

A IMEDIATA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL: RELAÇÃO DIREITO E PROCESSO

SUSANA HENRIQUES DA COSTA

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

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A jurisdicionalização dos direitos fundamentais; 3. O mínimo existencial; 4. Os problemas do processo civil na jurisdicionalização dos direitos fundamentais sociais. 4.1 Função judicial: consequencialista, estratégica e mediadora.; 4.2. Universalização dos direitos sociais e a coletivização da tutela jurisdicional; 4.2.1. Técnicas de coletivização de pretensões individuais; 4.2.2. Técnicas de agregação de demandas individuais já propostas; 4.3. Rigidez formal; 4.4. Motivação; 4.5. Democratização do processo; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto estudar o impacto da jurisdicionalização dos direitos sociais no processo. Como se verá, os direitos sociais foram incorporados pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Isso tornou viável a exigibilidade de sua concretização por parte de seus afirmados titulares e, conseqüentemente, a possibilidade de sua tutela pela via jurisdicional.

A veiculação dessa espécie de direito material, que possui especificidades próprias, no processo, impacta a técnica processual, que deve a elas responder adequadamente. Lembre-se de que o processo é meio que só se legitima na medida da qualidade dos resultados obtidos. É essa relação entre o direito material tratado (direitos fundamentais sociais) e o mecanismo processual desenhado que é objeto deste estudo.

A hipótese a ser desenvolvida é a de que são necessárias adaptações da técnica processual para a tutela adequada dos direitos sociais fundamentais, a depender da forma como ocorra a sua judicialização. Algumas adaptações já são possíveis, dentro da margem de flexibilidade que o legislador dá ao julgador e da própria complexidade da técnica processual do ordenamento jurídico brasileiro. Outras demandam a alteração legislativa para o aprimoramento do mecanismo judicial vigente.

Para desenvolver a hipótese proposta, a estrutura deste artigo parte de uma breve análise do fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, suas causas e, em especial, a consequência de permitir a judicialização dos conflitos a eles relacionados, dentro de alguns limites. Sobre esses limites, será desenvolvido o conceito de mínimo existencial, entendido como o núcleo duro do direito fundamental social constitucionalizado, único passível de jurisdicionalização imediata, sem necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Definidas as principais características do direito material tratado, o estudo se desenvolve no sentido de buscar identificar as deficiências que a técnica processual clássica apresenta no tratamento individual ou coletivo dos direitos fundamentais sociais. Algumas sugestões de *lege lata* e de *lege ferenda*, serão, então, apresentadas.

2. A jurisdicionalização dos direitos fundamentais

A discussão acerca da jurisdicionalização dos direitos relaciona-se de forma intrínseca aos movimentos de constitucionalização dos direitos sociais nas sociedades ocidentais. A constitucionalização dos direitos fundamentais é fenômeno geralmente apontado como uma reação aos períodos autoritários que existiram durante o século XX ao redor do mundo, que se viabilizaram em um modelo normativo positivista, que não permitia questionamentos sobre o conteúdo substancial das normas jurídicas. Nesse sentido, uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais se tornam estrutura básica do Estado e da sociedade.¹ Transformam-se, portanto, em elementos limitadores da ação estatal que, para ser legítima, deve refletir e se harmonizar com os valores jurídicos e políticos constitucionalmente reconhecidos.² A ação estatal se legitima pelo seu conteúdo e pela sua correspondência com o modelo axiológico constitucionalmente desenhado e “*somente são soberanas as leis que constituam*

¹ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 379.

² EDUARDO CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 26. Segundo ROBERT ALEXI, as críticas ao fenômeno de excesso de constitucionalização dos direitos apontam para a redução da competência dos parlamentos e, conseqüentemente, do processo político-democrático, uma vez que eles estariam adstritos ao já previstos pelo texto constitucional. Cresceria, por outro lado, a competência das Cortes Constitucionais, responsáveis por dar interpretação ao texto constitucional. O autor, porém, rechaça o argumento, sustentando a existência de espaço discricionário para a atuação legislativa no modelo vigente (*Sobre los derechos constitucionales a proteccion*, p. 45 e ss.).

