um instrumento permanente para controlar, entre duas eleições, o trabalho legislativo de seus representantes (democracia contínua).¹⁵²

Nesse turno, é incabível, por meio da simples referência à separação dos poderes, deslegitimar as garantias fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, conforme aqui já se ressaltou, na medida em que tais direitos foram elevados à hierarquia constitucional e o Judiciário passou a exercer o controle de constitucionalidade, passou a ser um Poder capaz de influenciar nas ações de Estado, ainda que de forma residual, a fim de corrigir e realinhar as políticas públicas deficientes.

Outra crítica comumente usada em face da justiciabilidade dos direitos sociais, diz respeito ao fato de ser antidemocrática por ser conduzida por agentes que não passaram pelo crivo popular.¹⁵³

Indubitavelmente, a concepção formal de direitos fundamentais expressas por uma Constituição de índole social como a nossa, nos conduz ao problema central dos direitos fundamentais em um Estado Democrático, pois tais normas de gênese constitucional definem o que legislador legitimado democraticamente pode e aquilo que ele não pode decidir.¹⁵⁴

Tal discussão ganhou força e extensão, a partir do momento em que a expansão do Poder Judiciário levou para as cortes matérias com relevante conteúdo político, e que acabam por receber sua conformação normativa original ou definitiva, não dos órgãos político-majoritários, mas dos tribunais.¹⁵⁵ As decisões prolatadas, por meio do controle de constitucionalidade, não raro, definem a extensão e o quociente de mutabilidade das garantias constitucionais fundamentais, em termos contrários à vontade da maioria política organizada.¹⁵⁶

Tais decisões consubstanciam momentos extremos de tensão entre democracia e jurisdição constitucional e alimentam a dúvida se a forma de governo democrática está sendo

¹⁵² ROUSSEAU, Dominique. Apud PAIVA, Paulo. *Ob. cit.*, p. 516.

¹⁵³ SOUZA NETO. Cláudio Pereira. *Ob. cit.*, p. 522.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 447.

¹⁵⁵ PAIVA, Paulo. *Ob. cit.*, p. 503.

¹⁵⁶ Idem, p. 504.

substituída por uma “juristocracia”, que tem como base um constitucionalismo rígido e contramajoritário.¹⁵⁷

Sob esta perspectiva, é inegável a existência de uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais, que é o resultado do problema de divisão de competências entre o legislador com competência direta e responsabilidade de dar concreção aos direitos fundamentais sociais e o judiciário que é apenas indiretamente legitimado democraticamente.¹⁵⁸

Ocorre que, o constitucionalismo moderno concebeu a Constituição como um documento que retira da órbita política ordinária um conjunto de decisões tomadas em caráter definitivo pelo constituinte originário, contra a qual as eventuais maiorias legislativas não poderão se insurgir o que, por si, explica as linhas gerais com os quais foi estruturada a jurisdição constitucional: o controle judicial expressa, evidentemente, uma forma de desconfiança em relação ao legislador.¹⁵⁹

Por este prisma, tem-se que a alocação dos direitos sociais como direitos fundamentais expressos na Constituição, e seu conteúdo substancial, é resultado de uma decisão do constituinte que erigiu tais disposições ao ápice do regramento do ordenamento jurídico em uma clara superação do legalismo e da proeminência política do legislativo. Ante tal fato, conforme assevera Alexy, os “direitos as prestações, na forma de direitos fundamentais sociais, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”, por ser uma questão de “sopesamento de princípios”.¹⁶⁰

Ademais, denota-se no atual contexto político a concessão progressiva de competências decisórias a órgãos não eletivos, sob o argumento de que são mais aptos para tomar decisões racionais e informadas, conforme se verifica, por exemplo, na transferência de competências para agências reguladoras antes conferidas ao legislador.¹⁶¹

¹⁵⁷ Idem, p. 508.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 447.

¹⁵⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁰ Idem, pp. 511/512.

¹⁶¹ SOUZA NETO. Cláudio Pereira. *Ob. cit.*, pp. 522/523.

Não obstante, esclarece-se que é sob a égide de um regime democrático que se permite a qualquer cidadão pleitear um direito fundamental social violado por outros Poderes constituídos, obrigando os responsáveis pelas políticas públicas sociais do Estado a se justificarem publicamente.

Por fim, conforme destaca Alexy, se tais argumentos forem procedentes, existirá a aceitação de atos inconstitucionais ofensivos aos direitos fundamentais sociais.¹⁶² Portanto, arremata o autor, “se um direito existe, ele é justiciável”.¹⁶³

2.2 O controle judicial sobre os direitos sociais e das políticas públicas e sua dimensão bifásica

De início, é importante repisar que o Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional apenas residual em matéria de políticas públicas, não podendo intervir indistintamente nas políticas desenvolvidas pelos demais poderes. Assim, somente em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos de irradiação dos direitos fundamentais é que o Poder Judiciário poderá intervir nessas ações do Estado, com o fim de correção ou realimento dessas políticas, tendo-se os direitos fundamentais sociais como o próprio objeto da ação.¹⁶⁴

Tal fato, como já foi dito, fez com que o nosso Estado Social tivesse que se aprofundar sua relação com o processo judicial, como instrumento de sua própria realização. Nessa medida, a processualização dos direitos sociais e das políticas públicas vem se tornando um “trunfo” na fruição dos direitos sociais por todos os cidadãos, pois, se assim não fosse, muitos indivíduos se veriam alijados de seus direitos fundamentais.¹⁶⁵

¹⁶² ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 509.

¹⁶³ *Idem*, p. 514.

¹⁶⁴ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 148.

¹⁶⁵ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 252.

Não obstante tal fato, há que se estabelecer que a aceitação do controle judicial de políticas públicas não pode obscurecer os limites da atuação do Poder Judiciário, tendo em vista a incapacidade daquele poder em planejar com precisão políticas públicas e antever seus impactos decisórios sobre outras ações prioritárias do Estado.¹⁶⁶

Desta forma, a partir da percepção de que a judicialização das políticas públicas transcende a tradicional função do nosso sistema processual civil que se restringe, notadamente, na busca de resolução de questões privatísticas, a análise dessas demandas que tratem de direitos sociais que irradiem efeitos coletivos devem receber um novo dimensionamento, e serem analisadas a partir de um processo constitucional democrático que permita a fruição dos direitos fundamentais, mas que não precipite um desequilíbrio nas ações políticas dos outros poderes.

Esta atuação processual, para além de uma aposta em uma proposta ativista da magistratura de imposição coercitiva e consequencialista de comandos geradores de impactos orçamentários e consequências nefastas pelo Poder Judiciário, deve-se dar por meio de uma abordagem processual policêntrica com ampla participação dos interessados com um contraditório dinâmico para a obtenção de decisões mais legítimas e eficientes redesenhando um novo papel para o processo e para a própria jurisdição.¹⁶⁷

Portanto, embora se reconheça a centralidade que os direitos sociais humanos adquiriram em nosso sistema constitucional, a atuação do Poder Judiciário não poderá se dar de forma livre, isolada e desvinculada de quaisquer parâmetros.

Assim, faz-se necessário uma análise acerca do controle judicial sobre os direitos sociais e das políticas públicas que versem sobre esses direitos, norteando-se pela busca de uma harmonia entre os poderes constituídos dentro do processo judicial, assim como o fomento de um diálogo democrático entre os atores envolvidos nessas políticas, pois, ao contrário das demandas puramente privadas em nosso direito, quando se trata de direitos fundamentais sociais, o que se deve alcançar é sua efetivação em seu núcleo essencial, através de sua densificação no caso concreto, mas sem prejudicar outros programas prioritários do Estado.

Por esse prisma, e se tendo como premissa que os direitos sociais humanos se constituem no próprio objeto da ação, após seu regular ajuizamento, o Poder Judiciário deverá

¹⁶⁶ Idem, p. 68.

¹⁶⁷ Idem, p. 254.

realizar duas análises distintas, que podemos dividir em: a) fase declaratória do direito fundamental violado; e b) fase de cumprimento da sentença.¹⁶⁸

2.2.1 O processo de conhecimento: a fase de declaração do direito fundamental violado e os limites de cognição do Poder Judiciário

Na primeira fase, objetiva-se evidenciar o fato da existência ou não de lesão ou ameaça de lesão e declarar por meio de provimento jurisdicional.¹⁶⁹

Não obstante, antes de adentrar-se à análise da dimensão cognitiva das ações judiciais que versem sobre direitos sociais humanos, algumas premissas se mostram relevantes, notadamente em relação à necessidade de flexibilização de clássicos institutos de processo civil, a fim de viabilizar o atendimento das demandas que versem sobre aqueles direitos.

Tal medida se mostra necessária, tendo em vista o nosso tradicional processo civil idealizado para dimensionar conflitos privados e individuais (prioritariamente questões envolvendo propriedade, contrato, família e sucessões: a denominada litigiosidade individual) não consegue alcançar o grau de complexidade e impacto de todas as ordens que envolvem demandas que versem sobre políticas públicas.¹⁷⁰

Devemos suplantar o discurso mais corrente da processualista brasileira, ainda estagnado na década de 1970, quando da ocorrência do monumental projeto de *Firenze* de acesso à justiça (capitaneado por Cappeletti),¹⁷¹ que apesar de sua indiscutível importância naquela época, já se encontra defasado pelas décadas de avanços dos direitos fundamentais e da dinâmica da vida em sociedade que exige soluções que envolvem várias disciplinas além da ciência jurídica como a gerencial, econômica e financeira, bem como de conhecimentos técnicos específicos que ladeiam os direitos sociais.

¹⁶⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 148.

¹⁶⁹ *Idem*, pp. 148/149.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. *Ob. cit.*, p. 255.

¹⁷¹ *Idem*, p. 257.

Nesse contexto, o processo judicial deve ser analisado a partir da Constituição e como fenômeno panorâmico e complexo. É necessário perceber os impactos das concepções dinâmicas dos direitos fundamentais para o direito processual, de modo a permitir a obtenção de resultados eficientes e legítimos para uma população que clama por um real e efetivo acesso à justiça revigorado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático.¹⁷²

Tal postura que aqui se defende afasta uma análise pontual de institutos e técnicas processuais aneladas a uma visão atomizada dos procedimentos judiciais, e busca promover uma valorização da análise do panorama macroestrutural estatal e jurídico na busca de soluções que sejam dotadas de efetividade e consentâneas com os avanços dos direitos ocorridos entre nós depois da Constituição de 1988, razão pela qual o presente trabalho busca uma reanálise desses direitos tanto sob o ponto de vista material (vide capítulo 1), bem pelo aspecto processual.

É partir desses pressupostos que se deve tematizar e entender o processualismo constitucional democrático como uma concepção que busca a democratização processual civil com o necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, a partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras de decisões.¹⁷³

2.2.1.1 As políticas públicas e as ações coletivas: um juízo de adequação

Os direitos sociais humanos amparam os bens da vida que, por sua dimensão social, constituem em grandes temas políticos nacionais, tais como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, dentre outros, de forma que sua magnitude e essencialidade à vida em sociedade são objetos de contínuas políticas públicas do Estado.¹⁷⁴

Ocorre que, ante o grande espectro dos direitos sociais humanos que foram dispostos na Constituição aliados aos graves problemas sociais que ainda assolam o país, as

¹⁷² Idem, p. 258.

¹⁷³ Idem, Ibidem.

¹⁷⁴ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 151.

políticas públicas empreendidas pelo Estado são capazes de disponibilizar apenas parte dos serviços necessários à população, de forma que se torna inegável o impacto à coletividade pela parte não realizada. Nesse contexto, chega-se a conclusão que tais direitos que se visam tutelar não pertencem exclusivamente a um patrimônio jurídico determinado, mas ao da sociedade como um todo, de forma que é apropriado incluí-los na categoria de direitos transindividuais.¹⁷⁵

Todavia, o processo civil brasileiro tem a ação individual como centro e base de todo o sistema, onde somente o titular do direito é permitido pleitear seu cumprimento por via da ação (art. 6º do Código de Processo Civil),¹⁷⁶ o que dificulta de sobremaneira a veiculação de demandas que versem sobre direitos sociais de índole coletiva pela tradicional sistemática processual. Noutro turno, o reconhecimento progressivo de que o direito tende à universalização, e que o Estado passa a interferir na regulação das relações entre os indivíduos, valorizando a preocupação social e, como decorrência, abandonando as soluções marcadamente privatistas herdadas do direito romano,¹⁷⁷ fez com que se repensasse o próprio papel do direito processual para efetivação desses novos direitos.

Essa mudança de visão levou à percepção dos defeitos, dificuldades e limites de aplicação de determinados dogmas processuais às situações de direitos com titulares indeterminados e de “litigiosidade de massa”, notadamente àquelas em que apenas um legitimado move ação em benefício de um todo coletivo, determinado ou não.¹⁷⁸

Ante tal fato, na persecução no âmbito judicial da correção dessas políticas públicas, o princípio cristalizado pelo revogado art. 75 do Código Civil de 1916 de que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”, e contido em essência do art. 6º do Código de Processo Civil, deve ser revisto, a fim de dar efetividade aos direitos sociais humanos.

Segundo Kazuo Watanabe, não fosse a intransigência doutrinária, surgida na fase que o direito processual aspirava à autonomia como um ramo da ciência jurídica, tal

¹⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

¹⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*. 9ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 29.

¹⁷⁷ Idem, p. 30.

¹⁷⁸ Idem, p. 31.

princípio poderia ter sido lido com explicitação, em nível infraconstitucional, do princípio da *efetividade* e da *adequação* da tutela jurídica processual.¹⁷⁹ Desta forma, tem-se que o direito contemporâneo não deve estar mais assentado em um “sistema de ações”, mas em um “sistema de direitos”.¹⁸⁰

Nesse cenário, a ação coletiva surge em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio levando-se a transposição de uma estrutura “atômica” para uma estrutura “molecular” do litígio,¹⁸¹ e se mostra como um importante instrumento para veicular os direitos fundamentais prestacionais.¹⁸²

Para tanto, cumpre-se enfrentar o problema em relação a essas demandas de índole coletiva que versem sobre direitos sociais que se coloca no confronto entre a posição do tratamento atomizado, disposta no art. 6º do Código de Processo Civil como “técnica de fragmentação de conflitos”, e os textos integrados no Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública, que impõe um tratamento molecular aos conflitos coletivos *lato sensu*.¹⁸³

Nesse diapasão, Ada Pellegrini defende que as ações coletivas ou individuais de efeito coletivo são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas, tomando-se por base o art. 83, do Código de Defesa do Consumidor, em que se aduz que “são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.¹⁸⁴

Não obstante, a autora ainda defende que as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor se aplicam à tutela de qualquer direito ou interesse coletivo (*lato sensu*), por força da correlação estabelecida por seu art. 90.¹⁸⁵ Ademais, há de se ressaltar que,

¹⁷⁹ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universtára, 2007, p. 856.

¹⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.*, p. 20.

¹⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ob. cit.*, p. 31.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 114.

¹⁸³ DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ob. cit.*, p. 31.

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.*, p. 21.

¹⁸⁵ Código de Defesa do Consumidor.

(...)

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

apesar da ordinária utilização da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) como via de acesso ao Poder Judiciário nos procedimentos de índole coletiva, existe a viabilidade de se lançar mão de várias ações específicas com esse efeito, a exemplo do Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Mandado de Injunção, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dentre outras, que permita, inclusive, a participação dos atores das políticas públicas na busca de uma solução efetiva.

Por este prisma, tem-se que, embora não exista qualquer impeditivo para o ajuizamento de ações individuais para a concreção dos direitos sociais humanos, em virtude de omissão ou insuficiência das políticas públicas do Estado, muitos autores (v.g. Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe, Luiz Guilherme Marinoni, Oswaldo Canela, Hermes Zaneti Jr., dentre outros) defendem a tese de que, preferencialmente, a intervenção do Poder Judiciário se dê por meio de processo de índole coletiva, uma vez que a ação individual poderá fazer eclodir desigualdades – desde que não produza efeitos coletivos – não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas.¹⁸⁶

Sob esta perspectiva, tomemos como exemplo o direito a tratamento de saúde, por meio do fornecimento de uma vacina, que apesar de se constituir um direito social à saúde, em seu núcleo essencial não se apresenta diretamente como uma questão de política pública. Por outro lado, em caso de várias demandas individuais por falta de uma mesma vacina, em razão de uma epidemia em determinada localidade, o problema se traslada para uma questão política pública, de forma que o atendimento apenas individualizado, além de causar distorções sociais dentro do mesmo contexto fático, acaba por ser mais oneroso, pois a aquisição de um lote de medicamentos sai mais barato para o Estado do que adquiri-los individualmente, sem contar as medidas de profilaxia que a Administração poderá providenciar, por meio dos agentes de saúde que já estão em sua folha de pagamento.

Noutro turno, deve-se também ter em conta que, por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos *lato sensu*,¹⁸⁷ de forma

¹⁸⁶ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *Ob. cit.*, p. 148.

