

Coordenadores
Ada Pellegrini Grinover
Kazuo Watanabe
Susana Henriques da Costa

O PROCESSO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSE PÚBLICO

Em face do surgimento, reconhecimento e tutela dos conflitos de direito público, sempre atingível por ações coletivas, penso que hoje existem, via de regra, duas espécies de processos coletivos: os *genéricos* que, segundo afirmava Cappelletti, se destinam à proteção de direitos metaindividuais de grupos, categorias e classes de pessoas, e somente destes; e, a seu lado, mas configurando outra categoria, os processos coletivos *estruturais*, voltados a propiciar a fruição dos direitos sociais à população em geral, por intermédio do controle de políticas públicas. Dessa forma, dá-se proteção, por exemplo, a um grupo de pessoas que ocupa uma parcela do território amazonense, pela via do processo coletivo genérico, reconstituindo o meio ambiente em que vive e reparando os danos individualmente sofridos; e se dará proteção ao interesse público de todo o povo brasileiro – e até ao interesse público internacional – por intermédio do processo coletivo estrutural, implementando políticas públicas de proteção e desenvolvimento da região inteira.

Ada Pellegrini Grinover

2017

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PROCESSO COLETIVO E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - RELATÓRIO BRASIL¹

Susana Henriques da Costa²
e Débora Chaves Martines Fernandes³

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é uma instância decisória. Não obstante sua estrutura, seu modelo de organização e sua operacionalização variarem de país para país, a função de solucionar controvérsias é inerente à instituição.

Há sistemas jurídicos que optaram por um arranjo institucional no qual o Poder Judiciário funciona como árbitro de questões interpessoais e garantidor das liberdades individuais, mas não é necessariamente dotado de poder político. Regra geral, esses sistemas são desenvolvidos nos Estados parlamentaristas, onde o Judiciário não é concebido como órgão detentor de poder político, mas mero prestador de serviços. Um exemplo histórico desse modelo jurídico vem da Inglaterra, país onde o Parlamento se coloca como instituição política principal e, por tal motivo, é considerado o porta-voz da vontade popular.

Os sistemas jurídicos de Estados que adotam o presidencialismo costumam atribuir mais poderes ao Judiciário, para que este atue como protagonista

1. Relatório apresentado no II Encuentro Argentino-Brasileiro de Derecho Procesal, em Parana, Argentina, out./2014, atualizado para esta publicação no tocante ao texto atual do Projeto de Lei n. 8.058/2014.
2. Professora doutora da Faculdade de Direito da USP e da FGV Direito SP (GVlaw). Mestre e doutora em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Pós-doutora pela Madison Law School (University of Wisconsin). Promotora de Justiça do Estado de São Paulo.
3. Graduada (2006) e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (2013). LL.M pela Harvard Law School (2015). Advogada.

na arena política, mormente para proteger as minorias, que quase sempre são sub-representadas pela via do processo político. No modelo presidencialista, a divisão de poderes entre as instituições governamentais é um elemento estrutural e tem a importante função de resguardar os indivíduos contra o abuso de poder das autoridades ligadas ao poder público. Além disso, uma das formas de exercício do poder político pelo Judiciário se materializa no controle jurisdicional, que permite que os tribunais verifiquem a adequação da atuação dos demais poderes, no que concerne à aplicação dos preceitos constitucionais.

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, escolheu o modelo presidencialista de governo. No Brasil, portanto, o poder está dividido entre três ramos autônomos e harmônicos: Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2º da CF). Essa divisão não é absoluta. A constante interação entre os agentes de cada um dos poderes constituídos, além de inerente à lógica do sistema de freios e contrapesos, pilar do Estado brasileiro, é garantida pela Constituição Federal e não pode ser modificada ou abolida, nem mesmo por emenda constitucional (art. 60, §4º, inc. III, da CF).

Ao descrever a função do Poder Judiciário, o legislador constituinte expressamente autorizou o controle jurisdicional, que opera de duas maneiras. A primeira se consubstancia no fato de que qualquer juiz brasileiro pode aferir a constitucionalidade de determinada lei e sua decisão terá efeito entre as partes da demanda. A segunda alude à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar ação de competência originária (ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade), realizar o controle direto da constitucionalidade de determinada lei e sua decisão terá efeito vinculante. Essa decisão prolatada via controle concentrado tem o poder de retirar a validade da lei em questão, como ocorre, por exemplo, no sistema austríaco.

Outra característica marcante da ordem constitucional brasileira em vigor foi o reconhecimento dos direitos fundamentais, das liberdades públicas (artigos 5º e 14) e dos direitos sociais (art. 6º). A maior parte desses direitos é de ordem principiológica e, portanto, sujeita-se à interpretação e à ponderação dos operadores do direito.

O reconhecimento constitucional da existência de direitos fundamentais tornou-se a base do Estado e da sociedade brasileiros. Esses direitos, a propósito, são concebidos como elementos limitadores da ação e da omissão do Estado, que por sua vez tem o dever de ponderar e harmonizar os valores constitucionalmente reconhecidos⁴.

4. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2011. p. 26.

O fenômeno da constitucionalização de direitos, especialmente os chamados “direitos fundamentais sociais”⁵, é atribuído à busca da igualdade substancial e da preservação de patamares mínimos para a vida e desenvolvimento humanos. Os direitos fundamentais sociais demandam do Estado não apenas a sua abstenção (por exemplo, a isenção de pagamento de imposto de renda abaixo de uma determinada faixa de rendimentos), mas, principalmente, a prestação de um serviço. Por essa lógica, o Estado tem o dever de assegurar condições mínimas de vida a todos. Significa dizer que os direitos fundamentais sociais invertem a função protetiva do Estado, que deve agir para proteger um direito e não se omitir para permitir o seu exercício. E se essa postura ativa do Estado constitui um dever, ela pode ser requerida por meio do processo.

Como anteriormente ressaltado, o Poder Judiciário tem um papel importante na transformação da realidade social, por meio da implementação dos direitos previstos na Constituição Federal⁶. Nesse processo de transformação, que se desenvolve no contexto da sociedade de massa – plural por natureza –, os interesses de diferentes grupos colidem frequentemente. A decisão acerca de qual interesse deve prevalecer é uma tarefa inerente à função política. Se assim é, o Poder Judiciário brasileiro é um órgão que toma decisões de caráter eminentemente político.