*manifestação externa das exigências de racionalidade e de liberdade, não da vontade arbitrária daqueles que detém o poder”.*³

Mas o fenômeno da constitucionalização, em especial dos chamados *direitos fundamentais sociais*,⁴ também se deve à busca na sociedade moderna pela concretização do valor igualdade e da preservação de condições mínimas e elementares para a vida e o desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais sociais exigem por parte do Estado não somente o dever de abstenção (p. ex. dever de não tributação de condições sociais mínimas), mas principalmente o dever de prestação. Nessa lógica, o Estado estaria obrigado a garantir aos indivíduos prestações materiais mínimas. A estrutura dos direitos sociais, portanto, inverte o raciocínio protetivo do Estado. Para a proteção de um direito social, é necessário agir e não se omitir.

Arelada à constitucionalização dos direitos fundamentais sociais está a discussão a respeito do seu conteúdo essencial. A pergunta é: qual o grau de exigibilidade desses direitos? Isso porque os direitos sociais, justamente por representarem realização material pelo Estado, têm custo muito superior em relação aos direitos civis e políticos.⁵ A premissa, portanto, é pela impossibilidade de se garantir a fruição máxima desses direitos por todos os membros da sociedade, por inviabilidade econômico-financeira. Consequentemente, haverá a colisão entre direitos fundamentais que não poderão ser sempre igualmente realizados.

³ EDUARDO CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neo processualismo*, p. 26.

⁴ RICARDO LOBO TORRES sistematiza o debate doutrinário sobre o tema da relação entre direitos fundamentais e direitos sociais da seguinte forma: 1) há os que veem simbiose entre direitos fundamentais e sociais; 2) há os que sustentam a indivisibilidade dos direitos humanos, compostos tanto pelos direitos fundamentais, quanto pelos direitos sociais; e 3) há os que reduzem a jusfundamentalidade dos direitos sociais à ideia de mínimo existencial. Essa última posição é a defendida pelo autor (*O direito ao mínimo existencial*, p. 43).

⁵ Como bem demonstrado por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, todo direito tem seu custo, inclusive os direitos chamados negativos, como os civis e políticos (p.ex. o custo para a estruturação e manutenção das instituições necessárias para a realização das eleições). O custo para a realização dos direitos sociais, porém, é bem maior. Segundo o autor, “basta comparar os *custos* decorrentes de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para o tratamento de pacientes portadores do HIV com decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partirmos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na *conta comum de todos os direitos*” (*O Judiciário e as políticas públicas...*, p. 593-594).

É preciso, para a resolução dos conflitos, estabelecer um patamar mínimo, um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, até porque, em regra, é somente esse mínimo que poderá ser exigido do sujeito passivo Estado.⁶ Esse conteúdo, quando voltado para a definição daquilo que é justiciável, ou seja, do direito com densidade normativa suficiente para garantir tutela pelo Poder Judiciário, é normalmente chamado de *mínimo existencial*.⁷ Para os fins deste estudo, portanto, *mínimo existencial* é o conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata.

3. O mínimo existencial

Fixada a função, porém, é necessário responder outra pergunta complexa: o que compõe o mínimo existencial? O que está dentro deste conceito de núcleo duro dos direitos fundamentais sociais, necessário para a garantia de uma existência digna ao ser humano?

Sobre essa discussão, dentro de um esforço de simplificação, é possível identificar a existência de duas grandes teorias: a teoria absoluta e a teoria relativa. A teoria absoluta⁸ sustenta a existência de um conteúdo mínimo previamente determinado relativo a cada um dos direitos fundamentais sociais. Embora não necessariamente este núcleo seja imutável, podendo variar segundo circunstâncias históricas, políticas e sociais, é possível determiná-lo previamente, antes mesmo do surgimento do conflito entre direitos no caso concreto. Segundo RICARDO LOBO TORRES, para “*a teoria absoluta existe um núcleo de cada direito fundamental que em nenhum caso pode ser objeto de intervenção, nem se sujeita à ponderação*”.⁹ Para essa teoria, portanto, o problema é definir se determinada prestação integral ou não o mínimo existencial e essa definição independe das circunstâncias do caso concreto. Exemplificativamente, a teoria

⁶ Entende-se que somente o conteúdo essencial do direito poderá ser exigido do Estado, em decorrência da mera previsão constitucional. Para além desse conteúdo essencial, é necessária a existência de algum arcabouço infraconstitucional que dê densidade normativa suficiente ao direito social. V. KAZUO WATANABE, *Controle Jurisdicional de Políticas públicas...*, p. 217.