¹⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.*, p. 19.

que a lide deverá ser tratada não apenas sob seu aspecto individual, mas também coletivo, a fim do realinhamento da política pública, conforme anota Hermes Zaneti Júnior, *in verbis*:

“Ante o que sustentamos, é incorreto afirmar que as políticas somente veiculam programas coletivos, sendo impossível sua sindicabilidade individual. Da mesma forma, é incorreto afirmar que o interesse público encontra-se apenas nos direitos coletivos. Tanto os direitos individuais, como os direitos coletivos traduzem momentos de evolução das dimensões dos direitos fundamentais, não podendo ser suprimidos. Ademais, de um fato poderão surgir ilícitos e lesões aos direitos coletivos e aos direitos individuais – o que ensejará a análise judicial de ambos.”¹⁸⁸

Sob essa perspectiva, Marinoni assevera que as ações coletivas devem ser vistas como verdadeiros canais para a participação popular no poder e na sociedade, concretizando os ideais da democracia participativa.¹⁸⁹ Ademais, prossegue o autor, essas ações devem ser compreendidas como condutos para a participação do cidadão da coisa pública e para a participação, ainda que mediante entes legitimados – por exemplo, uma associação de defesa de determinada minoria -, na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais.¹⁹⁰ Não obstante, defende-se aqui, que tal democratização se mostra ainda mais efetiva quando se adiciona a essa equação não apenas os atores da sociedade civil, mas, sobretudo, os atores públicos.

Assim, a ação coletiva, ainda que compreendida apenas como instrumento para a tutela dos direitos fundamentais – como o direito ambiental e o direito do consumidor -, é, por si só, uma resposta aos direitos sociais, constituindo-se ela mesma em uma prestação do legislador destinada a viabilizar a participação na reivindicação desses direitos fundamentais.¹⁹¹

Portanto, verifica-se que a tendência desse sistema é de que não haja a postulação de demandas individuais, mas sim coletivas, em um juízo de adequação, objetivando a satisfação dos direitos sociais humanos sob um espectro mais amplo, permitindo e facilitando a participação dos atores das políticas públicas e demais interessados na decisão judicial a participarem do processo, a fim de otimizar e racionalizar a efetivação daqueles direitos.

¹⁸⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ob. cit.*, p. 11.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 452.

¹⁹⁰ *Idem*, pp. 452/453.

¹⁹¹ *Idem*, p. 114.

Ademais, essa flexibilização quanto à escolha deverá alcançar, por igual, outros institutos típicos de direito processual civil, a fim de dar maior eficácia aos provimentos jurisdicionais que tratem de políticas públicas sociais.

2.2.1.2 As políticas públicas e o princípio da demanda: uma reanálise no atual Estado Social

Desde que o Direito Processual ganhou autonomia como ciência, surgiu a concepção de que ele funciona como instrumento da realização do direito material, e se tornou um dos dogmas mais rígidos do processo civil clássico.

Dentre os vários princípios que norteiam o processo civil, o princípio da demanda é um dos principais expoentes do Estado liberal-burguês, haja vista que, “uma vez disponível o direito material disponível seria, também, o direito de demandar. Significa o princípio da demanda que a invocação da tutela jurisdicional é um direito estritamente individual e que a defesa dos interesses próprios fica à livre iniciativa do seu titular”.¹⁹²

Diante disso, o princípio da demanda sempre gerou consequências importantes na seara processual, de duas ordens. A primeira delas resulta do fato de servir de óbice, em homenagem à liberdade individual, para que a jurisdição se exerça espontaneamente (art. 2º, do Código de Processo Civil). Diz-se que não há jurisdição sem ação (*Nemo iudex sine actore*). A segunda consequência consubstancia-se na máxima segundo o qual o juiz deve decidir nos limites exatos daquilo que foi pedido, isto é, limita-se à apreciação daquilo que foi trazido pelas partes (arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil).

Entretanto, o princípio da demanda angariou novos contornos atualmente, sobretudo com a socialização do direito e, conseqüentemente, com a assunção de um processo judicial de índole coletiva.

¹⁹² ALMEIDA, Renato Franco. Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v.13, n.52, jul./set 2005, p. 5.

Em relação a retro mencionada consequência de que não há jurisdição sem ação (*nemo iudex sine actore*), sendo defeso ao juízo instaurar um processo de ofício, tem-se a aplicação nítida no processo coletivo, tal qual no individual, pois mesmo os legitimados sendo órgãos públicos (ex.: Ministério Público ou Fazenda Pública) ou outros intermediários sociais (ex.: associações ou sindicatos) têm que provocar a atividade jurisdicional, sendo inconcebível que o processo tenha início através da conduta oficiosa do juiz.¹⁹³

Essa vertente do princípio da demanda busca resguardar a imparcialidade do juízo, pois se a ele coubesse a determinação de agir por suposta lesão ou ameaça lesão a direito, é inexorável que o magistrado já iniciaria o procedimento predisposto a acolher uma das partes, em um retorno claro ao período inquisitivo. Assim, no tocante à exigência de inércia do juiz, as mudanças trazidas pelo Estado Social não trouxeram graves reflexos.

Entretanto, em que pese a impossibilidade do Poder Judiciário dar início a ação judicial que envolva políticas públicas de índole social, a solução brasileira da legitimidade concorrente nas ações coletivas *lato sensu*, no sentir de Renato Franco Almeida, “satisfaz parcialmente a contento a preocupação que, a princípio, poderia existir se tais interesses coletivos ficarem relegados ao limbo jurídico”.¹⁹⁴

Ainda sob este aspecto, muitos autores¹⁹⁵ sustentam a necessidade de uma legitimidade mais aberta no processo coletivo, sugerindo a adoção de um modelo similar às *class actions*, previstas no direito norte-americano, onde se atribui legitimidade até ao indivíduo para propor ação coletiva, e defendem que tal medida poderá fazer com que seja concretizado o princípio do acesso à justiça, bem como aliviaria o Poder Judiciário de diversas demandas repetitivas.¹⁹⁶

¹⁹³ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/pedido.pdf>>. Acesso em 14 jul. 2014.

¹⁹⁴ ALMEIDA, Renato Franco. Ob. cit., p. 6.

¹⁹⁵ Defendem este ponto de vista, por exemplo: ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. Princípio da Demanda nas Ações Coletivas do Estado Social de Direito. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 50, p. 117/132, abril/junho 2004.

¹⁹⁶ ALMEIDA, Renato Franco. Ob. cit., p.6.

Em relação à referida segunda consequência, de que o juízo deve decidir nos limites exatos do que foi pedido, existiu uma substancial reinterpretação no que tange às ações de que tratam sobre direitos fundamentais, tendo em vista que o provimento jurisdicional deverá buscar a concretização dos direitos sociais humanos esculpidos no art. 6º da Constituição da República.

Segundo a visão clássica processual, tem-se, pois, nos moldes dos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil, considerados verdadeiros corolários do princípio da demanda, que o juiz não deve julgar além do pedido das partes: *ne eat iudex ultra petita partium*. Deste brocardo, em suma, decorre a lição de que, não se poderá exigir que se peça proteção além daquilo que explicitamente solicitou, razão pela qual se impõe ao magistrado ater-se ao pedido formulado pelo autor.¹⁹⁷

Tal interpretação restritiva foi concebida como uma forma de limitar a atuação dos juízos em busca de uma pretensa segurança jurídica calcada da uniformização do procedimento em que o magistrado não poderá resolver por completo determinada lide, ainda que exista precedentes a respeito em casos análogos, tendo em vista que se deve ater somente aquilo que foi pedido. Dava-se ao litigante a garantia de que, no caso de sua eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meios executivos tipificados.¹⁹⁸

Todavia, conforme já tratado, o neoconstitucionalismo conformou o Estado Democrático e Social de Direito onde os princípios que veiculam direitos fundamentais sociais se constituem como normas jurídicas o que acaba por irradiar consequências sobre todo o ordenamento jurídico. No âmbito do direito processual civil, a irradiação compeliu o sistema a dar concretude e efetividade do direito.

Ademais, a prática jurídica e o crescimento do quantitativo das demandas judiciais e dos conflitos que irradiem efeitos coletivos têm mostrado que a manutenção da rigidez de tal concepção, estava gerando um distanciamento entre o jurisdicionado e os direitos

¹⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz, *Reflexões sobre o princípio da demanda*. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/153638/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda>. Acesso em 10 jul. 2014.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.* p. 121.

fundamentais sociais constitucionalmente previstos, de forma que o juízo ao se ater apenas ao pedido e não à constituição acabava por prolatar uma decisão judicial desprovida de efetividade, e incapaz de dar concretude ao direito fundamental tido por violado. Assim, por meio de um movimento gradual, viu-se a necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma latitude maior de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las.¹⁹⁹

Nesse sentido, Marinoni aduz que o processo não pode ser visto apenas como uma relação jurídica processual diante do estágio que o direito processual atingiu no Estado Constitucional.²⁰⁰ Ainda segundo o autor, o processo deve ser visto como um instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão Constitucional, isto é, é o “módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão”.²⁰¹

Portanto, o processo judicial deve ser visto como a instrumentalização do direito material em busca da concretização dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos, de forma que seus princípios devem ser norteados para a garantia desses direitos, e não como óbice à sua efetivação.

Assim, a petição inicial de determinado autor que irradie efeito coletivo não deve ser vista de forma rígida e estanque, pois o interesse objeto do conflito toca à sociedade, como um todo ou em parte, que pela relevância social, requer que o Poder Judiciário não fique limitado às partes do conflito, bem como pelas razões trazidas ao juízo,²⁰² tendo em vista que o mais importante do que a via escolhida para se tentar resolver uma violação de direito fundamental social, é a sua resolução em si, mesmo que o caminho eleito não tenha sido previsto inicialmente pela parte.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 121.

²⁰⁰ *Idem*, p. 465.

²⁰¹ *Idem*, *ibidem*.

²⁰² ALMEIDA, Renato Franco. *Ob. cit.*, p. 8.

Ademais, a possibilidade e a necessária participação dos atores das políticas públicas e demais interessados no curso do procedimento, notadamente quando se tratar de políticas públicas sociais, inevitavelmente trará à baila novos fatos e argumentos na fase de instrução, os quais deverão ser levados em consideração quando da prolação da decisão judicial.

Neste diapasão, o novel corolário aqui defendido de que o Poder Judiciário não deve se ater, de forma limitada, apenas às razões deduzidas em juízo no petítório inicial pelas partes na defesa dos direitos sociais coletivos, trará, por consequência lógica, reflexos em seu juízo de cognição.

2.2.1.3 Os limites de cognição do Poder Judiciário

Conforme dito alhures, após o regular ajuizamento da ação, tem-se início a fase declaratória do direito fundamental violado, onde se objetiva evidenciar o fato da existência ou não de lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental social e declará-lo por meio de provimento jurisdicional, mesmo que a sua exequibilidade se protraia no tempo.²⁰³

Todavia, a busca de uma solução judicial não poderá se dar de forma arbitrária, através da determinação de meios que estejam em dissonância com os fins constitucionalmente estabelecidos, bem como não se admite decisões que gerem uma distorção social ou impacto relevante em outras políticas públicas prioritárias.

Daí se dizer que é necessário o controle da eficiência dos meios empregados, em atenção aos fins previamente estabelecidos, de forma que a análise se dará, então, sob o ângulo da adequação aos fins constitucionais colimados.²⁰⁴ Desta feita, a jurisdição trabalhará com a concreção dos bens tutelados juridicamente, de forma que o pedido deverá permitir a precipitação do direito fundamental social violado, mediante a propositura de um veículo material

²⁰³ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 148/149.

²⁰⁴ *Idem*, p. 149.

que coloque à disposição os meios para a efetivação desses direitos. Para tanto, deve-se fazer uma análise sobre como se dá o controle judicial nessas demandas de índole coletiva que buscam a satisfação coativa dos direitos fundamentais sociais.

De início, observa-se que a lesão aos direitos fundamentais sociais poderá se dar basicamente de duas formas: em virtude de omissão completa do Estado na satisfação espontânea dos direitos sociais humanos constitucionalmente previstos no art. 6º da Constituição Federal; e por comportamento, comissivo ou omissivo²⁰⁵ do Estado, que permite a ocorrência de desigualdade social na fruição dos serviços criados para a satisfação espontânea dos bens da vida referidos no retro citado dispositivo da Constituição Federal.²⁰⁶

Desta forma, o fato narrado na petição inicial deverá ser a demonstração da conduta do Estado que causa a impossibilidade de fruição, ou mesmo a desigualdade social na fruição, dos direitos sociais humanos discriminados no art. 6º, de onde se extrai o fundamento jurídico do pedido.²⁰⁷

Ocorre que a questão acaba por ter contornos de maior complexidade, na medida em que se trabalha na concretização de normas de direitos e processuais abertas e na supressão inviabilizadora da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional, tendo em vista que nessas hipóteses a margem do poder do juízo é maior, assim como a possibilidade do arbítrio também.²⁰⁸

Nesse contexto, assevera-se que a discussão acerca da desigualdade social não poderá se dar em termos genéricos, mas com a sua aferição no caso concreto onde é preciso demonstrar uma correspondência lógica entre as políticas públicas desenvolvidas, ou não, pelo Estado e a lesão causada ao direito fundamental postulado.²⁰⁹ Assim, as políticas públicas integram a própria causa de pedir (descrição do fato).

²⁰⁵ O Estado pode responder por ato comissivo por omissão nos casos em que não se evita o resultado lesivo que podia e devia ter evitado. Ex.: uma morte ocorrida em um presídio, em razão de superlotação já conhecida pelo poder público.

²⁰⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 155.

²⁰⁷ *Idem*, p. 155.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 132.

²⁰⁹ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 156.

Destarte, ao tempo em que as políticas públicas se compõem como causa de pedir, poderão se constituir em exceção substancial direta, pois o Estado, ao exercitar sua defesa, poderá alegar a efetiva realização das políticas públicas necessárias a sua realização,²¹⁰ assim como a falta de nexo de causalidade entre a desigualdade suscitada e a ação política estatal.

Nesse giro, toda cognição do juízo gravita em torno da ocorrência, no caso concreto, de desigualdade social, em razão de uma ausente ou deficiente política pública. Assim, caracterizada a lesão com o seu respectivo nexo de causalidade, já importa na procedência da ação do pedido de índole coletiva.²¹¹

Não obstante, em razão dos núcleos de irradiação dos direitos humanos sociais serem objeto de políticas públicas dotadas de complexidade para sua efetiva realização, tal característica, inevitavelmente, será projetada no provimento jurisdicional. Em razão disso, a problemática da forma de como se dará a efetivação dos direitos tidos por violados, embora não exerçam qualquer influência sobre a caracterização da lesão aos direitos sociais humanos, deverá se situar dentro do campo de cognição do magistrado, com a utilização de meios e instrumentos que possibilitem a participação dos atores e interessados no procedimento, a fim de que se produza o provimento jurisdicional mais adequado para a redução ou supressão das desigualdades.²¹²

Isso quer dizer que, ao aplicar essas normas o Poder Judiciário tem o dever de encontrar uma técnica processual que seja capaz de atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.²¹³ Todavia, como esse “modo” é a expressão da concretização de uma norma aberta – que obviamente não se preocupa apenas com o direito do autor, mas também com o direito do réu –, o juiz deve argumentar que esse “modo” encontrado, além de dar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional, é o que gera a menor restrição possível ao demandado.²¹⁴

²¹⁰ Idem, p. 156.

²¹¹ Idem, p. 157.

²¹² Idem, p. 158.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 132.

²¹⁴ Idem, *Ibidem*.

Diante disso, e se norteando pela premissa de que os direitos fundamentais sociais objetivam, essencialmente, garantir a igualdade substancial entre os componentes do grupo social com a eliminação de toda e qualquer desigualdade, tem-se que, o pedido deverá ser naturalmente dotado de uma necessária plasticidade, numa clara flexibilização do já mencionado princípio da demanda.²¹⁵

Nesse sentido, Paulo Henrique Lucon²¹⁶ aduz que, se o bem coletivo é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido, tendo em vista que seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feito pelo autor. Ainda segundo o Lucon, “equivalaria, em última instância, a ratificar um ato contrário à própria lei. Restringir a interpretação do pedido significa, neste sentido, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo tutelado”.

Imbuído por essa tendência, o projeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo oriundo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo ainda do ano de 2005, sob a inspiração do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, propõe em seu art. 5º que “*nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido*”.²¹⁷

A redação sugerida reconhece que todo interesse posto em ação coletiva, uma vez qualificado como de relevância social, exige uma abordagem que objetive a verdade real, o que impõe um amplo conhecimento pelo magistrado. Por esta razão, é imperioso que se dê ao juiz poderes que extrapolem as amarras do Estado Liberal, impondo-se, quando necessário, até o julgamento além daquilo que foi pedido pelo autor e resistido pelo réu, com vistas à satisfação dos interesses latentes em demandas desse jaez.

Ademais, de acordo com Guilherme Marinoni, esse discurso de direito processual que elege a técnica processual adequada em razão de uma norma aberta ou que

²¹⁵ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 153.