Essa realidade fica demonstrada nos dados pesquisados no período de 1988 a maio de 2013, quando aproximadamente cinco mil (5.000) casos foram ajuizados diretamente no STF (no exercício de sua competência originária), discutindo a constitucionalidade de leis⁷. Em setembro de 2009, São Paulo, o estado mais rico e populoso do Brasil, teve de cumprir aproximadamente vinte e cinco mil (25.000) ordens judiciais que determinavam o fornecimento de todos os tipos de remédio gratuitamente a quem os pleiteou jurisdicionalmente⁸.

Considerando esse cenário, o primeiro objetivo deste artigo é examinar a crescente judicialização de questões políticas no Brasil, sem descurar de suas características do sistema jurídico do país, especificidades e problemas, para,

5. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 43.

6. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, Edusp, 1994. p. 12-21; LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Crise da norma e reforma do Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 2011. p. 35.

7. Ver www.stfj.jus.br.

8. Esses dados foram informados pela Secretaria de Saúde para o Jornal “O Estado de São Paulo”, em 24.09.2009. É importante esclarecer que a Constituição Federal garante a todos amplo e gratuito acesso a tratamentos de saúde (art. 196 da CF).

em seguida, analisar as regras de processo civil e suas limitações no que toca à adjudicação de processos envolvendo políticas públicas.

2. O SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO

Além das características já mencionadas, o sistema judicial brasileiro tem alguns atributos que definem o seu perfil e se refletem diretamente e de maneira importante nos julgamentos de questões envolvendo políticas públicas. Esses atributos serão abordados nas seções seguintes.

2.1. O Judiciário brasileiro: um poder unitário, independente e inerte

O Judiciário brasileiro é uma instituição unitária. No Brasil, o sistema judicial não tem uma jurisdição administrativa autônoma. Todos os litígios, incluindo aqueles em que o próprio Estado é parte, são julgados pelo Poder Judiciário. Isso, porém, não significa que o nosso Judiciário não admita nenhum tipo de divisão. Refletindo o modelo federativo de organização político-administrativa, o Judiciário é dividido entre tribunais federais e estaduais, de acordo com a unidade federativa responsável por sua organização. Os tribunais estaduais são responsáveis pelos processos locais. Os tribunais federais julgam casos de magnitude nacional, casos envolvendo litígios internacionais e aqueles que têm impacto direto nos interesses federais. Acima de todos os tribunais – federais e estaduais – estão o Superior Tribunal de Justiça – intérprete da legislação federal – e o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República. Estes últimos tribunais são responsáveis pela decisão final em grau de recurso em todos os processos.

Para assegurar o efetivo funcionamento do sistema, o Judiciário brasileiro tem algumas imunidades que garantem a sua independência. De acordo com a Constituição Federal, o Poder Judiciário tem autonomia financeira e administrativa (art. 99 da CF), o que permite que os tribunais definam sua organização interna e elaborem sua proposta de orçamento. As propostas orçamentárias dos tribunais, vale lembrar, são enviadas ao Poder Legislativo para deliberação.

No Brasil, em regra, os bacharéis podem tornar-se juízes após aprovação em concurso público. As exceções a essa regra se aplicam aos juízes de tribunais superiores, entre eles os integrantes do STF, que são escolhidos pelo chefe do Poder Executivo e, por vezes, submetidos à aprovação do Senado.

Além das garantias próprias do Judiciário como instituição, a Constituição Federal estabelece regras que visam proteger os próprios juízes brasileiros, evitando que sejam submetidos a toda sorte de pressão.

Existem regras desenvolvidas para assegurar a imparcialidade dos magistrados. Por exemplo, depois de dois anos, o juiz passa a ocupar o cargo de forma vitalícia e não poderá ser demitido sem justa causa, nem mesmo mediante mero processo administrativo. O juiz vitalício – que só poderá ser removido do cargo se condenado por falta grave, após processo judicial dotado de todas as garantias atinentes ao devido processo legal – permanecerá no cargo até a sua aposentadoria. O magistrado também terá o direito de permanecer na sua posição e as promoções que receber dependerão de sua aprovação ou escolha. Por fim, os vencimentos do juiz não poderão ser reduzidos (art. 95 da CF).

Com o fito de preservar a imparcialidade, o juiz brasileiro também tem algumas liberdades cerceadas. A Constituição Federal, nesse sentido, proíbe o juiz de: (i) exercer outros cargos ou funções públicas, exceto acadêmicas; (ii) afiliar-se a partido político; (iii) receber pagamentos que não aqueles realizados pelo Estado; e (iv) advogar.

Um atributo final do sistema processual brasileiro que tem direta correlação com o papel do Judiciário e que vale ser mencionado aqui alude ao princípio da inércia, constante do Código de Processo Civil (CPC). O CPC, mesmo sendo lei federal, é também aplicável aos tribunais estaduais e a seus integrantes.

Nos termos da Constituição Federal brasileira, o Poder Legislativo federal é o único poder autorizado a promulgar leis de caráter processual e, portanto, é o responsável pela promulgação ou por qualquer modificação realizada no código processual civil.

O artigo 2º do CPC prevê que nenhum juiz decidirá uma controvérsia sem que haja prévio requerimento das partes. Em outras palavras, pelo princípio da inércia, é vedado ao juiz iniciar um processo. Por esse motivo, o juiz brasileiro deve esperar a provocação do autor por meio de uma demanda e não poderá escolher os casos que lhes são atribuídos, de acordo com regras de competência previamente estabelecidas.

O propósito das regras existentes é preservar a imparcialidade dos juízes e mantê-los, tanto quanto possível, isolados das pressões que poderiam comprometer o seu julgamento.

Por todas essas razões, o Poder Judiciário é apontado como instância decisória diferente daquelas estabelecidas pelos demais poderes da República. Enquanto os poderes Executivo e Legislativo são mais comprometidos com os grupos envolvidos no processo político, o Judiciário é uma instituição, por sua

natureza, mais independente. Assim, o juiz pode agir em favor das minorias, que quase sempre são alijadas do processo político eminentemente majoritário.

2.2. Presença de mecanismos de tratamento de conflitos coletivos representativos

Durante o século XX, a sociedade brasileira passou pela mesma transformação que, como resultado da multiplicação das relações sociais, das trocas e dos produtos, deu origem à sociedade de massa em todo o mundo. Consequentemente, os conflitos advindos desse novo modelo social perderam o seu caráter individual e passaram a ter dimensão coletiva. Nesse ambiente surgiram, em consequência, os interesses de grupos, que demandavam proteção jurídica.