⁷ O Projeto de Controle Judicial de Políticas Públicas conceitua mínimo existencial como “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana” (art. 7º, §único).

⁸ V. KAZUO WATANABE, *Controle Jurisdicional de Políticas públicas...*, p.219.

⁹ RICARDO LOBO TORRES, *O direito ao mínimo existencial*, p. 90.

absoluta pode sustentar que hoje, no Brasil, os medicamentos arrolados na listagem do SUS compõem o mínimo existencial do direito a saúde. Em consequência, qualquer demanda que buscasse a condenação do Estado ao fornecimento de qualquer destes medicamentos, comprovada a necessidade individual, seria julgada procedente.

A teoria relativa, por seu turno, parte da premissa de que a determinação do conteúdo essencial de um direito fundamental depende da ponderação realizada à luz do caso concreto, entre todos os direitos envolvidos. Não é possível saber o que é mínimo existencial aprioristicamente. É necessário sempre ponderar sobre a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da restrição a direitos fundamentais, dependendo das circunstâncias apresentadas ao intérprete e, portanto, inviável a adoção de regras prévias. Conforme ensina VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA:

O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definidos *a priori* para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.¹⁰

Na mesma hipótese anterior, portanto, a teoria relativa entende que a circunstância de um determinado medicamento constar do rol dos disponibilizados pelo SUS não é o bastante para fazer dele mínimo existencial. É possível que, na maior parte dos casos, a ponderação entre os direitos envolvidos assegure ao indivíduo a tutela condenatória do Estado ao seu fornecimento. Há a possibilidade da existência de casos, entretanto, em que essa não seja a solução adotada pelo julgador, pois, p. ex. podem estar em conflito justamente a concessão de vários medicamentos constantes da listagem.

Há teorias intermediárias, chamadas mistas, que postulam o tratamento absoluto do mínimo existencial em alguns casos e relativo, em outros. Seja qual for a teoria adotada, contudo, o importante é salientar a natureza garantidora do conceito de mínimo existencial, que se, de um lado, consubstancia um parâmetro para a intervenção do Poder Judiciário, também representa um limite para as restrições geralmente

¹⁰ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais...*, p. 196.

apontadas pela atuação judicial, como por exemplo, a reserva do possível. Os Tribunais, nesse sentido, costumam reconhecer que a falta de condições financeiras ou mesmo restrições orçamentárias não podem ser opostas ao mínimo existencial.¹¹ Trata-se, portanto, de um limite do limite.

4. Os problemas do processo civil na jurisdicionalização dos direitos fundamentais sociais

Feita essa breve exposição sobre o papel desempenhado pelo conceito de mínimo existencial como garantidor da imediata judicialização dos direitos fundamentais, é o momento de voltar os olhos ao processo. Isso porque é sabido que o direito processual é instrumento de tutela do direito material e deve, portanto, buscar efetividade no desempenho de sua função. Para tanto, deve adaptar suas técnicas de forma a melhor atender os direitos por ele veiculados. Afinal, a *“natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será*

¹¹ O STF, nesse sentido, já reconheceu a inoponibilidade da alegação de reserva do possível ao mínimo existencial: “A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança” (STF, 2ª Turma, ARE 639337/ SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 23/8/11) (grifo nosso).

medida em função da sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social”.¹²

Para o tratamento dos direitos sociais, o processo deve se adaptar. As especificidades desta espécie de direito material exigem a mudança da técnica processual e a redefinição de alguns aspectos da própria função judicial. Algumas dessas adaptações podem e devem ser imediatamente incorporadas ao processo, pois já há margem política e jurídica para tanto. Outras mudanças dependerão de alteração do método empregado e são, portanto, de *lege ferenda*. O que se fará a seguir será uma tentativa de sistematização de aspectos processuais que devem ser ajustados para o adequado tratamento processual dos conflitos envolvendo a judicialização dos direitos sociais.

4.1. Função judicial: consequencialista, estratégica e mediadora

Quando o direito material trazido ao processo envolve direitos sociais, uma alteração na postura do julgador se impõe. A decisão sobre tais direitos possui intrínseca natureza política, na medida e que envolve escolha sobre alocação de recursos escassos. O fato de o julgador estar amparada por algum recorte jurídico no momento da escolha, não afasta a natureza política da decisão, pois um ordenamento jurídico complexo como o atual, muitas vezes permite escolhas variadas entre interesses públicos legítimos, a depender de premissas axiológicas que se estabeleçam.¹³

No desempenho dessa atividade político-jurídica, fica evidenciada a necessidade de incorporação de algumas novas características à função judicial. Não é possível julgar conflitos sobre alocação de recursos públicos ou mesmo sobre reforma estrutural do Estado da mesma forma que se julgam conflitos subjetivos privados. A função judicial politizada deve ser consequencialista, estratégica e mediadora.