²¹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathyana Chaves de. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 189.

²¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ob. cit.*, p. 272.

identifica a necessidade de uma técnica processual em razão da exigência de uma norma aberta ou que identifica a necessidade de uma técnica processual não prevista em lei, não representa qualquer ameaça à segurança jurídica, na medida que parte de um discurso que se apoia nos fatos e no direito material.²¹⁸ Nesse sentido, para o autor, o discurso processual objetiva atender a uma situação já demonstrada pelo discurso de direito material, e não pode esquecer que a técnica processual eleita deve ser a mais suave, ou seja, a que, tutelando o direito, cause a menor restrição possível ao réu.²¹⁹

René David, citado por Mauro Cappelletti, atine ainda, que os tribunais civis requeridos pelas partes ou pelo Ministério Público nessas ações não devem se limitar a ouvir os argumentos das partes e a decidir sobre suas demandas, mas sim, devem conhecer o conjunto do negócio, que se esforçam em esclarecer em benefício das partes, e podem, inclusive, se for o caso, decidir *ultra petita*.²²⁰

Não obstante, Renato Franco Almeida vai além, e expõe que o “espectro de conhecimento judicial em sede de ações coletivas deverá ser **ilimitado**, tendo como escopo o domínio intelectual de todos os aspectos envolvidos na demanda, mormente aqueles deduzidos da causa não expostos pelas partes”.²²¹

Sob tal perspectiva, Oswaldo Canela²²² admite a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida inicialmente proposto no pedido, a fim de que a criatividade possa resultar na melhor solução para o problema. Nesse diapasão, deve-se permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo porque a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada.

Assim, para o referido autor,²²³ “todas as soluções possíveis para a disponibilização dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal são admissíveis no processo coletivo desde que objetivem a correção de desigualdades”. Conclui Canela asseverando

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 133.

²¹⁹ *Idem*, *ibidem*.

²²⁰ DAVID, René. apud CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Líder. 2001, p. 30.

²²¹ ALMEIDA, Renato Franco. *Ob. cit.*, p. 8.

²²² CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *Ob. cit.*, p. 153.

²²³ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *Ob. cit.*, p. 154.

que “o critério será sempre o da criatividade para a redução e a supressão da desigualdade social. Daí a enorme plasticidade que se confere ao pedido e ao provimento jurisdicional”.

Portanto, tem-se que a cognição realizada pelo Poder Judiciário em ações que versem sobre políticas públicas, no plano vertical, é plena e exauriente, tendo em vista que o magistrado está adstrito à investigação completa e cabal de toda a cadeia lógico-sequencial de meios e fins para a correção e realinhamento das políticas públicas, a fim de prolatar uma decisão judicial que dê concretude aos direitos fundamentais violados.

2.2.2 A fase de cumprimento de decisões judiciais em sede de Políticas Públicas

Destarte, reconhecida e declarada a violação ao direito fundamental, passa-se à fase de cumprimento de sentença, que se traduz nas ações de índole coletiva, em verdade, na implementação da própria política pública.

Como premissa, e conforme exposto anteriormente, o sistema constitucional pátrio adotou um sistema de direitos sociais que aponta para um “direito fundamental completo”,²²⁴ onde convivem direitos fundamentais sociais tanto de cunho negativo (direitos de defesa), como de direitos a prestação em sentido amplo, que se traduzem em direitos a proteção, direitos a procedimentos, e direitos a prestação em sentido estrito.

Ante tal fato, na medida em que tais direitos sociais se apresentam com estruturas diferentes perante o Poder Judiciário, igualmente, e nos casos em que haja a declaração do direito fundamental violado, as decisões judiciais terão efeitos específicos.

Desta forma, para uma melhor compreensão das consequências dos provimentos judiciais que versem sobre direitos fundamentais sociais, mostra-se importante uma

²²⁴ Vide, *supra*, capítulo 1, subitem 1.5.3.

análise sobre os tipos de decisões judiciais que poderão existir, tomando-se por base os seus efeitos.

2.2.2.1 Das espécies de cumprimento de decisões judiciais e seus efeitos

Partindo-se da constatação que a estrutura dos direitos sociais em nossa Constituição aponta para um modelo de um “direito fundamental completo” que se apresenta, ou sob a forma de regras expressas, ou sob a forma de normas que veiculam princípios de cunho programático,²²⁵ as quais se constituem as políticas públicas por excelência, e inspirado na concepção de deveres de Christian Courtis,²²⁶ propõe-se a classificação acerca do cumprimento de decisões judiciais em duas classes: I) **decisões judiciais de efeito imediato**; e II) **decisões judiciais de efeito mediato ou de execução diferida**.

As decisões judiciais de efeito imediato são aquelas que possuem condições de serem adimplidas logo após o provimento judicial, de forma que apenas indiretamente possuem impacto sobre as políticas públicas do Estado. Tais ações veiculam, como regra, direitos individuais, embora exista a possibilidade do ajuizamento de ações individuais com efeitos coletivos ou até mesmo de ações coletivas.

Ainda sob o prisma das decisões de efeito imediato, tem-se que elas ainda poderão ser classificadas em quatro espécies: a) decisões judiciais de efeito imediato de proteção negativa; b) decisões judiciais de efeito imediato de proteção procedimental; c) decisões judiciais de efeito imediato de igual proteção ou não-discriminação; e d) decisões judiciais de efeito imediato de obrigações de conteúdo mínimo.

²²⁵ Vide, *supra*, capítulo 1, subitem 1.5.3.

²²⁶ COURTIS, Christian. *Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais*: uma breve exploração. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 491/514.

As decisões judiciais de efeito imediato de proteção negativa veiculam os direitos sociais negativos ou de defesa, de forma que o provimento jurisdicional visa impedir que o Estado realize uma determinada ação ou determine a devida compensação financeira. Um exemplo desse tipo de provimento é o reconhecimento do direito de greve de determinado trabalhador ou grupo de trabalhadores, nos termos do art. 9º, da Constituição da República, ou da proteção judicial contra evicção forçada. O caso da evicção forçada é um bom exemplo, pois o direito à moradia não se limita a deveres positivos (prestacionais) por parte do Estado, mas também inclui um dever imediato de se abster de realizar a retirada de pessoas e famílias de determinada propriedade sem justificação legal, e ainda que haja uma justificação legal, sem o cumprimento das garantias procedimentais. Sob esta perspectiva, os tribunais pátrios têm proferidos decisões importantes nesse sentido, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. GRAVE LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA. EXISTÊNCIA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e 12.016/2009) e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do c. Pretório Excelso, é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

II - O presente recurso de agravo procura desconstituir decisão que **deferiu a pretensão suspensiva por entender que a retirada das famílias 'sem-terra' que ocupam imóvel rural objeto de desapropriação para fins de reforma agrária tem capacidade de desestabilizar a paz social, podendo comprometer a incolumidade física dos agentes envolvidos nesse cenário.**

III - In casu, sem emitir juízo de mérito sobre se o valor da oferta prévia (administrativa) deva corresponder à justa indenização constitucionalmente exigida para fins de imissão provisória na posse do imóvel objeto de desapropriação para fins de reforma agrária, entendo que a r. decisão a quo carrega em si potencial efeito lesivo à segurança pública. Agravo regimental desprovido.”
(STJ - AgRg na SLS: 1757 SP 2013/0149022-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 16/09/2013, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 26/09/2013)
(grifei)

As decisões judiciais de efeito imediato de proteção procedimental busca garantir o cumprimento de normas de organização e procedimentos para que o indivíduo possa assegurar o exercício de seu direito fundamental social. Nesse sentido, é importante o reconhecimento de que os direitos dependem em grande medida de normas de organização e procedimento para sua fruição. Como exemplo de tal tipo de decisão, podemos citar o direito inserto na Constituição da República em seu art. 231, do capítulo VIII, do Título VIII referente à Ordem Social, que reconhece aos índios o direito das terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las. Isto é, para a fruição daquele direito social existe a dependência de procedimentos prévio, consubstanciado em procedimento demarcatório de terra indígena, para o exercício pleno do direito, conforme se depreende do seguinte aresto, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. MULTA DIÁRIA IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE.**

1. Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento contra decisão do juízo de primeira instância que estipulou multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), **caso fosse descumprido o prazo de 60 (sessenta) dias para a entrega do estudo antropológico respeitante à identificação e à delimitação da Terra Indígena Mato Preto.**

2. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária - astreintes - como meio coercitivo **para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou para entrega de coisa.** Precedentes: AgRg no Ag 1.352.318/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/2/2011; AgRg no AREsp7.869/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe17/8/2011; e AgRg no REsp 993.090/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/11/2010.

3. No caso sub examine, o Tribunal a quo, ao dar provimento parcial ao agravo de instrumento, para reduzir o valor da multa diária para R\$ (um mil reais), asseverou que a ação originária “[...]foi ajuizada em junho de 2006, sem que, até o momento, tenha sido concluído o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Mato Preto, única e exclusivamente em razão da mora da FUNAI, que recebeu inúmeras vezes a prorrogação de prazo para a conclusão do seu trabalho [...]” (fl. 168).

4. Agravo regimental não provido.” (STJ - AgRg no AREsp: 23782 RS 2011/0158842-7, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 20/03/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2012) (grifei)

Já as decisões judiciais de efeito imediato de igual proteção ou não-discriminação veiculam casos de discriminação ou questionamento na ilegitimidade ou falta de razoabilidade das distinções feitas pela lei, ligadas ao acesso a direitos ou serviços, a exemplo do art. 7º, XXX, da Constituição da República, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Nesses casos o provimento jurisdicional deverá garantir o direito de igualdade de condições, conforme se depreende no seguinte julgado do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA DE VALOR DIFERENCIADO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO PLAUSÍVEL JUSTIFICADOR DA DISTINÇÃO. DISCRIMINAÇÃO.

A concessão de vantagem aos empregados que laboram em uma determinada unidade da empresa deve ser estendida aos trabalhadores de outra, em face do princípio da isonomia. Diante da inexistência de elementos lógicos e razoáveis, a título de discrimen funcional, que justifique a não concessão do benefício, não há como prevalecer o procedimento patronal. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST - RR: 22621620115030005 2262-16.2011.5.03.0005, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 28/08/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013) (grifei)

Por fim, existem as decisões judiciais de efeito imediato de obrigações de conteúdo mínimo, em que se visa o reconhecimento do direito para que se promova o mínimo vital de um direito social demandado em juízo e previsto na Constituição, que envolva acesso a serviço ou benefício, sem alocação orçamentária. Um típico exemplo desse tipo de provimento é o fornecimento de um determinado medicamento necessário ao restabelecimento da saúde, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (STF - RE: 829592 RN, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de

Julgamento: 16/09/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-189 DIVULG 26-09-2014 PUBLIC 29-09-2014)

“SAÚDE. MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde.” (STF - ARE: 806531 RN , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 26/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-174 DIVULG 08-09-2014 PUBLIC 09-09-2014)

Em relação ao cumprimento de decisão judicial de efeito mediato ou de execução diferida, tem-se que tais decisões veiculam direitos sociais em sentido estrito, ligados à realização progressiva de direitos insertos no art. 6º da Constituição Federal, notadamente através de políticas públicas.

Esse tipo de decisão judicial inexoravelmente tem se tornado cada vez mais comum em nossos tribunais e já se compõe na realidade jurídica de nosso país. Um caso que reflete o provimento de decisão judicial de efeito mediato é a sentença prolatada pelo juízo da Vara de Direitos Difusos e Coletivos de São Luís/MA onde condenou o Governo do Maranhão, a construir novos estabelecimentos prisionais, preferencialmente no interior do estado, para solucionar a superlotação no sistema carcerário local, sob pena de multa diária de R\$ 50 mil em caso de descumprimento. A retro citada sentença resulta da Ação Civil Pública nº 23.181/2011 proposta pelo Ministério Público do Estado do Maranhão em 2011. A sentença também dá prazo de 60 dias para a realização de reformas e adaptações nos estabelecimentos penais do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, onde rebeliões e confrontos entre facções criminosas causaram a morte de 62 detentos.

Com efeito, ressalta-se que a referida decisão judicial é apenas uma dentre tantas que determinam a construção de estabelecimento de internação para menores infratores (v.g. processos nº 054797-54.2010.8.13.0351/MG, e nº 2007.0000.2658-0/TO), construção de

abrigo para crianças e adolescentes em situação de risco,²²⁷ construção de hospital para dependentes químicos,²²⁸ construção de creches,²²⁹ dentre outras prolatas por todo o país.

Não obstante, ao analisar esse tipo de provimento judicial, verifica-se que três consequências são inevitáveis nesse tipo de demanda.

A primeira consequência é de que as ações terão efeitos coletivos, razão pela qual esse tipo de provimento deverá ser veiculado, preferencialmente, por ações coletivas, pelas razões de fato e de direito aqui já defendidas.²³⁰

A segunda consequência é o tempo de cumprimento dessas decisões judiciais que versem sobre políticas públicas sociais. Nesse tipo de decisão existe uma especificidade a ser considerada, que se consubstancia na análise do tempo exigível para a realização concreta do veículo de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais.²³¹ Assim, quando os núcleos de irradiação dos direitos fundamentais forem objeto de programas a serem executados pelo Estado, é natural que o cumprimento dessas decisões se projete no tempo, adquirindo a sentença uma espécie de conteúdo programático. Neste sentido expõe Oswaldo Canela:

“Como os direitos fundamentais são de eficácia plena e imediata, o tempo não é fator impeditivo para a concessão do provimento; ao contrário, indica inequívoca violação do direito. Ocorre que a própria sentença terá inúmeras vezes, um conteúdo igualmente programático, no sentido de estabelecer um interlúdio específico para a disponibilização do veículo que permita a satisfação do bem da vida”.²³²

A terceira e última consequência é o impacto gerado sobre o aparato Estatal, pois, ao contrário das decisões judiciais de efeito imediato que, em regra, não possuem impacto

²²⁷ Disponível em: <http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6085:juiz-determina-construcao-de-abrigo-para-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-risco-em-anori&catid=340:ct-cij-noticias-comunicados&Itemid=449>. Acesso em 23 out. 2014.

²²⁸ Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em 23 out. 2014.

²²⁹ Disponível em: <<http://www.mp.pe.gov.br/mppe/index.php/comunicacao/clipping-noticias/ultimas-noticias-clipping-noticias/2164-g1-pernambuco-doze-creches-devem-ser-construidas-pela-prefeitura-em-caruaru-no-agreste>>. Acesso em 23 out. 2014.

²³⁰ Vide, *supra*, capítulo 2, subitem 2.2.1.1.

²³¹ CANELLA JUNIOR, Oswaldo. Ob. cit., p. 157.

²³² Idem, p. 158.

direto sobre as políticas públicas, isto é, sobre as ações coordenadas do Estado e orçamento público, as decisões de efeito mediato ou de execução diferida implicam em formulação, planejamento, execução de programas de governo com alocações orçamentárias para seu cumprimento.

Nesse contexto, precedente de suma relevância refere-se ao controle judicial de políticas públicas do direito fundamental à saúde e à higidez ambiental, no caso da concretização de adequado sistema de tratamento de esgoto, em uma determinada área da Praia de Canasvieiras, Município de Florianópolis (Santa Catarina). A Ação Civil Pública foi proposta pela Associação de Moradores de Canasvieiras e pelo Ministério Público Federal, contra o Município de Florianópolis, a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) e Companhia Catarinense de Água e Saneamento (CASAN). A sentença, julgando totalmente procedente a ação, condenou solidariamente os réus à obrigação de fazer (construção da rede de saneamento), assinalando o prazo de 01 (um) ano para a execução das obras, conforme cronograma que deveria ser oferecido pelos réus,²³³ *in verbis*:

“(…)

Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE os pedidos deduzidos na inicial para condenar os réus, **solidariamente, na obrigação de fazer consistente na implantação de sistema de tratamento de esgoto adequado** em toda a região do Canto do Lamin em Canasvieiras, conforme descrito na inicial.

Para o **cumprimento da obrigação imposta nesta sentença deverão os réus apresentar, no prazo de sessenta dias, o projeto de instalação da rede coletora de esgotos para a região, contendo o respectivo cronograma de implantação.** Fixo o prazo máximo de um ano para a conclusão das obras e arbitro multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada réu, no caso de descumprimento injustificado desta decisão, tudo sem prejuízo de eventual aplicação das sanções criminais (crime de desobediência e outros delitos ambientais) e administrativas (improbidade) aos gestores públicos responsáveis.” (grifei)

Por este prisma, o que se tem, em verdade, é a transferência do *locus* das ações de programas do Estado para os tribunais, de forma que toda a função política do Governo expressa através de uma política pública social será objeto de análise, planejamento, decisão, e implementação no âmbito do Poder Judiciário.

²³³ Ação Civil Pública n. 2004.72.00.017675-8, da Justiça Federal de Florianópolis (SC). Julgada em 29.03.2007, pelo Juiz Federal Zenildo BODNAR. Sentença confirmada integralmente, em grau de apelação, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 26.08.2009, em acórdão da lavra da Desembargadora Federal Marga Inge Barth TESSLER. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em 5 jul. 2014.