Os interesses metaindividuais têm como titular uma coletividade desprovida de personalidade jurídica e, portanto, não apta à sua defesa por meio da técnica da legitimidade ordinária. De fato, os titulares dos interesses metaindividuais não são pessoas físicas ou jurídicas (por exemplo, a coletividade formada pelos moradores de determinada área onde passa um rio poluído). Assim, não há possibilidade de defesa em juízo do interesse lesado ou ameaçado de lesão pelos próprios titulares, seja pela impossibilidade jurídica, seja pela impossibilidade fática de sua reunião ou mesmo individualização.

Diante da incapacidade de o sistema tradicional lidar com a questão do acesso à justiça relativamente aos interesses metaindividuais, foi necessário trabalhar na construção de uma via de acesso capaz de submeter os interesses coletivos à apreciação jurisdicional – no Brasil, utilizou-se a técnica representativa dos interesses dos grupos. O principal instrumento criado para tanto é a Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), também uma lei federal de aplicação cogente aos estados federados.

O sistema de tutela coletiva de direitos, desenvolvido pelo ordenamento jurídico brasileiro, inspirou-se no modelo norte-americano, mas suas peculiaridades são inerentes a um sistema pertencente à família jurídica de *civil law*.

No que concerne à representatividade adequada, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, o sistema brasileiro optou por uma solução, em princípio, legislativa, arrolando os entes legitimados a buscar a tutela coletiva de interesses.

A Lei n. 7.347/1985, em seu art. 5º, dispõe que são legitimados para a propositura da ação civil pública: (i) a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal; (ii) o Ministério Público; (iii) a Defensoria Pública; (iv)

as entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, ainda que despersonalizados; e (iv) as associações constituídas há pelo menos um ano. Os dois últimos legitimados devem ter entre suas finalidades a proteção do interesse objeto da demanda ajuizada em concreto.

Em se tratando de tutela coletiva, verifica-se que o sistema brasileiro optou por uma solução híbrida, abrangendo entes públicos e privados. Seguiu, nesse sentido, a orientação de Mauro Cappelletti e de Bryant Garth, que depois de um estudo de direito comparado indicaram como melhor solução para o problema da legitimidade coletiva a escolha de uma multiplicidade de entes. Segundo os autores, a opção por somente um ente é incompleta e a solução mista é a que tem maior potencialidade de resguardar integralmente os interesses de massa.⁹

O sistema brasileiro, embora tenha elegido vários legitimados à tutela dos interesses metaindividuais, ao contrário do norte-americano, que o inspirou, não deu legitimidade à pessoa física para a propositura da ação civil pública.¹⁰ Não há a exigência, portanto, de que o ente que propõe a demanda coletiva seja membro da coletividade lesada (*personal stake*). Isso não significa, no entanto, que o sistema brasileiro tenha desconsiderado por completo a necessidade de conexão entre o interesse objeto da demanda e a entidade legitimada para representá-lo. Em alguns casos, de fato, presumiu-se esta conexão, em função da natureza pública de alguns legitimados (União, estados, municípios, Distrito Federal, Ministério Público e Defensoria Pública). Todavia, para as demais entidades e órgãos públicos, despersonalizados ou não, e para as associações exigiu-se a comprovação de conexão, no caso concreto, entre o interesse a ser tutelado e as finalidades do legitimado.

O sistema adotado no Brasil não trouxe como requisito para o reconhecimento da legitimidade a existência de uma relação jurídica envolvendo o legitimado e o interesse metaindividual objeto do processo. Não prescindiu, porém, de uma ligação ideológica entre eles, algumas vezes presumida pelo legislador, em outras é exigida a comprovação no caso concreto. Na verdade, optou por discriminar, por via legislativa, a legitimidade para a propositura de demandas coletivas. Ademais, deixou de conferir explicitamente ao juiz a responsabilidade para verificar se o autor possui representatividade adequada, como ocorre nos Estados Unidos, ou seja, coube ao legislador definir os

9. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002. p. 66-67.

10. No ordenamento jurídico brasileiro, a única possibilidade de propositura de ação coletiva por pessoa física é a ação popular. Existe, entretanto, proposta de ampliação da legitimidade individual para a propositura de demandas coletivas, constante no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

contornos desta representatividade e eleger os entes aptos a substituir a coletividade na demanda coletiva.

É justamente nos processos representativos que a discussão sobre políticas públicas se acentua no Judiciário brasileiro. Já foi mencionado que um dos motivos para a constitucionalização dos direitos fundamentais refere-se justamente à busca de concretização do valor igualdade substancial. A constitucionalização dos direitos sociais também se inseriu nesta discussão na medida em que garantiu e tornou exigível um padrão mínimo de igualdade de fruição de bens coletivos. Esta exigibilidade dos direitos sociais, como referido, transfere ao Judiciário a competência para o debate sobre justiça distributiva, transformando este Poder do Estado em mais uma arena política de discussão.

O processo coletivo, dentro do contexto assinalado linhas atrás, torna-se um mecanismo de controle político e prospectivo de políticas públicas. Isso porque, na sociedade de massa, pluralista por natureza, não raro se conflitam interesses metaindividuais antagônicos, porém legítimos, de grupos sociais diversos. A definição de qual interesse conflitante deva prevalecer em determinado caso concreto é tarefa de natureza eminentemente política. Principalmente por meio da ação civil pública, atribuiu-se ao Poder Judiciário a incumbência de dar concretização a princípios e valores constitucionais e, assim, definir no caso concreto qual interesse, entre vários, deverá ser reconhecido como interesse público e conseqüentemente tutelado pelo ordenamento jurídico.

O processo coletivo é o principal instrumento processual que possibilita a discussão acerca de direitos e interesses metaindividuais, que pela sua própria natureza possuem alto grau de abstração e necessitam de concreção por algum dos poderes do Estado. Esses interesses têm, ainda, caráter contingente, o que inviabiliza a previsão legal de todas as situações em que possam ser debatidos. Por esse motivo, as normas de direito material que tratam dessas espécies de interesse trazem, em regra, conceitos indeterminados. Os conceitos indeterminados, por sua vez, demandam esforço interpretativo diferenciado no momento da subsunção e, em geral, não prescindem da realização de escolhas axiológicas pelo magistrado.

2.3. Amplo acesso e baixo custo

A Constituição Federal pátria elenca o acesso à justiça entre os direitos fundamentais. No seu art. 5º, inc. XXXV, prevê que nenhuma lesão ou ameaça

a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Esse dispositivo constitucional é uma proteção geral dos direitos individuais e coletivos ao assegurar que qualquer violação à lei poderá ser discutida perante o Judiciário.