Consequencialista é a postura do magistrado que pondera sobre os efeitos materiais da sua decisão sociedade. O juiz que decide sobre políticas públicas não pode

¹² JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, p. 16.

¹³ Sobre o fenômeno de politização do Poder Judiciário em função da judicialização de direitos sociais, v. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O Judiciário e as políticas públicas*, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, JOSE REINALDO DE LIMA LOPES, *Direitos Sociais* e CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Dois faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil*.

ser alheio às complexidades e dificuldades de execução da sua decisão. Há limites jurídicos (p. ex. orçamentários) e fáticos (p. ex. financeiros) na atuação do Estado que podem vir a impedir a eficácia do mandamento contido da sentença. Há também dificuldades procedimentais (p. ex. necessidade de licitação para contratação) que dificultam o cumprimento de ordens judiciais em prazos exíguos e podem, inclusive, dar ensejo a desvios de conduta na administração. Mas, acima de tudo, há impactos diretos e indiretos gerados pelo próprio cumprimento da sentença judicial envolvendo a implementação de direitos sociais e que não podem ser ignoradas pelo juiz quando do julgamento. A definição judicial sobre políticas públicas implica mudança de rumos na gestão da administração e realocação de recursos públicos que podem vir a prejudicar outros direitos sociais. Tudo isso deve ser levado em conta pelo juiz quando da decisão, de forma a equilibrar os valores em jogo e buscar um equacionamento mais adequado do conflito.

A função judicial deve também, nesse novo contexto, ser *estratégica*. Essa característica se refere, em especial, à postura adotada pelo magistrado na execução de decisões envolvendo a implementação de políticas públicas, em especial em demandas coletivas. O cumprimento desta espécie de decisão é complexo e desloca para a fase satisfativa do processo um alto grau de atividade cognitiva. O objetivo é a concretização da política pública determinada pela sentença, mas até lá haverá muito a se decidir. Para que se chegue ao objetivo, deve o juiz traçar uma estratégia, um plano de atuação, incluindo a mediação entre as partes envolvidas, do que já advém a também necessidade de que o magistrado exerça uma função *mediadora*.

Exigir que o executado simplesmente cumpra o teor da decisão em determinado prazo (postura negativamente formalista), sem acompanhar esse cumprimento, seja diretamente, seja via um técnico nomeado para esta finalidade,¹⁴ torna as chances de êxito da execução pequenas. A execução precisa, nesses casos, da elaboração de um plano específico, porém flexível e sujeito eventuais adaptações que se

¹⁴ Prevê o Projeto de Controle Judicial de Políticas Públicas: Art. 19 – Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

façam necessárias. Deve, também, ter o acompanhamento detido pelo juiz do cumprimento do plano e dos prazos. Esse é o juiz estrategista.¹⁵

Por fim, o juiz que decide sobre políticas públicas deve ser um mediador, em especial, um mediador institucional. A definição e a implementação de políticas públicas depende muitas vezes da atuação de mais de um dos Poderes do Estado, de forma concatenada e na busca de um mesmo objetivo. O Judiciário, quando decidir pela reforma estrutural do Estado (p. ex. reestruturação do sistema educacional ou penitenciário) será o grande mediador dessa transformação, possibilitando uma necessária interlocução entre as Instituições envolvidas (p. ex. Legislativo, Executivo, Ministério Público, Sociedade Civil) para o cumprimento da decisão da melhor forma possível.¹⁶

4.2. Universalização dos direitos sociais e a coletivização da tutela jurisdicional

Já foi mencionado no início deste ensaio que um dos motivos para a constitucionalização dos direitos fundamentais foi a busca pela concretização do valor igualdade substancial. Isso porque o modelo novecentista do Estado Liberal de Direito não conseguiu responder de forma adequada às necessidades de justiça distributiva e gerou o incremento das desigualdades sociais. No Estado Social de Direito, que ao primeiro se seguiu, assistiu-se a um movimento de revalorização da discussão sobre o