Todavia, em que pese o Poder Judiciário estar autorizado a um juízo pleno e exauriente da demanda, tal fato não poderá estabelecer soluções iníquas, isoladas, desproporcionais ou desarrazoadas no caso concreto, isto é, descoladas da realidade e que gerem nefastas consequências de ordem econômica, política e social, pois jamais foi objetivo da Constituição Federal construir uma comunidade ingovernável e injusta. Se assim o fizer, a preocupação sobre a questão da falta de efetividade dos direitos sociais transformarem a constituição em letra morta é transposta para uma decisão judicial que seja inexecutável.

Portanto, depreende-se que essas políticas públicas que veiculam uma função essencialmente política do Estado transcendem a simplicidade de um dispositivo de sentença judicial que se traduz em uma obrigação de fazer, como a construção de uma escola, hospital ou um presídio federal, pois implicam a fixação de metas, diretrizes e planejamento por meio de um enorme e complexo aparato estatal que existe para essa finalidade. Em suma, os juízos não possuem, em regra, conhecimentos técnicos e específicos sobre essas matérias, mas os demais atores das políticas públicas, em regra, os têm.

Assim, e nos termos das considerações aqui já tratadas, embora a problemática da forma de como se dará a efetivação dos direitos tidos por violados não exerçam qualquer influência sobre a caracterização da lesão aos direitos sociais humanos, essa questão deverá se situar dentro do campo de cognição do magistrado. Neste sentido a construção da decisão judicial de efeito mediato ou de execução diferida, como instrumento de implementação de políticas públicas, deverá ser, primariamente, um processo de categorização e de construção da realidade, através da participação ativa dos atores das políticas públicas, cabendo ao Poder Judiciário conduzir e impelir o diálogo entre as partes e, se necessário, utilizar-se do exercício da coerção legítima.

Capítulo 3 As políticas públicas e o processo constitucional democrático: uma gestão negociada para a construção de uma solução eficaz

3.1 O processo constitucional democrático nas políticas públicas

A atuação processual sofreu uma mudança radical desde o advento do Estado Social, e para além da aposta do ativismo de imposição coercitiva e consequencialista de comandos geradores de impactos orçamentários e outras consequências nefastas traduzidas em sentenças, deve-se ter uma abordagem participativa de oitiva plena dos interessados na construção da decisão judicial em renovada aplicação do princípio do contraditório, na qual todos os potenciais interessados deveriam ser ouvidos e convidados a participar.²³⁴

Essa perspectiva emerge, na medida em que a confiança nas virtudes diferenciadas dos juízes, em seu “ativismo sem fronteiras”, que alguns ainda defendem com ar de novidade, já deixou de ser algo defensável, para se transformar em um pesadelo para os órgãos de execução do Estado, pressionados a fornecer “decisões democraticamente formadas”, sem o auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade), sem a infraestrutura adequada e sofrendo críticas de todos os seguimentos da sociedade.²³⁵

Ante tal fato, não se pode admitir a possibilidade de um controle judicial, que permite ao juiz, sob o manto da realização dos valores e bens constitucionais, promover o exercício de preferências políticas através de programas públicos, em desconsideração a falta de legitimidade, a nítida limitação técnica, a ainda, das distorções que poderá gerar no sistema globalmente considerado.²³⁶

Essa visão olvida que o processo deve se desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado a blindagem (limite) às atividades equivocadas das

²³⁴ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 254.

²³⁵ Idem, p. 261.

²³⁶ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Ob. cit.*, p. 6.

partes, advogados e juízes e de outro garantir a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas.

Essa necessária abertura do processo advém com o próprio constitucionalismo moderno onde a legitimação do exercício da jurisdição passa a depender da participação, tendo como princípio basilar o contraditório, de forma que não há como se entender como legítimo ou democrático o processo que prive alguém de participar por razões de qualquer natureza.²³⁷ Assim, a legitimidade do processo judicial se liga a uma possibilidade real de participação, e não meramente formal.

Tal concepção ganha força argumentativa, ao se fazer uma releitura do processo judicial sob a perspectiva da Teoria Discursiva do Direito de Habermas, onde se verifica a importância da participação de todos os afetados pelo provimento jurisdicional na busca de uma solução mais legítima e efetiva.²³⁸ Para tanto, o processo judicial, ancorado no princípio do contraditório, deve buscar permitir a participação dos interessados na decisão judicial, em que cada parte assume a responsabilidade de seu papel para a construção de provimentos mais eficazes, na medida em que se permite a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas, conforme defende Habermas, *in verbis*:

“[...] a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação. Tal compreensão é incompatível, não somente com a ideia platônica, segundo a qual o direito positivo pode extrair sua legitimidade de um direito superior, mas também com a posição empirista que nega qualquer tipo de legitimação que ultrapasse a contingência das decisões legisladoras”.²³⁹

Sob essa perspectiva, Marinoni assevera que o processo judicial deve ser tratado como um instrumento pelo qual o Estado exerce seu poder-dever de dar proteção jurisdicional aos direitos, e na medida em que a noção de democracia é intrinsecamente ligada à

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 409.

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2v., 1997, 308.

²³⁹ *Idem*, p. 310.

de participação no poder, a legitimidade de seu exercício deve ser encontrada por meio da abertura democrática às partes interessadas no provimento jurisdicional.²⁴⁰

Não obstante, ao contrário do que acontece no processo legislativo, em que o ato de positivação do poder é fruto da participação de membros eleitos, significando participação indireta, o exercício do poder, no processo judicial, não depende de técnica representativa e não se assenta nos fundamentos da democracia participativa, mas, sim, da democracia direta cuja base principiológica se encontra no princípio do contraditório, presente na Constituição Federal na qualidade de um direito fundamental (art. 5º, LV).²⁴¹

Ainda de acordo com Marinoni, é patente que o contraditório, no processo civil contemporâneo, possui um significado completamente diferente daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal, onde se proibia tratar de forma diferente as diversas posições sociais e em que o próprio direito de ação era visto como um direito formal de propor uma demanda.²⁴² Nesse cenário, o princípio do contraditório era relegado a uma mecânica de contraposição de direitos e obrigações ou, como se tornou costumeiro afirmar, “tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação”.²⁴³

Nesse diapasão, o processo judicial deve ser visto como uma sequência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo magistrado ou até o acordo entre as partes, cuja formação todos concorreram, havendo o que Fazzalari²⁴⁴ denomina de “combinação”, na qual haveriam conexões entre normas, atos e posições subjetivas em meio ao processo, de forma que não é mais possível reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade, relegando-se o debate processual a segundo plano. Com base nessa concepção, e sob a visão constitucional democrática, tem-se que o processo judicial não deve ser calcado em uma relação de submissão das partes ao juízo, mas, sobretudo, de interdependência.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 405.

²⁴¹ *Idem*, p. 407.

²⁴² *Idem*, p. 409.

²⁴³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Ob. cit.*, p. 225.

²⁴⁴ FAZZALARI, Elio Fazzalari. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 91.

Sob essa perspectiva, tem-se que embora a Constituição veicule direitos fundamentais da sociedade, ela não deve ser utilizada como instrumento de modelagem de *todos* os espaços sociais, ignorando a área de livre conformação utilizada pelos agentes públicos para conduzir, com a participação dos atores sociais, às deliberações públicas na busca pelas soluções que irradiem efeitos coletivos sociais.²⁴⁵ Assim, o controle judicial deve servir para a proteção do processo democrático mediante a garantia de acesso e participação efetiva de todos os atores afetados pela decisão judicial na deliberação que precede a formulação das políticas públicas, consagrando as conquistas de canais comunicativos que propiciem o exercício pleno da cidadania.²⁴⁶

Nesses moldes, torna-se necessário o aumento da importância de um “processo constitucional democrático”, mas ao mesmo tempo com rechaço das formalidades processuais exacerbadas e das decisões judiciais solitárias.²⁴⁷

Sob esse prisma, a adequação para a escolha de uma ação de índole coletiva, a flexibilização do princípio da demanda, a plenitude dos limites de cognição, e a abertura do debate democrático dentro do processo judicial entre as partes interessadas, mostram-se de curial importância para a consecução dos objetivos constitucionais em seu núcleo essencial, sem que haja, para tanto, um desequilíbrio nas ações prioritárias dos demais poderes.

Assim, não se deve associar a defesa de mais um processo constitucionalizado com uma defesa de maior formalidade processual, uma vez que qualquer argumento nesse sentido, além de falacioso, impede a visão de uma das principais funções de qualquer processo constitucional, qual seja, garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos), além de permitir o controle dos argumentos solitariamente encontrados pelo órgão julgador, que sem o debate (sem o processo) certamente poderá se equivocar e gerar efeitos perversos, sem, ainda, esquecer a obtenção de eficiência na aplicação de direitos.²⁴⁸ O que deve se ter em vista é que as formas processuais buscam seus fundamentos nos direitos fundamentais, de forma que a inversão desses valores significaria nulificar um direito fundamental em favor de um formalismo processual.

²⁴⁵ Idem, *ibidem*.

²⁴⁶ Idem, *ibidem*.

²⁴⁷ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. *Ob. cit.*, p. 259.

²⁴⁸ Idem, *ibidem*.

Diante disso, tem-se que não é mais possível a defesa de uma visão puramente ativista da Magistratura, pois se mostra absolutamente romântica a visão de que o juiz solitariamente poderia, sem a expertise e sem a infraestrutura de planejamento e gestão, viabilizar, com precisão, políticas públicas e antever os impactos decisórios.²⁴⁹ Ainda segundo Lênio Streck, tal ativismo judicial sem fronteiras acaba por formar um círculo vicioso, pois “primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado...”²⁵⁰

Quando se percebe, na atualidade, que não lidamos somente com processos bipolares (um ator– um réu) acerca de processos patrimoniais, mas com processos multifacetados (questões fundiárias, saúde, minorias, meio ambiente, entre outras temáticas) com vários atores sociais, e que envolvem políticas de Estado, percebemos a necessidade de ampliar o foco da análise.

Para tanto, a busca de uma gestão comunicativa dentro do processo pressupõe o preenchimento de condições mínimas necessárias para a participação dos atores sociais, por meio de uma mudança de postura dos magistrados, e da utilização de meios e instrumentos que possibilitem a dialógica quanto à decisão e execução das políticas públicas.

Nesse cenário, o Poder Judiciário deverá assumir um papel de “gestor do processo judicial”, onde deverá promover sua democratização, chamar os interessados na decisão judicial ao debate, fomentar o diálogos entre as partes (atores públicos e sociedade civil), e conduzir para a solução mais efetiva para a implementação de políticas públicas que versem sobre direitos sociais.

3.2 O Poder Judiciário como agente catalizador para o consenso entre atores das políticas públicas

²⁴⁹ Idem, p. 252.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito–objeto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 110/111.

Conforme destaca o Juiz Federal Antonio Fernando Silva,²⁵¹ vivemos hoje uma situação paradoxal no Poder Judiciário brasileiro, pois os magistrados produzem cada vez mais decisões judiciais (sentenças e acórdãos), mas por outro lado tem-se uma crise de falta de efetividade desses provimentos que é ligada, sobretudo, a soluções judiciais prolatadas de forma isolada e que acabam por se mostrar descoladas da realidade.

Esse isolacionismo, ainda segundo o referido juiz,²⁵² deve-se a uma cultura judiciária que mantém os magistrados confinados em seus gabinetes, e as audiências, única oportunidade de reunião dos interessados, são relegadas ao ostracismo. A única conversação estabelecida é a peticionada, cartorária e arcaica manifestação escrita. A dialética é fria, distante, impessoal e inexitosa. Para solucionar tal crise, o referido magistrado defende uma mudança de atitude dos juízes, a fim de buscar soluções mais eficazes, por meio do aprofundamento da relação com as partes.

Sob esta perspectiva, e dada a importância do direito veiculado em juízo das ações que versem sobre políticas públicas, o Poder Judiciário deverá atuar como um mediador entre as partes, buscando a aproximação entre os atores sociais, fomentando o debate, a fim de que elas cheguem a uma solução que atenda aos interesses da população,²⁵³ ao tempo que não provoque um desequilíbrio em outras ações prioritárias do Estado.

Casos envolvendo a interferência judicial na organização e operação dos agentes administrativos públicos encarregados de subsidiar e planejar as políticas públicas, já vem se tornando comum em outros países (como nos Estados Unidos) com abordagem não mais centrada no juiz e sim na interlocução ativa de todos os envolvidos (comparticipação), inclusive se diminuindo os riscos.²⁵⁴ Para tanto, o Poder Judiciário deverá assumir um importante papel de estimular e promover o diálogo entre os atores das políticas públicas no processo judicial.

Essa postura “proativa” dos magistrados que aqui se defende, deve ser entendida como uma participação mais efetiva dos juízes na condução do processo com a utilização de seu poder diretivo e de suas faculdades instrutórias na busca da dialógica entre as

²⁵¹ SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral (e). A técnica dos acordos na Justiça Federal. *Revista da Escola da Magistratura da 5ª Região*, Recife, nº 7, 2004, p. 74.

²⁵² Idem, pp. 77/78.

²⁵³ VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal: a indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*. Brasília, ano 1, n. 2, jul./dez., 2011, p. 141.

²⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 250.

partes, sem se afastar de sua condição e da garantia de que as partes possuem a um julgador imparcial.

Para tanto, o juiz deve capitanear o processo aproximando-se dos demais operadores. Não se faz justiça sozinho e isolado. A nova justiça é cidadã e participativa, onde há a divisão de responsabilidades, em um relação de interdependência, em que se procura integrar todos os envolvidos na solução dos problemas e litígios. Como é o fator humano o diferencial, a aproximação física é o meio necessário à comunicação eficaz, à conversação, ao diálogo, ao entendimento.²⁵⁵

Para tanto, o magistrado deve abandonar a inércia e adotar uma disposição proativa: visitar as entidades públicas com as quais se relaciona processualmente, estabelecer contato mais estreito, conhecer a realidade daquelas organizações, tais como a União, o INSS, a Caixa Econômica Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público Federal, etc.²⁵⁶ Conhecer as dificuldades e as potencialidades evita medidas judiciais divorciadas da realidade, previne mal-entendidos e abre canais de conversação e entendimento capazes de viabilizar rotinas e procedimentos de trabalho desburocratizados e produtivos para todos.

Imbuído desse novo papel para o Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 29 de novembro de 2010, a Resolução nº 125²⁵⁷ em que disciplina a política nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário buscando a aproximação das partes em busca de uma solução consensual.

Segundo André Azevedo²⁵⁸, a abordagem do conflito consagrada na retro citada Resolução, se conduzida com técnica apropriada, tende a ser um importante meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação de seres humanos. Além disso, quando adequadamente impulsionada pelo Judiciário, vai estimular relevante alteração no seu papel e nos níveis de satisfação da população, pois, segundo o autor, já foi constatado que o nosso

²⁵⁵ SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral (e). *Ob. cit.*, p. 78.

²⁵⁶ Idem, *ibidem*.

²⁵⁷ Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em 28 out. 2014.

²⁵⁸ AZEVEDO, André Gomma (de). *Manual da Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 283.

ordenamento jurídico processual se organiza em processos destrutivos, lastreados no direito positivo.²⁵⁹

Ainda de acordo com o retro citado autor, o objetivo do Conselho Nacional de Justiça foi o de criar a necessidade de tribunais e magistrados a abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores, de forma que a pergunta recorrente no Poder Judiciário deixa de ser “como devo sentenciar em tempo hábil” e passou a ser “como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo”.²⁶⁰

Para tanto, investe-se em novas perspectivas metodológicas da administração da justiça que se reflete em uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador, mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do sistema de resolução de conflitos.

Desta forma, não se pode mais conceber uma figura inerte do magistrado, passivo e incapaz de reagir e agir por uma justiça mais eficiente e mais próxima da verdade real, onde se busca uma solução dotada de efetividade com auxílio dos interessados na decisão e com o menor dano possível à parte que sucumbe.

Assim, a figura do juiz neutro e por demais passivo na instrução processual, deve dar lugar a um Poder Judiciário mediador e pacificador onde se busca, através dos meios e instrumentos judiciais disponíveis, promover o efetivo diálogo entre os atores sociais, revolver todos os argumentos de ordem fática, técnica e jurídica, objetivando a efetivação dos direitos sociais humanos com a correção e o realimento das políticas públicas, através da plasticidade conferida, tanto no juízo de cognição como no cumprimento da decisão judicial.

3.3 Dos meios e instrumentos judiciais de participação dos atores e interessados nas políticas públicas

²⁵⁹ Idem, p. 283.

²⁶⁰ Idem, p. 285.