No Brasil, o acesso à justiça é um direito atinente à dignidade humana e deve ser garantido a todos, indistintamente. Significa dizer que é necessário eliminar, na medida do possível, todas as barreiras enfrentadas pelos autores para trazer uma demanda aos tribunais. Uma das barreiras mais conhecidas em diversos países do mundo refere aos custos do processo.

Para vencer a limitação econômica, a Constituição brasileira também contemplou o amplo e gratuito acesso dos economicamente hipossuficientes à assistência jurídica (art. 5º, inc. LXXIV, da CF). Esse tipo de assistência compreende desde a isenção de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência até a disponibilização de advogados para representação dos necessitados em juízo.

O sistema jurídico brasileiro, portanto, tem baixos custos e provê serviços públicos específicos para facilitar o acesso à justiça. Essa característica tem reflexo importante na escolha dos jurisdicionados, quando buscam a proteção e a concretização dos seus direitos. Cada vez mais, o fácil acesso e os baixos custos tornam o Poder Judiciário uma via mais atraente às pessoas, em detrimento do processo político, que demanda maior nível de organização e também tem custos mais elevados.

A justiça gratuita no Brasil foi um dos principais fatores que propiciaram o deslocamento das discussões sobre políticas públicas dos processos políticos tradicionais para os tribunais.

2.4. A tendência de democratização

Nos últimos anos, tem-se observado esforços em todo o sistema jurisdicional brasileiro no sentido de melhorar os mecanismos de participação social nas decisões. O fato de o Poder Judiciário começar a intervir de forma reiterada em políticas públicas também o credenciou a procurar técnicas processuais capazes de legitimar as suas decisões. Tradicionalmente, a decisão judicial retira a sua legitimidade da participação das partes, pela via do contraditório travado no processo¹¹. Entretanto, nas ações que discutem direitos sociais, especialmente nas ações coletivas desta natureza, tal legitimidade deve ser reforçada, uma

11. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 234-235.

vez que as decisões proferidas podem implicar difíceis escolhas entre diversos interesses públicos¹².

A tendência de promover a participação de grupos sociais no processo não implica a transformação do Judiciário em um órgão decisório a favor das maiorias. Pelo contrário, o Poder Judiciário permanece na posição de protetor dos direitos dos grupos minoritários, mas tem buscado maior eficiência e exequibilidade de suas decisões, por meio de uma visão mais ampla das controvérsias que lhe são apresentadas.

O Poder Judiciário brasileiro desenvolveu duas técnicas de democratização do processo decisório: as audiências públicas e a participação dos *amici curiae*.

As audiências públicas, desenvolvidas especialmente no âmbito do STF, permitem a participação direta dos cidadãos nas deliberações do tribunal. É, ao mesmo tempo, uma forma de aproximar o Supremo da população e, assim, abrir um canal de comunicação entre a sociedade e os grupos interessados em casos especialmente difíceis¹³. As audiências públicas são essencialmente democráticas, promovem uma cidadania ativa¹⁴ e, além disso, aumentam a publicidade, a transparência e conseqüentemente a legitimidade do processo decisório.

O *amicus curiae* se refere ao terceiro interessado que ingressa no processo com o intuito de resguardar o interesse público discutido. O *amicus curiae*, regra geral, representa um grupo ou uma determinada ideologia e sua participação aprofunda o debate. A adoção dessa técnica aumenta a qualidade das decisões uma vez que agrega a complexidade do cenário social à reflexão do tribunal. Por conseguinte, aumenta a legitimidade das deliberações da corte julgadora.

Ambas as soluções – audiências públicas e participação dos *amici curiae* – são técnicas de democratização do Judiciário, uma vez que permitem a

12. Também é importante lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro não há previsão que autorize o controle judicial da representatividade adequada dos autores de ações coletivas.

13. Houve audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, que discutia a possibilidade de se realizar aborto de fetos anencéfalos, e na ADIN 3510, que discutia a constitucionalidade da lei que permite a pesquisa com células-tronco embrionárias.

14. Há uma série de críticas acerca da forma como são realizadas e conduzidas as audiências públicas nos tribunais, especialmente no que tange à real possibilidade de participação dos grupos e o quanto tal participação interfere nas deliberações do tribunal. Há relatórios, por exemplo, descrevendo audiências em que o tempo concedido a cada grupo para manifestação foi tão curto que não permitiu a efetiva participação de cada interessado e a demonstração do ponto de vista trazido para discussão. Para que as audiências públicas realmente se tornem um mecanismo de democratização judicial, elas têm de garantir, de fato, que os grupos se manifestem e que suas colocações sejam levadas em consideração.

participação direta dos grupos, que em geral travam suas batalhas por meio do processo político. A decisão judicial não precisa, necessariamente, contemplar o interesse da maioria, motivo pelo qual deve munir-se de meios para decidir de forma eficiente e legítima, levando sempre em consideração as particularidades do caso concreto.

3. OS PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA NO BRASIL

O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil é uma realidade e vem sendo realizado com maior frequência por juízes de todo o país, envolvendo a análise dos mais diversos temas ligados à concretização dos direitos sociais, em milhares de decisões proferidas em demandas coletivas e individuais que chegam aos tribunais, a maioria suscitando direitos relativos a medicamentos e outros insumos para a saúde, matrículas em creches e escolas primárias, políticas relativas à construção de moradias populares, entre outros¹⁵.

Nesse cenário, a discussão sobre a possibilidade de judicializar temas políticos no Brasil acaba tornando-se menos importante do que discutir as melhores formas de promover a judicialização e superar os obstáculos que hoje existem em nosso ordenamento jurídico. É certo que cada país enfrenta diferentes problemas quando se trata de promover o Poder Judiciário como foro de discussões políticas, e as preocupações em nosso país divergem muito daquelas que afligem, por exemplo, os juristas norte-americanos neste tema. No sistema norte-americano, algumas das barreiras enfrentadas pelos litigantes são os altos custos do processo e a dificuldade de expansão da capacidade das cortes em relação aos demais foros de discussão política¹⁶.

No que tange aos custos processuais, o ordenamento jurídico brasileiro criou uma série de medidas para minimizá-los, tanto nos processos individuais – isentando do pagamento quem não tem condições de arcar com as custas processuais – como nos coletivos, em que não há pagamento de custas pelos autores.

15. Para traçar um quadro exemplificativo desse cenário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – que tem o maior número de casos *sub examine* no país –, no período de abril de 2012 a março de 2013, foram 9.373 decisões tratando de fornecimento de medicamentos pelo Estado (chaves de busca “medicamentos e fornecimento e estado”).

16. KOMESAR, Neil K. *Law's limits: rule of law and the supply and demand of rights*. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 40-42.