¹⁵ Como bem ilustra OWEN FISS, sobre a execução da sentença: “As limitações do nosso conhecimento sobre o comportamento organizacional, aliada à capacidade das organizações de adaptarem-se às intervenções por meio do restabelecimento das relações de poder preexistentes, resultam invariavelmente em uma série de intervenções – ciclo após ciclo de medidas suplementares. Uma relação de supervisão duradoura desenvolve-se entre o juiz e a instituição, pois seu desempenho deve ser monitorado e novas estratégias devem ser criadas para se ter certeza de que a operação da organização permanecerá dentro de limites constitucionais. O juiz pode, ainda, criar novas estruturas administrativas – novamente o *special master* – para dar assistência a essas tarefas. Ao fazê-lo, ele demonstra tanto dúvidas sobre a capacidade dos litigantes para o desempenho dessas tarefas quanto consciência acerca da magnitude delas” (*Um novo processo civil*, p. 64).

¹⁶ Sintetizando o que foi aqui exposto, vale repetir as palavras de EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA: “(...) na implantação judicial de políticas públicas, a mediação é algo novo e desafiador mesmo para quem está habituado a esse método alternativo de solução de controvérsias (...). Ademais, o juiz é obrigado a sincronizar-se com três formas de diálogo estruturalmente distintas, mas funcionalmente interdependentes: precisa interagir (a) com os agentes políticos para que a atuação dos técnicos seja politicamente orientada (ou seja, para que essa atuação ganhe legitimidade *télica*); (b) com o *staff* técnico para que a ação dos políticos receba diretriz técnica (isto é, para que essa ação ganhe legitimidade *tectônica*); (c) com os destinatários e os demais interessados na ação governamental para que a atuação dos técnicos e políticos esteja sintonizada com os anseios gerais da população (ou seja, para que a ação tectônica também ganhe legitimidade *tópica*)” (*A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*, p. 43-44).

bem comum e a distribuição de bens escassos em sociedade. A constitucionalização dos direitos sociais também se insere nesta discussão, na medida em que garante e torna exigível um padrão mínimo de igualdade de fruição de bens coletivos.¹⁷ Esta exigibilidade dos direitos sociais, como visto acima, transfere ao Judiciário a competência para a discussão sobre justiça distributiva, transformando esse Poder do Estado em mais uma arena política de discussão.

O problema que se verifica, porém, é que, a despeito de se tratar de uma questão de alocação de bens escassos (justiça distributiva), a judicialização dos direitos sociais frequentemente se realiza de forma individualizada, atomizada. É que os direitos sociais são direitos de todos, mas também são direitos de cada um. Sob este último enfoque, eles possuem estrutura de direito subjetivo e, portanto, uma vez violados, podem ser exigidos judicialmente por cada um dos seus titulares. É o que garante o também direito fundamental de *inafastabilidade da tutela jurisdicional* (art. 5º, XXXV, CF).

O tratamento atomizado de direitos sociais, porém, embora possível e legítimo, possui algumas consequências trágicas. Em primeiro lugar, sob a perspectiva do administrador, as múltiplas decisões concessivas de direitos sociais, próprias de uma sociedade de massa, podem vir a interferir no planejamento e execução de uma política pública em curso, na medida em que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais. Além disso, o tratamento processual individualizado do tema, em regra, não permite a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor. Isso pode significar a prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, não passíveis de universalização.

Esta última consequência é que mais aponta para uma contradição intrínseca: por um lado, há a positivação dos direitos sociais, com fundamento na busca pela igualdade material e não meramente formal entre os indivíduos; por outro, o tratamento judicial individualizado destes direitos acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito social somente àquele que vem a juízo requerê-lo. Em suma: para fazer cumprir os mandamentos constitucionais de igualdade, o Poder Judiciário acabou se transformando em grande gerador de desigualdades. Isso ocorre porque não é possível

¹⁷ MARIA TEREZA SADEK, *Judiciário e arena pública...*, p. 9.

resolver questões de justiça distributiva em um modelo processual individualista, que trabalha com questões de justiça comutativa.