Para além de uma abordagem centrada num ativismo incontrolado e sem a expertise necessária (com amplo conhecimento da magistratura de inúmeros campos do conhecimento que não fazem parte de sua formação mais profunda) se defende o vetor processual, com ampla participação dos interessados, para a obtenção de decisões mais legítimas e eficientes.²⁶¹ Nesse turno, a abordagem processual policêntrica e participativa deve mediar este novo papel do processo e da Jurisdição, notadamente quando se tratar de direitos fundamentais sociais.

Essa perspectiva é trazida por Peter Häberle, que apregoa uma mudança de postura do Estado frente ao cidadão, com a pluralização da hermenêutica constitucional e a incorporação ao sistema jurídico de uma *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*.²⁶²

Tocado por essa concepção de abertura procedimental,²⁶³ o direito brasileiro trouxe diversas inovações trazidas pela Lei nº 9.868/99 e 9.882/99 no intuito de modificar o processo de interpretação constitucional “fechada” e adstrita aos órgãos oficiais da jurisdição, tais como: a) possibilidade de o relator das ações de controle abstrato de constitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (§ 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99), institucionalizando-se a figura do “*amicus curiae*”; b) extensão dessa mesma possibilidade (admissão do “*amicus curiae*”) aos relatores de processos subjetivos em apreciação nos tribunais (§ 3º do Art. 482 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 9.868/99); c) possibilidade de os legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade se manifestarem, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo tribunal, assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos, tudo isso em

²⁶¹ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. Ob. cit., p. 254.

²⁶² A contribuição de Peter Häberle pluralizou o debate sobre o direito constitucional brasileiro, popularizando o Supremo Tribunal Federal, que já promoveu inúmeras audiências públicas com a finalidade de permitir a intervenção da sociedade em processos submetidos à sua apreciação. O trabalho de Peter Häberle pode ser conferido em: *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, reimpressão 2007 e *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

²⁶³ MONTEIRO, Maurício Gentil. A realização de audiências públicas e o ativismo judicial do STF – revisando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine dos Santos (de) (Coord.). *Direitos fundamentais em construção – Estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Brito*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 287/288.

processos subjetivos (§ 2º do art. 482 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 9.868/99); d) possibilidade de manifestação de terceiros, nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante (§ 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006); e) possibilidade de o relator admitir, na análise da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em recurso extraordinário, a manifestação de terceiros, nos termos do regimento interno do STF (§ 6º do Art. 543-A do CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2006); f) possibilidade de o relator das ações de controle abstrato de constitucionalidade, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou situação de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99 e § 1º do art. 6º da Lei nº 9.882/99); g) possibilidade de o relator das ações de controle abstrato de constitucionalidade, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou situação de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99 e § 1º do art. 6º da Lei nº 9.882/99); h) finalmente, a possibilidade de o relator das ações de controle abstrato de constitucionalidade, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou situação de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99 e § 1º do art. 6º da Lei nº 9.882/99).

Essas inovações permitem a participação dos interessados na formação da decisão judicial, e estão sendo cada vez mais utilizadas em nosso cotidiano forense, mostrando-se decisivas para a busca de uma solução mais efetiva e com menor dano possível à parte sucumbente, notadamente em ações judiciais que versem sobre direitos fundamentais que irradiem efeitos coletivos.

Sob este prisma, Marinoni alerta que não há como o juiz exercer isoladamente o ofício de delimitar o conteúdo aberto das normas de direitos fundamentais e dos valores constitucionais.²⁶⁴ Assim, para o referido autor, e na linha de Habermas, o juízo deve examinar os conteúdos das normas controvertidas em conexão com os pressupostos comunicativos e

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 458.

condições do processo democrático que permita a participação dos interessados para a formação do consenso no espaço público.²⁶⁵

Diante disso, a análise a partir do processo constitucional democrático busca subsidiar uma concepção da processualização dos direitos não sob a ótica do ativismo sem fronteiras do juízo, mas do debate interdependente de todos os interessados na decisão, dentro de seus papéis, inclusive com o potencial chamamento de órgãos governamentais com a adequada expertise para participação (direta ou como *amicus curiae*) e com um contraditório dinâmico e concentrado para subsidiar melhores e mais eficientes decisões.²⁶⁶ Para tanto, dois meios se apresentam como de fundamental importância para essa atuação policêntrica: a audiência pública e a participação direta dos atores sociais na fase de instrução processual.

3.3.1 A audiência pública

Um dos principais instrumentos de democratização dos procedimentos judiciais que o Poder Judiciário poderá lançar mão é o da **audiência pública**, *locus* que permite a participação da sociedade e dos atores públicos na decisão mais adequada, e assim, evitar provimentos inexecutáveis ou desarrazoados, a exigir, inclusive, que o cidadão seja mais *proativo e protagonista* (menos passivo e súdito) do Estado Constitucional Democrático, conforme preconiza o princípio da participação.²⁶⁷

Segundo Fredie Didier, a finalidade da audiência pública transcende a mera informação, atingindo o ideal da democracia direta, na qual “os destinatários dos atos poderão efetivamente intervir na formulação de políticas públicas, dando contornos que mais se amoldem as suas reais e efetivas necessidades”.²⁶⁸ Ainda de acordo com autor, além da perspectiva prática, de ampliar a visão sobre o tema em debate e sobre as efetivas necessidades da comunidade, as

²⁶⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶⁶ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática *Ob. cit.*, p. 254

²⁶⁷ Sobre o princípio da participação vide Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 3 ed., 2004, pp. 17, 28, 87.

²⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ob. cit.*, p. 223.

audiências públicas ainda servem como forte fator de formação da convicção no apoio dos órgãos públicos tornando-se, para tanto, imprescindível na tomada de decisões e no preparo do tecido social para a mudança de comportamentos sociais arraigados de desrespeito (até má compreensão) da Constituição da República.²⁶⁹

Tal concepção, embora possível desde as retro citadas leis nº 9.868/99 e 9.882/99, apenas tocou o ordenamento jurídico brasileiro na ocasião da ADIn nº 3510 contra partes da Lei de Biosegurança, no que tange à pesquisa com células-tronco embrionárias, e a data de 20 de abril de 2007, “entrou para a história do Supremo Tribunal Federal porque neste dia a população brasileira passou a ter voz ativa nas decisões mais polêmicas do Supremo, por meio das audiências públicas”.²⁷⁰ Ainda segundo consta no próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, “nesses encontros, os ministros da Corte são apenas ouvintes. Os protagonistas são os representantes de segmentos da sociedade civil e do governo, os quais expõem seus argumentos no intuito de auxiliar os votos que, mais tarde, serão dados no Plenário pelos onze magistrados do tribunal”.²⁷¹ Na retro citada ação judicial, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, foram ouvidos 17 especialistas – entre médicos, pesquisadores, biólogos, professores universitários, religiosos e representantes da sociedade civil – que debateram com profundidade todos os aspectos que envolviam a liberação das pesquisas em células-tronco extraídas de embriões humanos. A audiência pública subsidiou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 contra partes da Lei de Biossegurança, e um mês depois da audiência, em 29 de maio daquele ano, o Supremo acolhia por maioria o voto do relator, cuja posição foi favorável à Lei de Biossegurança da maneira como aprovada pelo Congresso. Na prática, foram liberadas as pesquisas com as células-tronco embrionárias.

Embora a referida audiência pública não tenha tratado em si sobre uma política pública de caráter social, teve o condão de despertar na nossa Suprema Corte a importância desse instrumento como meio de abertura democrática do processo para a formação de melhores e mais eficientes decisões.

²⁶⁹ Idem, *ibidem*.

²⁷⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643>>. Acesso em 22/02/2013.

²⁷¹ Idem.

Seguindo essa tendência, e se utilizando da audiência pública como meio hábil de abertura democrática nos processos envolvendo programas sociais do Estado, a nossa Corte Suprema protagonizou um importante momento para o nosso Direito quando do julgamento acerca do controle judicial das políticas públicas de saúde e a concessão de medicamentos.²⁷² A Audiência Pública foi convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes. Na ocasião, foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade na Audiência Pública balizaram o julgamento dos processos de competência da Presidência que versavam sobre o direito à saúde.

Nesse contexto, é importante destacar, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal que já determinaram a realização de audiências públicas o fizeram sempre levando em conta não apenas a autorização legal, mas também o fundamento axiológico, qual seja, a necessidade de que a interpretação constitucional seja aquela decorrente da maior abertura possível aos mais diversos pontos de vista e plurais opiniões existentes no seio da sociedade, de modo a melhor legitimar a decisão final a ser tomada.²⁷³

Com esse enfoque, o Ministro Ricardo Lewandowski fundamentou a convocação de audiência pública instrumental à ADPF n° 186 e RE 597285, quando da discussão dos sistemas de reserva de vagas em universidades federais por critérios raciais e para egressos de escolas públicas:

“O debate em questão consubstancia-se na constitucionalidade do sistema de reserva de vagas, baseado em critérios raciais, como forma de ação afirmativa de inclusão no ensino superior.

A questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, o uso de critérios raciais nos programas de admissão das universidades brasileiras.

Além disso, evidencia-se a repercussão social, porquanto a solução da controvérsia em análise poderá ensejar relevante impacto sobre políticas públicas que objetivam, por meio de ações afirmativas, a redução de desigualdades para o acesso ao ensino superior.”
(grifei)

²⁷² A Audiência Pública foi convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes. Na ocasião, foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade na Audiência Pública balizaram o julgamento dos processos de competência da Presidência que versavam sobre o direito à saúde, destacando-se os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n°s 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n°s 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n°s 2361, 2944, 3345 e 3355.

²⁷³ MONTEIRO, Maurício Gentil. *Ob. cit.*, p. 291.

Na mesma toada foram as declarações do então Presidente da Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes, por ocasião das audiências públicas por ele designadas para discussão da retro citada ação sobre saúde pública e o Sistema Único de Saúde:

“Os senhores sabem que essa é uma das questões mais sensíveis hoje afetas à decisão, não só do STF, mas de todo o Judiciário brasileiro. Saber como decidir essas questões de fornecimento de medicamentos, de determinação sobre vagas em UTI, fila de transplante. Nós temos, inclusive, na presidência do STF muitos casos que aqui chegam e que os estados ou os municípios se rebelam contra essas decisões judiciais, daí a necessidade desses subsídios. Estamos tendo uma participação ampla, das várias esferas de governo, das várias esferas da sociedade e dos segmentos técnicos para que possamos ter um juízo seguro sobre o assunto.

[...]

A audiência serve também para legitimar, para fortalecer o nosso entendimento do ponto de vista técnico, **mas ela serve, antes de tudo, para fortalecer, para que nós possamos entender a complexidade desse sistema. Quando um juiz dá uma liminar num determinado caso, ele tem aquele caso, mas isso reflete depois em milhares de casos, e muitas vezes isso pode provocar alguma desorganização no sistema, de modo que nós temos que olhar isso como um todo. E veja, todos nós estamos interessados, membros do Ministério Público, membros da sociedade civil e os próprios juízes.**” (grifei)

Não obstante, ante a legitimidade e eficiência trazidas pelas audiências públicas, verifica-se em nosso ordenamento jurídico a proliferação de normativos editados pelos três poderes, e em todas as unidades da federação, que preveem esse instrumento como meio adequado para abertura democrática e formação de decisões mais efetivas, conforme se depreende no âmbito do Poder Executivo, da Lei Complementar nº 101/2000, art. 166, § 1º, no Poder Judiciário dos art. 13 e 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em sede do Poder Legislativo, os arts. 90 e 93 da Resolução nº 93/1970 do Senado Federal, bem como dos arts. 21, 24, 255, 256 e 258, da Resolução nº 17/89, da Câmara dos Deputados, mencionando-se ainda, a Portaria nº 527, da Advocacia-Geral da União, e art. 69 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, dentre vários outros.

Desta feita, a introdução da audiência pública como um dos principais mecanismos na jurisdição constitucional brasileira tem se mostrado de fundamental importância para subsidiar as decisões dos juízos nas ações que versem sobre políticas públicas, na medida em que a participação dos atores sociais permite a colheita de provas e informações, bem como impele a busca de soluções efetivas sem desorganizar o sistema, conforme assinalado pelo Ministro Gilmar Mendes.

A despeito disso, outro meio que se mostra tão ou mais importante para a abertura democrática na busca de uma solução mais efetiva, é a própria participação direta dos atores sociais durante a instrução do processo.

3.3.2 A participação direta dos atores sociais na instrução processual

Além da audiência pública, outro meio a ser utilizado, a partir da premissa do controle democrático, e de suma importância para a correção e o realinhamento dessas políticas pelo Poder Judiciário, diz respeito à **participação direta dos atores responsáveis pela política pública na proposição da melhor solução para o cumprimento da decisão judicial**. Tem-se, que a participação de tais atores na construção do provimento jurisdicional, durante a instrução do feito, possibilita a real exequibilidade da decisão, pois sendo fruto dialógico com os demais poderes, a solução apresentada, discutida e aquiescida pelas demais partes no processo, tende a ser a mais adequada e efetiva.

Para tanto, a já mencionada postura proativa dos magistrados se torna essencial, na medida em que eles devem se utilizar do seu poder diretivo e de faculdades de instrução processual para chamar e aproximar os atores sociais equilibrando a relação entre eles, em um renovado e dinâmico contraditório, a fim de buscar uma solução judicial que atenda aos interesses das partes, sob o manto do processo constitucional democrático.

E é com base no princípio do contraditório e, por consequência, no da efetividade normativa, que se deve impelir o diálogo incessante entre os sujeitos processuais, de modo a impedir decisões judiciais ineficazes e a imposição de argumentos estratégicos e persuasivos de uma parte bem assessorada tecnicamente.²⁷⁴ Para tal desiderato, mostra-se de curial importância o juízo ter de buscar o equilíbrio processual entre as partes, por meio da distribuição adequada do ônus da prova.

²⁷⁴ ²⁷⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Ob. cit., p. 241.

Com efeito, nosso Código de Processo Civil acolheu a teoria do ônus da prova, distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório ao autor, que possui a incumbência de provar os fatos constitutivos do seu direito, bem como do réu que deve provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 333, do Código de Processo Civil).²⁷⁵ Todavia, no sentir de Fredie Didier, “essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia o sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos”.

Nesse sentido, para Ada Pellegrini, o contraditório, como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo judicial constitui o resultado de uma concepção da relação jurídica processual, da qual emerge o conceito de *par contitio*, ou igualdade de armas.²⁷⁶ Ainda de acordo com a autora, essa “igualdade de armas” deve ser entendida como equilíbrio de situações em contraposição a concepção estática do contraditório onde correspondia apenas a uma igualdade formal entre as partes.²⁷⁷

Desta forma, segundo Marinoni, o juízo (assim como faz o legislador) está obrigado a estabelecer “discriminações necessárias” para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso em paridade de armas.²⁷⁸

Imbuído por este espírito, o Anteprojeto do Código de Processo Civil Coletivo estabelece em seu artigo 11, que “o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.”

Tal previsão no referido anteprojeto, nas lições de Fredie Didier, justifica-se, pois nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído e, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir uma decisão judicial desfavorável àquele que não se desimcunbiu do seu encargo de provar.²⁷⁹ Assim, para o autor, essa concepção, é embasada nos princípios da

²⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ob. cit.*, p. 291.

²⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense, 1990, p. 7.

²⁷⁷ Idem, *ibidem*.

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 409.

²⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ob. cit.*, p. 291.

adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade,²⁸⁰ onde o processo judicial deve servir, notadamente, para a construção da realidade.

Diante disso, é inexorável que se tenha uma leitura do contraditório como uma garantia de influência a permitir a participação dos atores sociais no desenvolvimento e resultado do processo em condições substanciais de igualdade, onde o processo judicial funciona como uma sequência de atos valorados cuja formação todos participaram.

Nesse giro, Dierle Nunes aduz que esse contraditório remodelado se constitui em verdadeira garantia de “não surpresa” que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência”²⁸¹ se exare decisões judiciais ineficazes e divorciadas com as condições das partes.

Para tanto, o processo judicial deverá ser utilizado não como um fim em si mesmo, mas como um itinerário que conduza os atores sociais para a construção da realidade, a fim de veicular uma decisão judicial que atenda aos interesses da sociedade, mas que seja exequível no plano fático por parte do Estado.

Diante disso, verifica-se que, no âmbito cognitivo, o discurso processual na atualidade mostra uma mudança clara de enfoque.

Sob esse aspecto, Dierle Nunes ressalta que os sistemas processuais modernos, sejam de *commom law* ou de *civil law*, dimensionaram suas fases ou procedimentos cognitivos em estruturas bifásicas em que, numa primeira fase técnica, ocorre a preparação do debate (v.g. audiência preliminar, com a fixação de pontos controvertidos, e preparação escrita do tema da prova) e, numa segunda fase, a discussão endoprocessual de todos os argumentos relevantes (v. g. audiência de instrução e julgamento).²⁸²

Não obstante, o referido autor observa que a preocupação recorrente e mais importante no passado, com a fase de produção de provas (segunda fase procedimental), no intuito de garantir o direito constitucional à prova, vem sendo deslocada paulatinamente para a primeira fase, na qual ocorre a preparação do debate e da produção de provas, uma vez que se percebeu que a depuração quase completa das questões objeto do processo permite um diálogo

²⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ob. cit.*, p. 291.