Como se sabe, os problemas no Brasil são diversos. Na seara processual, dois deles merecem ser destacados como os principais óbices a uma efetiva intervenção judicial em políticas públicas: (i) a proliferação de demandas individuais em detrimento das ações coletivas e (ii) a rigidez formal do processo brasileiro.

3.1. Tratamento individual de conflitos coletivos

A discussão acerca da judicialização de temas políticos tem, como mencionado anteriormente, íntima ligação com a necessidade de os jurisdicionados efetivamente se beneficiarem dos direitos sociais – direitos estes garantidos pela Constituição Federal¹⁷ e que têm como escopo a diminuição da desigualdade social e a fixação de um padrão mínimo de usufruto dos bens coletivos¹⁸. Ao apreciar tais temas, portanto, o juiz sempre estará diante de uma questão de justiça distributiva, ou seja, da alocação ou realocação de bens escassos, de acordo com aquilo que está sendo veiculado no pedido da ação submetida à sua análise¹⁹.

Assim, se os titulares dos direitos sociais são todos os indivíduos, parece intuitivo dizer que a discussão judicial se daria de forma mais adequada pela via do processo coletivo, de sorte que todas as pessoas submetidas a uma mesma privação em relação a determinado direito pudessem ser beneficiadas pela decisão judicial que, em alguma medida, teria caráter político justamente por criar, modificar ou intervir em uma política pública. Entretanto, não é o que vem sendo observado no Brasil, onde tem sido muito comum a judicialização dos direitos sociais pela via individual.

A propositura de ações individuais pleiteando direitos sociais é possível no direito brasileiro – uma vez que também figuram na esfera de direitos subjetivos e como tal podem ser pleiteados por seus titulares quando violados –, mas as consequências desta prática podem ser nefastas para o controle

17. Art. 6º da Constituição Federal do Brasil. “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

18. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 9.

19. Sobre a definição de justiça distributiva, manifesta-se José Reinaldo de Lima Lopes: “A justiça distributiva diz respeito à divisão ou apropriação individual do fundo social comum, fundo de benefícios e custos. A justiça distributiva diz respeito ao bem comum.” (*Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 127).

judicial de políticas públicas, que teria como finalidade a diminuição das desigualdades.

Uma primeira consequência negativa se deve ao fato de a abordagem dos direitos sociais de forma atomizada, por meio de ações individuais, não permitir uma análise completa e planejada, o que acaba por atingir o administrador de forma também dispersa, impedindo-o de ter uma visão geral do problema, necessária à elaboração de uma política pública universal apta a dar conta da carência de todas as pessoas que estejam na mesma situação fática. As decisões proferidas em resposta aos direitos suscitados individualmente também podem interferir na execução de políticas públicas já existentes, determinando a realocação de recursos para atender uma situação individual em detrimento de uma solução coletiva – até porque, em muitos casos, as decisões em processos individuais que veiculam pedidos relacionados a direitos sociais podem ser tão distantes da realidade do poder público que sequer têm a possibilidade de ser aplicadas de forma universal²⁰. Acrescente-se que a impossibilidade de o julgador enxergar o quadro geral ligado a determinado direito social, em razão da propositura de ações individuais, acaba causando o efeito inverso ao que se espera do controle jurisdicional de políticas públicas – ao invés de promover a fruição, por todos, dos bens coletivos, privilegiam-se aqueles que, por um motivo ou outro²¹, vêm ao Judiciário requerer individualmente a concretização do seu direito. Em outras palavras, o Poder Judiciário, conquanto tenha o objetivo de promover a igualdade prevista na Constituição da República, ao conceder determinadas tutelas apenas àqueles que individualmente o acessam, acaba tornando-se, ele mesmo, um gerador de desigualdades²².

As causas que impulsionam a propositura de ações individuais em detrimento de ações coletivas em sede de direitos sociais vão desde a estrutura do processo civil brasileiro até a falta de incentivos para a propositura de ações

20. Entre essas decisões, citem-se aquelas que, com base no direito constitucional à saúde, concedem aos autores de ações individuais medicamentos e insumos de alto custo que não constam das listagens pré-estabelecidas pela Administração Pública com a finalidade de atender a população. Essas ações interferem na política pública já existente – de fornecimento de uma determinada lista de medicamentos – para atender aquele indivíduo que ingressou com a ação.

21. O acesso à justiça, ainda que garantido pela Constituição Federal, está condicionado a uma série de fatores, como os custos do processo – e a relação custo/benefício esperada do processo –, a deficiência informativa dos possíveis beneficiários, entre outros. Ver, a respeito, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

22. COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345-370.

coletivas. O processo civil no Brasil ainda é fundamentalmente individualista, tendo sido formulado para dirimir conflitos entre indivíduos e com foco principal na justiça comutativa. Não há mecanismo de coletivização da demanda individual, como ocorre com as *class actions* norte-americanas. A demanda coletiva deve ser proposta como tal desde o início e por entes previamente legitimados. Não há controle concreto de representatividade adequada na intensidade do modelo americano. O modelo adotado, na verdade, tem-se revelado insuficiente para resolver crises de direito material calcadas nos direitos sociais e que envolvem questões de justiça distributiva.

Os instrumentos de tutela dos direitos coletivos no Brasil, não se pode negar, vêm aperfeiçoando-se desde a segunda metade do século XX, ao garantir a tutela dos interesses transindividuais – entre os quais se enquadram os direitos sociais. Mas ao contemplar o receio, sempre presente nas discussões dessa natureza, de que o amplo acesso à justiça saia prejudicado, permite-se que as ações individuais se desenvolvam paralelamente ao processo coletivo sem nenhuma interferência que não seja da vontade do autor individual²³. Soma-se a isso a morosidade da justiça brasileira, que leva anos para julgar ações complexas como geralmente são as coletivas, e o fato de não existirem reais incentivos – especialmente de ordem econômica²⁴ – que fomentem uma efetiva mobilização social para a propositura de demandas coletivas que levem ao Poder Judiciário discussões sobre políticas públicas. O resultado dessa realidade, bem sabemos, é a proliferação de ações individuais que buscam a satisfação imediata do direito subjetivo do jurisdicionado, *per se*.

23. Não é possível extinguir ou suspender o andamento da ação individual na hipótese de já existir ou ser proposta posteriormente uma ação coletiva sobre o mesmo tema ou tema correlato, salvo se o autor da demanda individual optar pela suspensão da sua ação para aguardar o resultado da demanda coletiva (Artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor).

24. Os legitimados para a propositura de demandas coletivas não têm, diretamente, nenhum benefício econômico com a propositura das ações, como ocorre nos Estados Unidos, em que as *Class Actions* são conduzidas por escritórios de advocacia que, ao final, recolhem os honorários calculados sobre uma porcentagem do benefício econômico da classe representada (ver GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007). Ademais, as normas para a atribuição de honorários advocatícios no Brasil são as mesmas para os processos individuais e coletivos, em regra calculados em porcentagem (10 a 20%) sobre o valor atribuído à causa. Muitos direitos sociais não têm dimensão econômica mensurável (matrícula em escola pública, por exemplo) e, por este motivo, acabariam por reverter muito pouco para o representante do autor. Com isso, no Brasil, não raro, é mais interessante para o advogado propor diversas ações individuais, com a possibilidade de receber honorários em cada uma delas, do que levar a demanda ao conhecimento de um dos legitimados para a propositura de ações coletivas para que a discussão seja levada ao Poder Judiciário pela via mais adequada à consecução dos objetivos da justiça distributiva.

Em algumas ocasiões, é certo, o ajuizamento de diversas demandas individuais já resultou na criação de determinada política pública. Um dos casos que se tornou célebre em nosso país foi o da concessão gratuita de medicamentos para tratamento de pessoas infectadas com o vírus HIV. A proliferação de milhares de ações individuais pleiteando a concessão desses medicamentos, entre outros fatores, impulsionou o Estado a se aparelhar para criar uma política pública de distribuição gratuita de medicamentos para todos os portadores de HIV, iniciativa definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como resultado de “mobilização social, incluindo a representação de comunidades afetadas no governo, as organizações não governamentais e outros fóruns”²⁵. Outras vezes, as ações individuais podem ser usadas de forma estratégica pelos litigantes, quando as demandas coletivas para a implementação de uma política pública global não são acolhidas pelo Poder Judiciário – como ocorreu em casos de pleitos suscitando aumento de vagas na rede pública de educação infantil no Estado de São Paulo, em que os juízes rechaçaram demandas coletivas com tais pedidos, mas acolheram o mesmo pleito em ações individuais para matrículas de crianças em creches²⁶.

De todo modo, a discussão de temas políticos pela via da ação individual mitiga a possibilidade de o Poder Judiciário contribuir para tornar efetivo o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas. Ao contrário, na maioria das vezes, as decisões prolatadas em ações individuais acabam por representar apenas uma interferência em uma política pública já existente, um ataque colateral que cria disparidade entre pessoas que estão na mesma situação de violação a direitos sociais – já que apenas aquelas que requisitaram a tutela jurisdicional terão tal direito garantido –, fato que fomenta discussões sobre

25. Cf. World Health Organization, “*Treatment Works*” (<http://www.who.int/3by5/en/treatmentworks.pdf>), citado por SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 595.

26. Foi o que se constatou em um estudo realizado por integrantes da Organização Não Governamental “Ação Educativa”, sobre litigância estratégica em ações na defesa do direito à educação infantil. Conforme se observou, as demandas coletivas pleiteando a expansão da rede de educação e outras medidas universais de acesso à educação tendiam a ser barradas, em alguns casos, sob a justificativa de que não caberia ao Judiciário imputar tal obrigação de expansão ao Executivo. Entretanto, as demandas individuais – ou aquelas que individualizavam as crianças que seriam beneficiadas com as vagas pleiteadas – tinham maior aceitação pelos juízes, reconhecendo a exigibilidade jurídica de vagas na rede pública de ensino. Ver, a respeito, RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas. Justiça e direito humanos: experiências de assessoria jurídica popular*. Curitiba: Terra de Direitos, 2010. p. 105-127.

a possibilidade de intervenção dos juízes no que seria atribuição primária do Poder Executivo e o aparelhamento do Poder Judiciário para tal intervenção.

É oportuno salientar que não se pretende aqui defender mecanismos que impeçam a propositura de ações individuais discutindo direitos sociais – o que atentaria contra a garantia constitucional do acesso à justiça (artigo 5º, inc. XXXV, da CF) –, mas sim alertar que existem formas de minimizar o impacto deste tipo de ação no campo do controle de políticas públicas pelos tribunais, por meio de mecanismos que permitam a universalização da tutela quando o pedido de determinada ação individual beneficie uma classe/grupo de pessoas, como por exemplo, as técnicas de coletivização e de aglutinação de demandas – de *lege lata* e de *lege ferenda*, analisadas na seção seguinte.

3.2. Rigidez do procedimento processual

Além de permitir o ajuizamento de demandas individuais veiculando pedidos que preconizam a implementação ou alteração de políticas públicas, outro problema enfrentado no Brasil, quando se discute a judicialização de temas políticos, é a rigidez do processo civil brasileiro, marcado atualmente por um conjunto de regras cujo objetivo é garantir que um processo, uma vez ajuizado, caminhe da forma mais diligente possível e sem retrocessos desnecessários em direção a um provimento jurisdicional que se tornará inalterável. Para garantir esse resultado, o processo civil pátrio se baseia no sistema da preclusão – que nada mais é do que a perda, a extinção ou a consumação de uma faculdade processual pelo fato de já se ter alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício²⁷.

Por esse motivo, são rígidas as regras para a fixação do objeto da demanda – impedindo que o autor altere o seu pedido após determinado momento processual –, assim como as regras que vedam a prática de atos após o tempo concedido pelo Juízo para tanto ou em desacordo com atos praticados anteriormente pela mesma parte e, por fim, as regras que fixam a imutabilidade da decisão final do processo – a coisa julgada.

Em última análise, todas essas regras se referem à necessidade de garantir a segurança jurídica²⁸ no curso do processo ou após o seu encerramento, não

27. MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitações ao contraditório? *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 17, jan. 1980. p. 105.

28. A impossibilidade de se alterar a coisa julgada no processo é, inclusive, garantia constitucional que tem como fundamento a segurança jurídica (art. 5º, inc. XXXVI, da CF).

apenas porque evitarão que o processo retroceda de forma a atrasar o seu andamento, mas porque assegurarão que dentro do limite temporal estabelecido para a prática dos atos processuais a garantia do contraditório será respeitada. Assim, é vedado ao autor alterar o pedido sem a anuência do réu após a integração deste no processo pela via da citação, momento em que tomou ciência e elaborou a sua defesa com base no pedido e na causa de pedir expostos na petição inicial – afinal, qualquer alteração superveniente por iniciativa da parte autora pode aviltar o direito à ampla defesa e prejudicar o contraditório²⁹.