²⁸¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Ob. cit.*, p. 229.

²⁸² *Idem*, p. 241.

profícuo, seja em procedimentos marcadamente escritos, seja em procedimentos notadamente orais, e impedem que a futura decisão judicial seja fruto solitário do pensamento judicial.²⁸³

Sob este prisma, Dierle Nunes²⁸⁴ apresenta um modelo de participação direta na construção do provimento judicial, a partir do nosso modelo de cognição bifásico, que seria constituído por uma primeira fase preparatória e por uma segunda fase de discussão.

A primeira fase seria o *locus* de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes.

Segundo Antonio Fernando Silva, é nessa fase que o Juiz deve abandonar a inércia e adotar uma postura mais proativa visando a abertura do processo judicial, por meio de visitação e convocação das entidades públicas que fazem parte do processo para conhecer suas realidades, a fim de se abrir um canal de conversação.²⁸⁵ Além disso, o magistrado deve se reunir com as partes, e seus Advogados Públicos e privados, munido de uma pauta com casos congêneres onde se demonstre a possibilidade de uma solução consensual, seja porque a matéria se encontra pacificada, ou pelo fato de que a matéria de fato não se mostra complexa no aspecto cognitivo,²⁸⁶ a despeito de eventual dificuldade no cumprimento de decisão judicial, que também deverá ser objeto de debate abrindo-se, assim, duas vertentes de defesa: a jurídica e a econômica.

A defesa jurídica é o primeiro campo de resistência, tendo lugar nos processos enquanto exista ou persista a discussão sobre a melhor exegese da norma de direito fundamental tida por violada no caso concreto, como no caso da violação ao direito à educação por falta de escola em determinado município capaz de atender o número de crianças.

A defesa econômica, exsurge após a pacificação da matéria ou reconhecimento por parte da ré acerca da violação de direito fundamental por ausência ou deficiência de uma política pública, sendo que a economia de divisas viria no “desconto” de parte da condenação ou do modo de cumprimento da obrigação menos oneroso para o autor da violação a direito fundamental.

²⁸³ Idem, p. 242.

²⁸⁴ Idem, pp. 243/244.

²⁸⁵ SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral (e). *Ob. cit.*, p. 78.

²⁸⁶ Idem, *ibidem*.

Nessa fase preparatória, para Dierle Nunes²⁸⁷, poderia haver também a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos os pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais. Não obstante, na excepcional hipótese de surgimento de novos fatos e argumentos jurídicos no curso da segunda audiência, deveria ser garantida a discussão em contraditório com sua implementação plena.

Essa aproximação entre as partes onde se promove a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos Jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz da coação neoliberal de prejulgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexecutáveis), é de suma importância, pois concede ao juiz uma enorme gama de argumentos e possíveis soluções, de forma que se reduz “a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa”.²⁸⁸

Assim sendo, deve os atores responsáveis pela política pública, dentro do processo judicial, perquirir meios justos e equânimes para sua realização progressiva dos direitos fundamentais, e não se furtar ao seu cumprimento. E esta busca será mais eficaz se as necessidades de todas as partes forem expostas e visando à melhor solução, isto é, àquela capaz de atender a todas as partes,²⁸⁹ inclusive, por meio de acordo entre os atores sociais.

Embora a solução do acordo nas demandas coletivas que versem sobre políticas públicas sociais não tenha previsão legislativa, tal meio não se mostra defeso, pois “todas as soluções possíveis para a disponibilização dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal são admissíveis no processo coletivo desde que objetivem a correção de desigualdades”.²⁹⁰

²⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Ob. cit., pp. 243/244.

²⁸⁸ Idem, ibidem.

²⁸⁹ THOMÉ, Débora Dias. *O Poder Judiciário e a efetivação de políticas públicas: A mediação como padrão de atuação nos processos coletivos*. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/26-volume-2-numero-4-trimestre-01-10-2011-a-31-12-2011/136-o-poder-judiciario-e-a-efetivacao-de-politicas-publicas-a-mediacao-como-padrao-de-atuacao-nos-processos-coletivos>. Acesso em: 23 ago. 2014.

²⁹⁰ CANELLA JUNIOR, Osvaldo. Ob. cit., p. 154.

3.4 A construção do acordo judicial entre os atores das políticas públicas: os direitos indisponíveis e o mínimo existencial

Ao se suscitar sobre a viabilidade de um acordo judicial nessas ações coletivas, como fruto de um consenso entre os atores das políticas públicas, uma indagação surge de imediato: como compatibilizar um acordo entre aquelas partes tendo em vista que os direitos fundamentais sociais são direitos indisponíveis?

De início, e conforme já salientado, no exercício de suas ações políticas, por meio de seu aparato burocrático, o Estado deve realizar decisões de caráter público, a fim de se efetivar os direitos sociais humanos descritos na Constituição, através da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir tais metas, isto é, por meio de políticas públicas propriamente ditas.²⁹¹

Todavia, dado o caráter principiológico das normas de direitos sociais humanos, e ainda, que seus mecanismos de efetivação se dão por meio de normas que veiculam programas de ação estatal, tem-se que não existe uma fórmula específica de *como* o Estado deverá efetivar tais direitos, e nem o *grau* (qualitativo ou quantitativo) para a sua fruição.

Apesar disso, reconhece-se que os direitos sociais humanos apresentam um núcleo central, que deve assegurar o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana²⁹². Sob esta perspectiva, esse núcleo essencial dos direitos sociais humanos, identificados como as condições mínimas para a existência humana digna e pressupostos iniciais para a participação democrática, corresponde ao pressuposto para o funcionamento adequado do sistema jurídico-democrático e constitui, portanto, matriz irreduzível e indisponível para os poderes públicos²⁹³. Portanto, existe um núcleo intangível dos direitos fundamentais sociais que não se sujeita a obstáculos de ordem democrática ou institucional.

Nesse contexto, ao se levar um determinado caso perante o Poder Judiciário, dever-se-á densificar o direito, através da verificação da ocorrência de lesão a um direito social

²⁹¹ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: Enrique Saraiva e Elisabete Fernandes, Orgs. *Políticas Públicas*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006, p. 29.

²⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.*, p. 13.

²⁹³ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Ob. cit.*, p. 10.

humano nesse núcleo intangível, cujo nexos de causalidade deverá ser em decorrência de omissão ou deficiência de uma política pública estatal, e caso se declare a violação ao direito fundamental, promove-se a correção e o realinhamento desse programa de Estado.

Sob essa perspectiva, poderá haver no curso do processo judicial, seja na fase de cognição, de maneira espontânea, ou mesmo por meio de decisão judicial, o reconhecimento da efetiva lesão a direito fundamental, de forma que existirá a transferência para a arena do Poder Judiciário das ações políticas do Estado, isto é, uma “política pública de execução forçada” (tendo em vista que não foi originalmente prevista pelo Poder Público), a qual deverá ser norteadada pela extração do núcleo dos direitos sociais a um mínimo existencial para o realinhamento dessa política.

Para tanto, deve-se buscar equacionar, entre os legítimos vetores do “economicamente viável” e o “socialmente almejado”, uma solução para a concretização dos direitos sociais humanos.²⁹⁴ Entretanto, não são raras as decisões concedidas pelo Poder Judiciário a certas prestações para fruição de direitos sociais, em que se ignora a análise macroeconômica promovida no âmbito dos planos e direção da ação governamental, e que acabam por gerar efeitos na gestão pública no oferecimento de bens sociais por meio de outras políticas públicas essenciais.²⁹⁵

Assim, muitas vezes a solução pedida na inicial e dada pelo provimento jurisdicional é por demais onerosa para o Estado, de difícil execução, ou até mesmo inexecutável no plano fático, e uma solução mais simples e menos dispendiosa para o erário poderá ser apresentada para a efetivação de um direito social violado em seu núcleo essencial, razão pela qual, a aproximação entre os atores das políticas públicas se torna fundamental para a construção de um consenso (acordo) para a efetivação desses direitos. Tomemos como exemplo, a hipótese de o Poder Judiciário ter dado provimento ao pedido do autor e tenha condenado determinado Município a uma obrigação de fazer, consubstanciada na construção de uma escola, tendo em vista que a única escola da cidade já não mais albergava o total de crianças. Nesse caso, ante a comprovada lesão ao direito social humano à educação, que foi densificada como a impossibilidade de acesso de crianças à educação fundamental por falta de escola, o Estado

²⁹⁴ Idem, p. 11.

²⁹⁵ Idem, *ibidem*.

poderá propor uma solução alternativa como a ampliação do estabelecimento já existente, ou o fornecimento de transporte gratuito para essas crianças para a escola mais próxima, caso existam vagas.

Em um estudo sobre tutelas que versem sobre interesses transindividuais, Hugo Nigro Mazzilli²⁹⁶ assevera que o juiz somente poderá admitir transações que não envolvam disponibilidade do conteúdo material do litígio, mas que se deve admitir um acordo judicial que verse sobre o modo de cumprimento da obrigação. Igualmente, e pelo mesmo raciocínio, o que haverá nestas ações coletivas que versem sobre as políticas públicas sociais não é uma transação propriamente dita, pois aqui também não se transige um direito (fundamental social), isto é, não se trata de uma renúncia, mas de um ajuste de vontades para a consecução dos “meios” de efetivação desses direitos.

É certo que o limite, por vezes, é tênue, mas a jurisprudência já vem entendendo que esse princípio da indisponibilidade não é absoluto, e devem ser conjugados com os demais princípios constitucionais e analisados no caso concreto com o fim de atender os interesses sociais. Nessa linha de entendimento, encontra-se o paradigmático acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 253-885-0/MG,²⁹⁷ Rel. Min. Ellen Gracie, que embora tenha versado sobre uma transação entre o Município e servidoras públicas acerca de valores a receber, tratou-se da flexibilização do princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos em detrimento de uma solução mais efetiva, *in verbis*:

“Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. **Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.**” (grifei)

Portanto, a iniciativa do acordo, através do emprego da dialógica entre os atores sociais empreendidas pelo Poder Judiciário, mostra-se de curial importância para o Estado e para

²⁹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 313.

²⁹⁷ Publicado no DJ 21.06.02. Acórdão disponível na íntegra no site <http://www.stf.jus.br>, acesso em 12.12.08.

a sociedade, pois não se trata da renúncia desses direitos sociais humanos, mas da busca de caminhos mais eficientes e céleres para efetivação desses direitos.

3.4.1 A instrumentalização do acordo e o termo de ajustamento de conduta

A ausência de um instrumento jurídico específico que sirva para formalizar um acordo entre os atores das políticas públicas não poderá servir como fator impeditivo para a efetivação dos direitos sociais humanos veiculados pelos programas de ação estatal. Para tanto, e através de uma análise sistêmica, deve-se buscar apenas o instituto adequado para tanto.

Conforme assinala Osvaldo Canela,²⁹⁸ à falta de outra estrutura mais adequada para veicular processualmente a discussão das políticas públicas sociais, e a despeito de outros instrumentos de caráter coletivo, conforme já mencionado (v.g. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, dentre outras), tem-se utilizado ordinariamente, por analogia, a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) como instrumento processual de tutela coletiva para melhor efetivação da proteção desses mesmos direitos e interesses difusos e coletivos, contando-se, ainda, como destaca Ada Pellegrini, com os bons os préstimos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), no que tange a melhora na sistemática processual daquele mesmo instrumento.²⁹⁹

A utilização da Lei Civil Pública como instrumento processual analógico se deve ao fato da transindividualidade de direitos não disponíveis versados nesse tipo de ação, que se adequa com tranquilidade às ações que tratem de políticas públicas sociais, que também defendem direitos metaindividuais. Ora, se é possível a utilização da ação civil pública ou de outra ação coletiva para instrumentalizar um direito social humano que tenha efeito coletivo, é natural que seus instrumentos subjacentes, desde que atenda os requisitos necessários, também o sejam.

Com efeito, a redação originária da Lei de Ação Civil Pública sofreu um forte impacto positivo com a previsão do CDC, em seu art. 113, que acrescentou o parágrafo 6.º ao seu

²⁹⁸ CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Ob. cit.*, p. 148.

²⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ob. cit.*, p. 19.

art. 5.º, e previu a possibilidade dos órgãos públicos tomarem dos interessados “compromisso de ajustamento de sua conduta”, “mediante cominações” entre as partes “afeta à proteção de quaisquer interesses transindividuais, sejam ou não ligados às relações de consumo”.³⁰⁰

Em razão disso, e dada a importância peculiar desse tipo de instrumento para a tutela dos interesses coletivo *lato sensu*, verifica-se a previsão legislativa do Termo de Ajustamento de Conduta no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), nos arts. 85 e seguintes da Lei Antitruste (Lei n.12.529/11), bem como no art. 74, inc. X e no art. 93, ambos do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03).³⁰¹

Segundo José Santos Carvalho Filho,³⁰² o termo de ajustamento é o reconhecimento implícito da parte de que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais. Assim, continua o autor, por meio do termo de ajustamento de conduta, o direito não pode ser renunciado, uma vez que o termo deve levar aos mesmos efeitos que seriam alcançados se o direito coletivo *lato sensu* jamais tivesse sido agredido ou ameaçado de violação.

Sob esse prisma, depreende-se que o substrato principal do termo de ajustamento de conduta versa sobre a irrenunciabilidade dos direitos e forma de cumprimento da obrigação, e, nesse sentido, pode ser facilmente aplicado às ações coletivas que tratam sobre direitos sociais em sentido estrito.

Não obstante, Geisa de Assis Rodrigues,³⁰³ ao tratar sobre direitos transindividuais e ação civil pública, salienta ser possível a conciliação envolvendo direitos coletivos *lato sensu*, desde que não seja enquadrada na espécie *transação*, pois tal instrumento versa sobre relações patrimoniais disponíveis no âmbito do direito privado. Igualmente, a autora salienta que essa conciliação deverá ser limitada, pois o direito material difuso ou coletivo não pode ser renunciado e o órgão que concilia deve representar adequadamente os interesses dos titulares do direito, adequação esta presumida por lei ou conquistada mediante a consulta direta

³⁰⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ob. cit.*, p. 305.

³⁰¹ *Idem*, pp. 301/306.

³⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo* (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 222.

³⁰³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 59.

dos interessados. Por fim, conclui que o termo de ajustamento de conduta seria um equivalente jurisdicional, pois é capaz de resolver conflitos de interesses por meio da autocomposição.

Portanto, dentro dessa coincidência de parâmetros, o termo de ajustamento de conduta se mostra como o instrumento adequado a composição de um acordo sobre a forma de efetivação dos direitos sociais entre as partes do processo que versem sobre políticas públicas sociais, mas que deve se adequar a algumas peculiaridades existentes nesse tipo de demanda, no que tange a participação de alguns legitimados.

3.4.2 Dos legitimados à tomada do compromisso

Quanto aos legitimados para tomar o compromisso de ajustamento de conduta do causador do dano, existe mais uma coincidência de parâmetros, pois não haveria dissonância quanto ao que já se faz comumente na defesa dos direitos difusos expressos nas legislações que tratam de direito consumerista, idoso ou meio ambiente.

Entretanto, tendo em vista que as políticas públicas integram a própria causa de pedir, existirão algumas peculiaridades nessas demandas de índole coletiva.

3.4.2.1 Dos legitimados ativos no termo de ajustamento de conduta

De início, observa-se que o legislador pátrio adotou o critério da legitimidade ativa concorrente e disjuntiva.³⁰⁴ Tal fato significa que a Lei de Ação Civil Pública conferiu a mais de um órgão a legitimidade ativa para propor a Ação Civil Pública, bem como para celebrar o termo de ajustamento de conduta (legitimidade concorrente), ao mesmo tempo em que possibilitou que apenas um único legitimado possa atuar individualmente, sem a anuência dos demais (legitimidade disjuntiva).

Entretanto, observa-se que nem todos os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva podem tomar compromisso de ajustamento de conduta, pois, segundo a legislação

³⁰⁴ CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; DONIZETTI, Elpídio. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139.

vigente, só podem tomar o compromisso de ajustamento de conduta “os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva”.³⁰⁵

Nesse sentido, examinando-se o rol de legitimados ativos, constantes do §6º, art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, e do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, podem tomar compromissos de ajustamento de conduta as pessoas jurídicas de direito público interno, isto é, o Ministério Público, a Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Autarquias e Fundações Públicas e, ainda, órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica,³⁰⁶ especificamente destinados à defesa de interesses sociais de efeito coletivo.

Nesse giro, por não se constituírem como órgãos públicos, não poderão tomar compromisso de ajustamento de conduta as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações privadas, bem como as organizações sociais, por possuírem natureza jurídica de direito privado.³⁰⁷

Ademais, observa-se que a atuação do Ministério Público para a celebração desse tipo de acordo já virou praxe na atuação daquele órgão, mas se apresenta como uma novidade relativamente recente para os demais legitimados como tomadores do termo.