De fato, essas regras processuais objetivam alcançar distintos fins, em especial evitar a prática de atos dispensáveis ou protelatórios, garantindo o bom termo do processo, e no tocante à coisa julgada conceder imutabilidade à decisão final para possibilitar à parte vencedora o correspondente cumprimento. Todas essas regras, não custa lembrar, foram elaboradas para atender às necessidades dos processos individuais, em um cenário em que a discussão judicial dos direitos coletivos, de modo geral, ainda era incipiente no Brasil³⁰. Desta feita, não são elas adequadas aos processos que discutem políticas públicas e concretização de direitos sociais. Isso porque os direitos sociais são, regra geral, essencialmente difusos, de natureza indivisível e sua titularidade individual é impossível determinar. Com efeito, a contingencialidade e a consequente mutabilidade são características desses direitos (sociais) e qualquer alteração na realidade social pode tornar a tutela jurisdicional pleiteada inapta ou ineficaz com o passar do tempo³¹.

Assim, a aplicação estrita das regras preclusivas, que impedem a modificação do pedido no curso da demanda, pode constituir um óbice à concretização de determinado direito social, uma vez que o pedido formulado na ação não pode ser adaptado às alterações da situação fática que deu causa à demanda. Na prática, a rigidez formal do processo civil brasileiro leva à extinção

29. Trata-se de regras impostas pelos artigos 264 e 294 do Código de Processo Civil brasileiro, referentes à chamada estabilização da demanda. Mesmo com a anuência do réu, qualquer alteração no pedido só pode ocorrer até o despacho do juiz que saneia o processo e fixa definitivamente o objeto da demanda.

30. As regras circunscritas nos artigos 264 e 294 retrocitados e a do artigo 473, que dispõe sobre a preclusão de questões decididas no curso do processo, constam do Código de Processo Civil brasileiro com a mesma redação desde 1973. Na época, a única lei que possibilitava a tutela de interesses difusos e coletivos era a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717), datada de 1965, mas, ainda assim, sua utilização se limitava à proteção contra atos lesivos ao patrimônio dos entes públicos e correlatos.

31. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 107; COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345-370.

superveniente da demanda, o que obrigará o autor a propor nova ação para, pleiteando a tutela que entender agora cabível, proteger o direito difuso discutido, mas novamente sujeito ao risco de outra alteração da realidade tornar o pedido inadequado para resolver a crise de direito material.

Para tentar evitar que situações como as mencionadas linhas atrás impedissem a efetiva tutela dos direitos difusos – estes, especialmente, de caráter social – foi proposta uma alteração na Lei da Ação Civil Pública, via predileta de discussão dos direitos coletivos em juízo no Brasil, com vistas a flexibilizar as regras para fixação do objeto litigioso e conseqüentemente possibilitar a alteração do pedido, desde que garantidos o contraditório e o direito à prova da parte contrária³². A proposta de alteração da referida lei, no entanto, foi rejeitada.

Raciocínio análogo se projeta para as regras de imutabilidade da coisa julgada. É certo que a impossibilidade de alterar o provimento jurisdicional após o trânsito em julgado da sentença é indispensável para garantir a segurança jurídica. Entretanto, diante da mutabilidade dos direitos discutidos em ações que veiculam a necessidade de implantar ou alterar determinada política pública, o comando exarado na decisão pode tornar-se inexecutível ou ineficaz para sanar o problema. O mesmo exemplo, relativamente ao fornecimento gratuito de medicamentos, pode ser invocado aqui: os tribunais decidem que o Estado deve prover determinado remédio à população, mas por alguma razão tal medicamento deixa de ser produzido pelas companhias farmacêuticas. Se a sentença não menciona que o remédio em questão pode ser substituído por um similar – se este existir – o comando da sentença torna-se inexecutível, uma vez que a decisão não pode ser alterada para atingir a sua finalidade, que é o tratamento dos pacientes que precisam do remédio.

Ademais, especialmente na fase de execução do julgado, em processos dessa natureza, não raro será necessária uma postura ativa do Poder Judiciário, figurando o magistrado como mediador institucional justo para garantir que o provimento exarado na sentença seja cumprido a contento. Nenhum desses dois problemas observados na fase de execução do julgado coletivo em matéria de políticas públicas encontra solução no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Portanto, se é necessário que o processo, como instrumento de pacificação social, adapte-se às crises de direito material que se apresentam ao longo do

32. Artigo 16 do Projeto de Lei n. 5.139/2009. COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345-370.

tempo, é possível afirmar que o cenário atual demanda alterações substanciais para que, superados os óbices à judicialização dos temas políticos, permita que o Poder Judiciário efetivamente participe da discussão e da concretização dos direitos sociais. Algumas propostas legislativas, no entanto, já vêm buscando essa mudança, tema a ser abordado na seguinte seção.

4. OS PROJETOS DE APRIMORAMENTO DO SISTEMA PROCESSUAL PARA ATENDER ÀS DEMANDAS DE NATUREZA POLÍTICA

Com o objetivo de minimizar os problemas aqui apresentados e possibilitar o acesso do Poder Judiciário à seara das discussões que envolvam políticas públicas de uma forma mais organizada, estratégica e conseqüentemente mais efetiva, surgiram ao longo dos últimos anos algumas propostas legislativas que preveem adaptações no sistema processual – algumas são especificamente voltadas ao controle jurisdicional de políticas públicas; outras são articuladas para atender demandas repetitivas de todas as naturezas, mas que terão inevitável impacto na judicialização de matérias políticas. Pode-se dizer, assim, que essas propostas legislativas pretendem atacar, principalmente, (i) a questão da dispersão de interesses, que ocorre quando temas políticos são levados ao Poder Judiciário pela via das ações individuais, e (ii) o problema da dificuldade de executar as decisões judiciais que controlam ou implementam políticas públicas.

A solução imaginada para regulamentar ações que invoquem o controle e a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas foi a criação de uma lei específica, capaz de instituir um novo tipo de processo para tal finalidade e resolver a um só tempo os dois percalços descritos acima. Com base nessa ideia, elaborou-se um projeto de lei visando sistematizar a judicialização de demandas de natureza política (Projeto de Lei n. 8.058/2014).

A análise do referido projeto de lei, que no presente tramita na Câmara dos Deputados, é oportuna diante da necessidade de bem compreender a razão e a necessidade de delinear estratégias que visem modificar o sistema processual atual e adequá-lo a um cenário em que a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas já se tornou uma realidade.