Nesse cariz, consigna-se que tem sido cada vez mais constante, em um movimento gradual, a tomada de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta de todos os entes federativos, onde se busca a reparação do dano causado por terceiros. Um caso simbólico dessa atuação se deu no bojo do Procedimento Administrativo nº 1.26.000.001965/2002-28 instaurado pelo Ministério Público Federal no Estado de Pernambuco para apurar dano ambiental consistente em desmatamento florestal, em razão de autuação realizada pelo IBAMA. Durante o procedimento, a autarquia ambiental celebrou um termo de ajustamento de conduta com o responsável pelo desmatamento para a plena recuperação da área degradada, e apenas comunicou tal fato ao Ministério Público.³⁰⁸

Nesse contexto da legitimidade ativa, e se partindo da premissa que o principal substrato do termo de ajustamento de conduta versa sobre a irrenunciabilidade dos direitos e forma de cumprimento da obrigação, não há como se negar, por interpretação analógica, a

³⁰⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ob. cit.*, p. 306.

³⁰⁶ *Idem*, p. 307.

³⁰⁷ *Idem*, pp. 307/309.

³⁰⁸ Disponível em: <www.prpe.mpf.mp.br>. Acesso em: 22 ago. 2014.

possibilidade da tomada de termo de ajustamento de conduta pelo poder público em sede de ações coletivas que versem sobre políticas públicas, sempre que for necessário à reparação do dano por terceiros.

Por este prisma, tomemos a hipótese de uma política pública sobre cultura, cuja uma das ações é o tombamento de determinada área como patrimônio histórico. Caso um terceiro venha a degradar a área ou atuar no sentido de descaracterizá-la, poderá o poder público propor uma ação de índole coletiva para o realinhamento daquela política, bem como, no curso do procedimento, e caso se entenda como a solução mais rápida e eficaz, ter-se-á a possibilidade de se tomar um termo de ajustamento da conduta do causador do dano.

Portanto, sempre que uma política pública empreendida pelo Estado for afetada direta ou indiretamente pela ação de terceiros, existirá a possibilidade de não apenas ingressar com uma ação coletiva, mas também poderá se tomar um termo de ajustamento de conduta do causador do dano, quando este se apresentar como a melhor solução para o realinhamento da política estatal.

3.4.2.2 Dos legitimados passivos no termo de ajustamento de conduta

No que tange à legitimidade passiva, podem figurar como compromitente do termo de ajustamento de conduta todos aqueles que possuírem capacidade de se obrigar, isto é, as pessoas físicas capazes ou seu representante legal, as pessoas jurídicas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público e, até mesmo, órgãos públicos e entes sem personalidade jurídica.

Assim, embora possam existir situações em que o Estado seja um legitimado ativo à propositura das ações civis públicas ou coletivas, conforme tratado, muitas vezes ele é diretamente responsável pela prática de lesões a interesses transindividuais, e, portanto, nesses casos, será um legitimado passivo para uma ação de mesma natureza.³⁰⁹

Em se tratando de políticas públicas que versem sobre direitos sociais, sempre que existir uma violação a um direito fundamental social, cujo nexos de causalidade esteja ligado

³⁰⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ob. cit.*, p. 444.

a uma ausente ou deficiente política do Estado, o ente público será um legitimado passivo, tanto na ação civil pública, como no termo de ajustamento de conduta.

Todavia, há que se ressaltar que, em razão dos direitos tratados nessas ações coletivas que versem sobre políticas públicas terem recebido do constituinte originário a proteção máxima com todos os atributos que lhes são peculiar (fundamentalidade, norma qualificada, aplicabilidade imediata e exigibilidade), e de seu efeito coletivo, conforme já tratado, existe uma especificidade a ser defendida, que se trata da participação obrigatória dos órgãos e entidades que compõe as funções essenciais à justiça em dadas circunstâncias.

3.4.2.3 A participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública nos termos de ajustamento de conduta

Ante a fundamentalidade dos direitos e dos efeitos irradiados em ações coletivas que versem sobre políticas públicas sociais, deve-se ter como obrigatória a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública, e da Advocacia Pública no acompanhamento, conclusão e assinatura do termo de ajustamento de conduta em algumas situações.

De início, cumpre-se salientar que, em razão da legitimidade ativa para a celebração do acordo ser concorrente e disjuntiva, existe a possibilidade do Estado se apresentar como tomador do termo de ajustamento de conduta contra terceiro que gere a distorção da política estatal sem a presença de quaisquer outros legitimados. Nesses casos, cabe ao próprio Estado, com o seu aparato burocrático, a fiscalização e acompanhamento do cumprimento das cláusulas constantes no acordo.

Todavia, quando o Estado figurar como legitimado passivo, por der dado causa a uma violação a um direito fundamental social por ausência ou deficiência de uma política pública, o Ministério Público deverá obrigatoriamente figurar como legitimado ativo, independentemente da existência de outros legitimados.

De acordo com o art. 127 da Constituição da República, incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Nesse cariz, em razão de uma missão institucional Constitucional de defesa dos

interesses sociais, o Ministério Público deverá acompanhar as tratativas entre as partes, analisar as propostas, solicitar dados e documentos que entender necessários para que a efetivação dos direitos sociais humanos em sede de públicas atenda aos anseios da sociedade.

Em relação à Defensoria Pública, tem-se que essa figura como a instituição com função de orientação jurídica e defesa dos direitos e dos interesses dos economicamente hipossuficientes.³¹⁰

A competência da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública adveio com Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, e, como se enquadra na concepção de órgão público, entende-se que a referida instituição possui atribuição para celebrar termo de ajustamento de conduta.

Tal normativo federal causou certa controvérsia no meio jurídico quando de seu advento, o que levou a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), naquele mesmo ano, a ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 3943), ainda pendente de julgamento, em que se contesta a legitimidade da Defensoria Pública à propositura da ação civil pública, sob o argumento de que o texto constitucional não dispõe sobre a competência daquele órgão para a defesa de interesses transindividuais, mas apenas para a defesa dos interesses das pessoas carentes e necessitadas.

Apesar de tal fato, a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública foi reforçada com a aprovação de sua Lei Complementar de nº 132, de 7 de outubro de 2009, em que se atribui expressamente a competência para promover a ação civil pública, “quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”.

Em que pese, a existência da pendência de julgamento da retro citada ADIn, a jurisprudência se consolidou no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, simbolizado pelo seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA.

1. A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da lei 8.078/90 (Cód. Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não

³¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p. 998.

exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4º, XI, da LC 84/90, bem como o art. 3º, parágrafo único, da LC 11.795/02-RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria a defesa dos consumidores.

2. APELAÇÃO PROVIDA.” (REsp 912.849/RS, Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO; PRIMEIRA TURMA 26/02/2008) (grifei)

Nesse giro, e nos termos do art. 5º, inciso LXXIV, bem como do art. 134, da Constituição da República, caberá à Defensoria Pública tomar o termo de ajustamento de conduta, quando a demanda beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes nas ações coletivas que versem sobre políticas públicas sociais.

Não obstante, há que se ressaltar, que nos casos em que houver a participação da Defensoria Pública na defesa dos interesses sociais, a intervenção do Ministério Público como colegitimado ficará a seu exclusivo critério devendo, entretanto, atuar obrigatoriamente como fiscal da lei. Tal solução se mostra em consonância com o § 7º, do art. 20, do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo, *in verbis*:

“Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

(...)

§ 7º Em caso de interesse social, cuja avaliação ficará a seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.”

Por outro lado, sempre que o Estado figurar como um dos legitimados nas ações coletivas que versem sobre políticas públicas sociais, ou nos termos de ajustamento de conduta, em qualquer dos pólos, cabe à Advocacia Pública figurar como seu representante judicial ou até como interveniente, também por uma questão de missão institucional, nos termos do art. 131 e 132, tendo em vista sua competência para representar judicial e extrajudicial da União, Estados e Municípios, através da Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados, e Procuradorias dos Municípios (por questão de simetria), respectivamente.

Assevera-se, para tanto, que a presença da Advocacia Pública, como representante judicial e extrajudicial do Estado, deverá ser no sentido de orientar juridicamente a sua atuação, auxiliar no diálogo entre os demais atores das políticas públicas na busca de uma

solução que não apenas seja socialmente desejável, mas que sejam viáveis nos planos jurídico e fático.

Imbuído desse espírito, a Procuradoria-Geral da União editou a Ordem de Serviço nº 10, de 25 de março de 2008, onde é facultado aos Procuradores-Regionais e Procuradores-Chefes da União, no âmbito de suas competências, as atribuições de decidir e firmar, em cada caso, termos de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, salvo quando a celebração de termo de ajustamento de conduta referir-se a causas relativas à alienação do patrimônio imobiliário da União ou importar em efeitos financeiros diretos, ocasião em que a competência recairá sobre o Procurador-Geral da União nas causas de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e ao Advogado-Geral da União nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), nos termos do art. 1º e 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Ainda de acordo com o referido normativo, nas consultas dirigidas aos Procuradores-Regionais ou Procuradores-Chefes da União, os Advogados da União deverão emitir parecer motivado e conclusivo sobre todos os aspectos da proposta de termo de ajustamento de conduta, fundamentando o interesse público envolvido.

Na hipótese de a União atuar como proponente de compromisso de ajustamento de conduta, o termo deverá conter: I - nome e qualificação do responsável; II - descrição das obrigações assumidas; III - prazo para cumprimento das obrigações; IV - fundamentos de fato e de direito; e V - previsão de multa cominatória no caso de descumprimento.

Ademais, existe a previsão de que, em caso de dúvida a respeito da celebração do termo de ajustamento de conduta, os Procuradores-Regionais e os Procuradores-Chefes da União deverão encaminhar o processo administrativo à decisão do Procurador-Geral da União, com parecer fundamentado e conclusivo.

Outrossim, o compromisso de ajustamento de conduta, se autorizado, deverá ter seus termos firmados pelo Advogado da União diretamente responsável, pelo Procurador-Regional ou Procurador-Chefe da União competente, assim como pelo representante da parte contrária, detentor de poderes para o ato, assim como pela autoridade administrativa diretamente responsável assinará o termo de compromisso para fins de ciência.

Por fim, e não menos importante, caberá à unidade de execução da Advocacia-Geral da União instituir, em seu âmbito, mecanismos de controle das obrigações assumidas nos termos de ajustamento de conduta firmados, juntando os comprovantes de seus atendimentos ao processo administrativo.

Tal normativo, embora não tenha sido gerado para tratar das políticas públicas em si, isto é, liga-se às decisões judiciais de cumprimento imediato, tendo em vista a limitação dos valores envolvidos, representa um grande avanço do Estado, no que tange a possibilidade de celebração de acordos entre as partes em litígio, evitando a imprevisibilidade das decisões judiciais, uma oneração desnecessária ao erário, bem como o grande desgaste causado nessas ações.

Nesse giro, a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado da Advocacia-Geral da União, editou recentemente a Portaria nº 201, de 28 de março de 2013, que dispõe sobre o pedido de autorização necessário para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta em que as autarquias e fundações públicas federais figurem como compromissárias.

Segundo a retro citada Portaria, o pedido de autorização para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta deverá ser encaminhado pelas Procuradorias Federais, especializadas ou não, junto às autarquias e fundações públicas federais ao órgão competente da Procuradoria-Geral Federal, instruído, com os seguintes documentos e informações: I - manifestação de interesse do dirigente máximo da autarquia ou fundação pública federal na celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, contendo análise expressa do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas; II - parecer técnico conclusivo da unidade de Cálculos e Perícias, quando for o caso; III - parecer conclusivo da Procuradoria Federal, especializada ou não, junto à autarquia ou fundação pública federal sobre a viabilidade jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta, contendo a análise da minuta proposta; IV - manifestação do órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal responsável pela representação judicial da autarquia ou fundação pública federal, quando se tratar de Termo de Ajustamento de Conduta que se refira a processo judicial em andamento, acompanhada de cópia das principais peças do processo judicial; V - cópia da minuta do Termo de Ajustamento de Conduta, contendo as alterações decorrentes da análise técnica e jurídica previstas nos incisos I, II e III deste artigo; VI - indicação do termo final do prazo para

apreciação do pedido de autorização, se for o caso; VII - cópia de outros documentos que possam auxiliar no exame da questão; e VIII - preenchimento do formulário anexo a Portaria.

Tais normativos no âmbito da Advocacia-Geral da União, mais do que sistematizar sobre a maneira de como aquele órgão poderá celebrar termos de ajustamento de conduta, representam a importância e o compromisso constitucional da Advocacia Pública com os interesses do Estado, e por via de consequência, da própria sociedade.

Não obstante, em caso de consenso sobre a forma de cumprimento da obrigação, passa-se a sua assinatura do termo de ajustamento de conduta. Ocorre que, o momento e o *locus* da homologação do termo de ajustamento de conduta são de grande importância, pois terá influência decisiva em sua eficácia.

3.4.3 O momento adequado para a celebração do termo de ajustamento de conduta e sua eficácia

Nos termos da Lei de Ação Civil Pública, o termo de ajustamento de conduta tem eficácia de título extrajudicial, em razão deste instituto ter sido originalmente concebido para que sua celebração ocorresse no bojo do inquérito civil público, ou mesmo em procedimento apartado. Todavia, nada impede que o termo de ajustamento seja realizado perante o juízo.

De acordo com Édis Milaré,³¹¹ apesar de a norma referir-se ao termo de ajustamento de conduta como um ajuste extrajudicial (realizado no inquérito civil ou em procedimento avulso, sem homologação judicial), “nada obsta seja efetivada também em juízo (realizado no processo ou levado em procedimento avulso à homologação judicial)”. Na primeira hipótese, o compromisso implica o arquivamento implícito do inquérito, qualificando-se como título executivo extrajudicial. Na segunda hipótese, a homologação da transação é feita pelo juiz e se obtém título executivo judicial.

³¹¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 819.

Nesse mesmo sentido, Mazzilli³¹² admite que o termo de ajustamento de conduta seja realizado em juízo, de modo que, se ele for celebrado dentro dos autos da ação civil pública ou coletiva, “tecnicamente não mais se terá um mero título executivo extrajudicial, mas sim o título obtido passa a ser judicial”.

Ademais, ante a ausência de limitação legal, o termo de ajustamento de conduta poderá ser tomado a qualquer tempo durante o curso da ação coletiva, mesmo após a sentença, pois o interesse público deverá prevalecer sobre quaisquer formalismos processuais.

Com a homologação do ajuste em juízo, a ação coletiva será extinta com resolução do mérito, nos termos do art. 269, III, do Código de Processo Civil. Nesses termos, a jurisprudência já se posicionou, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. TRANSAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. "Celebrado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre as partes e submetido à apreciação judicial, a sua eventual homologação implica em transação, pro natura, resultando daí a extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC" (AC n. 2004.38.02.003744-0/MG).

2. Apelação provida, para reformar a sentença, declarando extinto o processo, com resolução de mérito.

(TRF-1 - AC: 3751 MG 0003751-31.2004.4.01.3802, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, Data de Julgamento: 29/08/2011, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.111 de 12/09/2011)

Não obstante, a propositura de um termo de ajustamento de conduta homologado em juízo poderá se dar, inclusive, após o trânsito em julgado da ação coletiva, quando se verificar a impossibilidade fática do cumprimento da decisão judicial pelo Poder Público, ou que a solução proposta seja a mais efetiva para o realinhamento da política pública.

Sob tal perspectiva, o Poder Judiciário deverá analisar o caso na busca da melhor solução para a correção ou o realinhamento das políticas públicas, e reconhecendo que o acordo entre as partes, na forma proposta pelo ente público é a melhor solução para a efetivação

³¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ob. cit.*, p. 313.

do direito violado, não poderá se furtar de homologá-lo. Trata-se, em si, de **relativização da coisa julgada**. De acordo com Oswaldo Canela, na busca da melhor solução judicial “o critério será sempre o da criatividade para a redução e a supressão da desigualdade social. Daí a enorme plasticidade que se confere ao pedido e ao provimento jurisdicional”.³¹³

Assim, é de fundamental importância destacar que a necessária plasticidade aqui defendida deve alcançar, inclusive, a coisa julgada, nos casos em que a solução encontrada pelo Poder Judiciário poderá se tornar obsoleta ou inconveniente, no tempo, em face de eventual proposta de execução de políticas públicas mais aprimoradas pelo Estado³¹⁴. Destarte, a título de exemplo, se uma decisão judicial determina a construção de um hospital para atender determinada comunidade, e o Estado, na fase de cumprimento da decisão, em contrapartida oferece como solução alternativa a ampliação de um já existente, em razão de dificuldades orçamentárias e de logística, e ainda, que tal medida satisfaça os interesses da população, nada impede que o juízo determine a fungibilidade do objeto do *decisum*.