A tônica do citado Projeto de Lei n. 8.058/2014 foi justamente dar primazia aos processos coletivos, priorizando-os em relação às demandas individuais, uma vez que o benefício obtido por essas ações, não raro, limita-se apenas à parte autora e não implica, necessariamente, intervenção planejada em uma política pública abrangente – como analisado anteriormente. Por essa razão,

logo no segundo artigo, o projeto em comento consigna, entre os princípios aplicáveis ao controle jurisdicional de políticas públicas, o “atendimento ao bem comum” e a “universalidade das políticas públicas”³³.

Acrescente-se que o novo procedimento articulado para promover o controle judicial de políticas públicas foi erigido sobre a base das ações coletivas. Não foi proposta a ampliação da legitimidade ativa para possibilitar o ajuizamento de ações coletivas discutindo políticas públicas por indivíduos, como é praxe no direito norte-americano, em que demandas individuais – por sua natureza ou pela extensão de seus resultados – podem ser certificadas como *class actions*.

Entretanto, para os fins destes escritos, é importante registrar que o PL n. 8.058 contemplou mecanismo para a coletivização de pretensões individuais, transformando-as em pedidos coletivos quando tiverem esta natureza. Esse mecanismo, se utilizado da forma proposta pela lei, supriria de alguma forma a falta de legitimação individual para a propositura de demandas coletivas e impediria a molecularização das demandas que tratam de judicialização de políticas públicas ou de direitos sociais. O projeto dedica um capítulo ao tema (artigos 28 a 30).

No cenário proposto, estabelece-se parâmetro para o jurisdicionado pleitear, pela via judicial e individualmente, a implementação de direitos sociais. O juiz, por sua vez, só poderá conceder a tutela pretendida individualmente se o pleito tratar de direitos relativos ao mínimo existencial (art. 28). Mesmo nos casos de mínimo existencial, o projeto prioriza o tratamento coletivo.

Com essas disposições, o legislador busca, portanto, otimizar a implementação universalista dos direitos sociais, cientificando os legitimados sobre eventual lesão à coletividade. Os legitimados, porém, na redação do art. 29, preservam a sua autonomia na avaliação da necessidade ou não de sua intervenção.

O art. 30, que dispõe sobre a conversão da demanda individual em coletiva, é o que suscita maior interesse e possivelmente será o cerne de discussões mais acaloradas, haja vista a previsão de que nas demandas individuais com efeitos coletivos ou naquelas em que todos os indivíduos na mesma situação fática que o autor devam ser tratados de forma isonômica o juiz possa converter a ação em coletiva, intimando os legitimados da ação coletiva para atuar na condição

33. “Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: [...] V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas [...]”

de litisconsorte. Não se trata de instigar os legitimados a proporem demanda futura, como ocorre no art. 29 do projeto, mas sim noticiar a transformação de um processo em coletivo.

No que tange à superação de um modelo processual rígido – outro problema assinalado como barreira a uma efetiva implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário –, é preciso retomar o fato de que essa característica do processo civil brasileiro tem grande impacto na adequação e na exequibilidade das decisões sobre políticas públicas. A necessidade de contemplar a mutabilidade inerente aos interesses sociais e as formas de implementá-los fez com que o projeto anteriormente mencionado propusesse meios de adaptar os limites da coisa julgada em demandas envolvendo políticas públicas.

O artigo 20 do PL n. 8.058 permite que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, altere a decisão transitada em julgado na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto se outras políticas públicas diferentes daquelas mencionadas no *decisum* se mostrarem mais adequadas ao atendimento do direito social objeto do processo julgado. O dispositivo proposto ainda é bastante genérico e caso o projeto seja aprovado conferirá grandes poderes aos juízes, que poderão eleger os meios “mais adequados” para a implementação da política pública que melhor atenda aos interesses pleiteados em juízo.

Ainda assim, essa proposta legislativa demonstra que as discussões acerca da inadequação do processo civil brasileiro atual para lidar com o controle de políticas públicas pelo Judiciário se faz presente na doutrina nacional e que a busca por soluções é de primordial importância para a consolidação de um sistema que possibilite a tutela integral dos interesses sociais.

5. CONCLUSÃO

Com esteio no raciocínio até aqui desenvolvido, pode-se afirmar que os tribunais brasileiros vêm assumindo um papel de destaque na transformação da realidade social do país na medida em que se tornaram um fórum de discussão política e, ao mesmo tempo, a instituição responsável por garantir a concretização das provisões constitucionais correlatas ao Estado de bem-estar social. Entre essas provisões está a implementação dos direitos sociais, cujo propósito é garantir a toda pessoa um padrão mínimo de subsistência, mas a efetividade deste direito fundamental, expoente da dignidade humana, em grande parte, só tem sido possível por meio do controle judicial de políticas públicas.

O Poder Judiciário, por sua natureza, estrutura e organização, agrupa uma série de vantagens enquanto arena de discussão política. Tais vantagens iniciam com as garantias constitucionais de independência dos juízes, passam pelas leis que visam assegurar o amplo acesso à justiça e se materializam com os esforços para aumentar os mecanismos de participação social em processos que envolvem questões sensíveis, como a permissão para que sujeitos interessados atuem como *amici curiae* em casos de grande relevância social.

Por outro lado, há diversos problemas que ainda pendem de solução e representam consideráveis obstáculos para que as políticas públicas dirigidas à implementação dos direitos sociais possam ser efetivamente discutidas nos tribunais brasileiros. Entre esses problemas, dois foram aqui examinados: (i) a primazia das ações individuais em relação às ações coletivas no atual cenário jurídico e social – que, em última análise, acaba impedindo os juízes de orientar ou modificar uma política pública de forma global; e (ii) o excessivo formalismo do processo civil brasileiro, pródigo em dificultar a discussão dos direitos sociais e a execução das decisões judiciais que pretendem implementá-los, já que uma das principais características desses interesses é sua mutabilidade e fluidez.

De todo modo, o controle judicial de políticas públicas é uma realidade no Brasil e esforços consistentes têm sido feitos – entre eles figuram propostas de alteração legislativa – com vistas a superar as dificuldades que hoje impedem os tribunais de terem a mesma expressão que os demais poderes da República quanto à participação na definição e na implementação de políticas públicas que tenham como objetivo dar efetividade aos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 8058/2014*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.
- COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345-370.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, Edusp, 1994.
- GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 2011.
- KOMESAR, Neil K. *Law's limits: rule of law and the supply and demand of rights*. New York: Cambridge University Press, 2001.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Crise da norma e reforma do Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitações ao contraditório? *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 17, jan. 1980.
- RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas. *Justiça e direito humanos: experiências de assessoria jurídica popular*. Curitiba: Terra de Direitos, 2010.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.