Nesta esteira de entendimento, Oswaldo Canela afirma que, “se o Estado apresentar solução mais efetiva do que aquela determinada na decisão judicial transitada em julgado, não estará autorizado a realizá-la, em face do reconhecimento da coisa julgada material?”. E arremata:

“Esta se nos afigura uma hipótese clara de **relativização da coisa julgada**. Com efeito, se o objetivo do Estado é a consecução do bem comum, na esteira do que dispõe o art. 3º da Constituição Federal, então esta finalidade estará sendo atendida ao se aprimorarem os meios de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais. Há, *in casu*, uma clara contraposição entre princípios de grandeza constitucional, tanto assim considerados a coisa julgada e os objetivos fundamentais do Estado. Os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, neste passo, certamente recomendam seja assegurado este último em detrimento do primeiro.” (grifei)

Assim, observa-se que, embora o atual sistema processual brasileiro não disponha de meios e instrumentos específicos na persecução da solução mais adequada, em sede de ações coletivas sobre políticas públicas sociais, tal fato não obsta a busca e utilização de medidas alternativas, a fim de dar concretude a esses direitos.

³¹³ CANELLA JUNIOR, Oswaldo. *Ob. cit.*, p. 154.

³¹⁴ *Idem*, p. 161.

Conclusão

O constitucionalismo moderno conformou o nosso Estado Democrático e Social de Direito dando aos princípios que veiculam direitos fundamentais sociais eficácia de normas jurídicas, o que acaba por irradiar consequências sobre todo o ordenamento jurídico, sobretudo, de duas ordens: sob o aspecto material, tendo em vista que se passou a reconhecer aqueles direitos, mesmo os veiculadores de princípios programáticos, como direitos dotados dos atributos de aplicabilidade imediata, eficácia plena e exigibilidade, e, portanto, justiciáveis, bem como sob o aspecto processual, na medida em que o processo judicial funciona como instrumento para a realização dos direitos sociais.

Nesse cenário, o controle de constitucionalidade alterou o papel da Justiça, e redesenhou a teoria da separação dos poderes, na medida em que o Poder Judiciário passou a ser um órgão capaz de influenciar nas políticas públicas do Estado para a concreção dos direitos sociais previstos pelo constituinte. A política passou a ser objeto da jurisdição, de forma que o controle judicial das políticas públicas se tornou realidade no atual cenário político em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais, conforme se depreende do número crescente de decisões judiciais ao redor do país que determinam a construção de creches, hospitais, escolas, presídios, saneamento básico etc. Por este prisma, o que se tem, em verdade, é a transferência do *locus* das ações de programas do Estado para os tribunais, tendo em vista que toda a função política do Governo expressa através de uma política pública social será objeto de análise, planejamento, decisão, e implementação no âmbito do Poder Judiciário.

Todavia, em razão da diversidade e da abertura estrutural que os direitos sociais adquiriram no Brasil aliada a uma ausência de regulamentação processual específica sobre a matéria, emergiu-se a problemática da proliferação de decisões judiciais que versem sobre políticas públicas que acabam por estabelecer soluções iníquas, desproporcionais ou desarrazoadas no caso concreto, isto é, descoladas da realidade, e que acabam por impactar em outras políticas prioritárias.

Diante desse “efeito colateral” trazido pelo constitucionalismo moderno, a confiança nas virtudes diferenciadas dos juízes, em seu “ativismo sem fronteiras”, que alguns ainda defendem com ar de novidade, já deixou de ser algo defensável, para se transformar em um

pesadelo para os órgãos de execução do Estado, pressionados a fornecer “decisões democraticamente formadas”, sem o auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade), sem a infraestrutura adequada e sofrendo críticas de todos os seguimentos da sociedade.

Ante tal fato, o processo judicial que verse sobre direitos sociais que irradiem efeitos coletivos deve ser visto como um processo de construção da realidade, através da participação dos atores envolvidos nas políticas públicas (atores públicos e sociedade civil) na busca de uma solução eficaz, ou seja, que atenda aos interesses sociais, mas que seja exequível no plano fático, sem prejuízo de outros programas de Estado. No entanto, essa comparticipação apenas poderá ser possível por meio de um processo constitucional democrático, onde o Poder Judiciário deverá atuar como mediador, a fim de conduzir e impelir o diálogo entre as partes e, somente se necessário, utilizar-se do exercício da coerção legítima.

Todavia, a tradicional sistemática do Direito Processual Civil não se mostra suficiente para o realinhamento e a correção dos programas de ação estatal em sede de ações judiciais, que versem sobre a realização progressiva de direitos sociais fundamentais constitucionalmente previstos, que irradiem efeitos para determinada coletividade. Diante disso, não basta apenas a mera proposição da participação dos atores envolvidos nas políticas públicas na construção de uma solução dotada de efetividade, sem que haja uma análise acerca da dinâmica e estrutura que os direitos sociais adquiriram no Brasil, bem como sobre um detido estudo de adequação processual para veicular as demandas que versem sobre direitos sociais e políticas públicas, a fim de dar concretude a esses direitos constitucionalmente previstos. Em razão disso, o presente trabalho debruçou-se sobre um novo delineamento do processo judicial, a fim de veicular esses tipos de demandas na busca de uma solução dotada de efetividade.

Sob esse aspecto, a adequação para a escolha de uma ação de índole coletiva, a flexibilização do princípio da demanda, a plenitude dos limites de cognição, e a abertura do debate democrático dentro do processo judicial entre as partes interessadas, mostram-se de curial importância para a consecução dos objetivos constitucionais em seu núcleo essencial sem que haja um desgoverno.

Com efeito, não se deve associar a defesa de mais um processo constitucionalizado com uma defesa de maior formalidade processual, uma vez que qualquer argumento nesse sentido, além de falacioso, impede a visão de uma das principais funções de

qualquer processo constitucional, qual seja, garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos), além de permitir o controle dos argumentos solitariamente encontrados pelo órgão julgador, que sem o debate (sem o processo) certamente poderá se equivocar e gerar efeitos perversos, sem, ainda, esquecer a obtenção de eficiência na aplicação de direitos.

Quando se percebe, na atualidade, que não lidamos somente com processos bipolares (um ator– um réu) acerca de processos patrimoniais, mas com processos multifacetados (questões fundiárias, saúde, minorias, meio ambiente, entre outras temáticas) com vários atores sociais, e que envolvem políticas de Estado, percebemos a necessidade de ampliar o foco da análise.

Nesse cenário, o Poder Judiciário deverá assumir um papel de “gestor do processo judicial”, onde deverá promover sua democratização, chamar os interessados na decisão judicial ao debate, fomentar o diálogo entre as partes (atores públicos e sociedade civil), e conduzir para a solução mais efetiva para a implementação de políticas públicas que versem sobre direitos sociais.

Essa postura “proativa” dos magistrados que aqui se defende, deve ser entendida como uma participação mais efetiva dos juízes na condução do processo com a utilização de seu poder diretivo e de suas faculdades instrutórias na busca da dialógica entre as partes, sem se afastar de sua condição e da garantia de que as partes possuem a um julgador imparcial.

Assim, para além de uma abordagem centrada num ativismo incontrolado e sem a expertise necessária (com amplo conhecimento da magistratura de inúmeros campos do conhecimento que não fazem parte de sua formação mais profunda), a análise a partir do processo constitucional democrático busca subsidiar uma concepção da processualização dos direitos não sob a ótica do ativismo sem fronteiras do juízo, mas do debate interdependente de todos os interessados na decisão, dentro de seus papéis, inclusive com o potencial chamamento de órgãos governamentais com a adequada expertise para participação e com um contraditório dinâmico e concentrado para subsidiar melhores e mais eficientes decisões. Para tanto, dois meios se apresentam como de fundamental importância para essa atuação policêntrica: a audiência pública e a participação direta dos atores sociais na fase de instrução processual.

A finalidade da audiência pública transcende a mera informação, atingindo o ideal da democracia direta, na qual os destinatários dos atos poderão efetivamente intervir na formulação de políticas públicas, dando contornos que mais se amoldem as suas reais e efetivas necessidades. Além disso, ainda servem como forte fator de formação da convicção no apoio dos órgãos públicos tornando-se, assim, imprescindível na tomada de decisões e no preparo do tecido social para a mudança de comportamentos sociais arraigados de desrespeito (até má compreensão) da Constituição da República. Esse instrumento tem sido muito importante na busca de soluções judiciais envolvendo políticas públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e, ante a legitimidade e eficiência trazidas pelas audiências públicas, verifica-se em nosso ordenamento jurídico a proliferação de normativos editados pelos três poderes, e em todas as unidades da federação, que as preveem como meio adequado para abertura democrática e formação de decisões mais efetivas.

Além da audiência pública, outro meio a ser utilizado, a partir da premissa do controle democrático, e de suma importância para a correção e o realinhamento dessas políticas pelo Poder Judiciário, diz respeito à participação direta dos atores responsáveis pela política pública na proposição da melhor solução para o cumprimento da decisão judicial. Tem-se, que a participação de tais atores na construção do provimento jurisdicional, durante a instrução do feito, possibilita a real exequibilidade da decisão, pois sendo fruto dialógico com os demais poderes, a solução apresentada, discutida e aquiescida pelas demais partes no processo, tende a ser a mais adequada e efetiva. Para tanto, é inexorável que se tenha uma leitura do contraditório como uma garantia de influência a permitir a participação dos atores sociais no desenvolvimento e resultado do processo em condições substanciais de igualdade, onde o processo judicial funciona como uma sequência de atos valorados cuja formação todos participaram impedindo, inclusive, as “decisões judiciais de surpresa”.

Ademais, deve os atores responsáveis pela política pública, dentro do processo judicial, perquirir meios justos e equânimes para sua realização progressiva dos direitos fundamentais, e não se furtar ao seu cumprimento. E esta busca será mais eficaz se as necessidades de todas as partes forem expostas e visando à melhor solução, isto é, àquela capaz de atender a todas as partes, inclusive, por meio de acordo entre os atores sociais.

Em que pese a inexistência de previsão legal específica sobre um acordo entre as partes, este meio de solução do litígio não se mostra defeso, pois todas as soluções para a

concreção de direitos fundamentais devem ser admitidas no processo coletivo, desde que objetivem a correção de desigualdades.

Nesse turno, a resolução por meio de acordo se mostra de extrema relevância, pois muitas vezes o pedido inicial e dado pelo provimento jurisdicional é por demais oneroso para o Estado, de difícil execução, ou até mesmo inexecutível no plano fático, e uma solução mais simples e menos dispendiosa para o erário poderá ser apresentada para a efetivação de um direito social violado em seu núcleo essencial, razão pela qual, a aproximação entre os atores das políticas públicas se torna fundamental para a construção de um consenso (acordo) para a efetivação desses direitos.

Não obstante, há que ressaltar que não se trata de transação propriamente dita, pois aqui não se transige um direito (fundamental social), isto é, não se trata de uma renúncia, mas de um ajuste de vontades para a consecução dos “meios” de efetivação desses direitos. Desta forma, e dentro dessa coincidência de parâmetros, o termo de ajustamento de conduta se mostra como o instrumento adequado a composição de um acordo sobre a forma de efetivação dos direitos sociais entre as partes do processo que versem sobre políticas públicas sociais, mas que deve se adequar a algumas peculiaridades existentes nesse tipo de demanda, no que tange a participação de alguns legitimados.

Sob esta concepção, em razão dos direitos tratados nessas ações coletivas que versem sobre políticas públicas terem recebido do constituinte originário a proteção máxima com todos os atributos que lhes são peculiar (fundamentalidade, norma qualificada, aplicabilidade imediata e exigibilidade), e de seu efeito coletivo, existe uma especificidade a ser defendida, que se trata da participação obrigatória dos órgãos e entidades que compõe as funções essenciais à justiça em razão de seus misteres constitucionais na defesa do Estado e da sociedade.

Ademais, ante a ausência de limitação legal, o termo de ajustamento de conduta poderá ser tomado a qualquer tempo durante o curso da ação coletiva, mesmo após a sentença, pois o interesse público deverá prevalecer sobre quaisquer formalismos processuais podendo se dar, inclusive, após o trânsito em julgado da ação coletiva, quando se verificar a impossibilidade fática do cumprimento da decisão judicial pelo Poder Público, ou que a solução proposta seja a mais efetiva para o realinhamento da política pública.

Sob tal perspectiva, o Poder Judiciário deverá analisar o caso na busca da melhor solução para a correção ou o realinhamento das políticas públicas, e reconhecendo que o

acordo entre as partes, na forma proposta pelo ente público é a melhor solução para a efetivação do direito violado, não poderá se furtar de homologá-lo. Trata-se, em si, de relativização da coisa julgada nos casos em que a solução encontrada pelo Poder Judiciário poderá se tornar obsoleta ou inconveniente, no tempo, em face de eventual proposta de execução de políticas públicas mais aprimoradas pelo Estado.

Diante de tudo que foi exposto, espera-se que o presente trabalho possa contribuir para o delineamento de um processo constitucional democrático que se embasa na participação ativa dos atores sociais (atores públicos e sociedade civil) na busca de melhores e mais eficazes decisões judiciais para a realização dos direitos sociais e do próprio Estado, onde se deve admitir, inclusive, a possibilidade de acordo entre as partes, tendo em vista que o processo de realização dos direitos voltados para a sociedade através de ações do Estado deve ser, primariamente, um processo de construção da realidade cuja formação da solução todos concorreram.

Referência Bibliográfica

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Renato Franco. Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v.13, n.52, jul./set 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz, *Reflexões sobre o princípio da demanda*. Disponível em http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/153638/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda, acesso em 10 jul. 2014.

AZEVEDO, André Gomma (de). *Manual da Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/pedido.pdf>> Acesso em 14 jul. 2014.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*. São Paulo. v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAENEGEM, Raoul van. Juízes, Legisladores e Professores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CANELLA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Temas de Direitos Fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

_____. Judicialismo e Política – tópicos para uma intervenção. In: MACHADO, F., CATTONI, M. (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 9. ed. Madrid: Trota, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo* (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2012.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; DONIZETTI, Elpídio. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

COURTIS, Christian. *Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração*. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: Algumas considerações a partir dos contornos do Estado constitucional de direito*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9541#_ftn29, acesso em 5 nov. 2013.

DAVID, René. apud CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Líder. 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*. 9ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. 1ª ed. São Paulo: LTR, 2007.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; e CORECETTI Priscila Soares. Formação Histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes, Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPP*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *A força dos precedentes, Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPP*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. *Lua Nova: Revista de Cultura e política*, São Paulo, nº 24, p.85-116, 1991.

FAZZALARI, Elio Fazzalari. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3º Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985.

_____. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense, 1990.

_____. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 30, p. 8-30, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2v., 1997.

HÖFFE, Otfried. *A Democracia no Mundo de Hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans, *jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; THOMÉ, Débora Dias. *O Poder Judiciário e a efetivação de políticas públicas: A mediação como padrão de atuação nos processos coletivos*. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/26-volume-2-numero-4-trimestre-01-10-2011-a-31-12-2011/136-o-poder-judiciario-e-a-efetivacao-de-politicas-publicas-a-mediacao-como-padrao-de-atuacao-nos-processos-coletivos>, acesso em 23 fev. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 21, out./dez. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONTEIRO, Maurício Gentil. A realização de audiências públicas e o ativismo judicial do STF – revisando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. pp. 287-288. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine dos Santos (de) (Coord.). *Direitos fundamentais em construção* – Estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Brito. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 19, vol. 77, out./dez. 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 11, nº 43, pp. 91-117, jan./mar. 2011.

NOJIRI, Sérgio. *A Interpretação Judicial do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROUSSEAU, Dominique. Apud PAIVA, Paulo. Juristocracia?. In: FELLET, A., DE PAULA, D., NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

PAIVA, Paulo. Juristocracia?. In: FELLET, A., DE PAULA, D., NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1977.

RACY, Vivien. A função do Poder Judiciário do Estado Contemporâneo. *Revista USCS – Direito* – ano XI, nº 19 – jul./dez. 2010.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, São Paulo, v. 9, n. 36, pp. 135-161, jul./set., 2001.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. de. *O Estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm, acesso em: 07 jun. 2014.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: Enrique Saraiva e Elisabete Fernandes, Orgs. *Políticas Públicas*, vol. I. Brasília: ENAP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: SALERT, I., LEITE, G. (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral (e). A técnica dos acordos na Justiça Federal. *Revista da Escola da Magistratura da 5ª Região*, Recife, nº 7, pp. 73-86, 2004.

SILVA, José Afonso (da). *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A evolução do Estado. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RISP*, São Paulo, v. 9, nº 17, pp. 159-184, jan./jun. 2006.

RACY, Vivien. A função do Poder Judiciário do Estado Contemporâneo. *Revista USCS: Direito, São Caetano do Sul*, ano XI, nº 19, pp. 25-50 – jul./dez. 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, C.; SARMENTO, D. (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUREL, Yves. Las políticas públicas como paradigmas. *Revista de Estudios Políticos*, Medelin, pp. 41-65, jul./dez. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito–objeto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da constituição do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal: a indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*. Brasília, ano 1, n. 2, jul./dez., p. 138-164, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZANETI JR., Hermes. A Teoria da separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.