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, nesse sentido, esclarece que:

A justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns (...). Tais regras, pela sua generalidade, não podem ser definidas para um só caso. Daí o ar de injustiça de que padecem as decisões judiciais que contrariam as regras geralmente estabelecidas e aceitas, pois rompem com a regra formal da justiça: que todos que pertençam à mesma classe sejam tratados igualmente. Como o Judiciário só procede se provocado, suas decisões só valem para o caso que se encontra sob sua apreciação (...), as decisões que pretendem fazer justiça distributiva, ou que sob o pretexto de fazer justiça comutativa estão de fato envolvidas em questões distributivas, geram tratamento desigual, retirando de uma classe um certo indivíduo.¹⁸

Percebe-se, portanto, que há uma falha grave no tratamento processual dos direitos sociais. O modelo processual civil brasileiro, no seu atual desenho, não se mostra apto a tutelar da melhor forma os direitos sociais, pois não fornece técnica processual adequada ao tratamento de questões de justiça distributiva.

É certo que o direito processual previu a tutela coletiva e desenhou todo um modelo processual diferenciado para a solução de conflitos de massa (indivisíveis ou não). Permitiu, porém, que paralelamente ao processo coletivo, convivesse o processo individual, sem que entre seus cursos houvesse relevante interferência recíproca (art. 104, CDC).

Se por um lado, o legislador garantiu o amplo acesso à justiça de pretensões individuais e coletivas, dando máxima eficácia ao mandamento do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, por outro permitiu o surgimento da contradição intrínseca entre o tratamento atomizado dos direitos sociais e sua necessária e essencial universalização.

O ideal seria, porém, um equacionamento diverso do problema. Não se trata, por óbvio, de se sustentar a inviabilidade da busca individual de tutela de direitos sociais pelo Judiciário. Isso seria, como visto, negar vigência ao direito fundamental de acesso à justiça. Trata-se, por outro lado, de buscar mecanismos processuais de coletivização/agregação de demandas/preensões individuais que venham a se somar ao modelo de processo coletivo já vigente.

¹⁸ JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, *Direitos Sociais*, p. 132.

Nesse sentido, é possível pensar em (i) técnicas de coletivização de pretensões individuais e (ii) técnicas de agregação de demandas individuais já propostas.

4.2.1. Técnicas de coletivização de pretensões individuais.

As técnicas de coletivização das pretensões individuais criam mecanismos de transformação de um pedido (pretensão) individual em um pedido coletivo. Trata-se de técnica conhecida pelo direito norte-americano, que possibilita que, a requerimento de uma das partes, demandas originariamente propostas individualmente, sejam certificadas como *class actions*.¹⁹ Esse mecanismo permite ao juiz reconhecer que determinado conflito subjetivo e atomizado, na verdade, representa pequena parcela de um conflito massificado, de natureza coletiva. Diante desse reconhecimento, o direito empodera o magistrado a chamar para o processo o conflito inteiro, molecularizando a discussão.

O direito brasileiro ainda não possui técnica processual que permita a mesma solução. O Projeto de Lei de Controle Judicial de Políticas Públicas (PL 8058/14), porém, pretende inserir instrumento similar no nosso direito. Nesse sentido, os arts. 28, 29 e 30 do referido Anteprojeto preveem:

Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração (...).

Art. 29. Na hipótese prevista no artigo 28, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual observará as disposições desta lei.

Art. 30. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

¹⁹ ANTONIO GIDI, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos...*, p. 194-195.

§ 1º. Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º. O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz.

§ 3º. Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo (...).

A conjugação dos dois primeiros artigos leva às seguintes conclusões: (i) haverá uma limitação da possibilidade de tutela individualizada de direitos sociais, pois somente os direitos sociais que configurarem mínimo existencial poderão ser exigíveis pela via individual; (ii) constituindo o direito mínimo existencial e, partindo-se da premissa de que os direitos sociais são universais e, portanto, devem ser tutelados de forma molecularizada, serão notificados os entes legitimados para a propositura de demandas coletivas para que verifiquem a possibilidade de ajuizá-las.

Num primeiro momento, poder-se-ia argumentar que o previsto pelo art. 28 seria inconstitucional por violação ao já aqui mencionado princípio da infastabilidade da tutela jurisdicional. Não é, porém, o caso. O que art. 28 faz é positivar a consequência jurídica do reconhecimento de um determinado direito como sendo mínimo existencial. Como já visto, o mínimo existencial serve justamente para definir o núcleo duro do direito social, passível de justiciabilidade imediata. Se somente o mínimo existencial ou o direito infraconstitucionalmente regulamentado é exigível, somente com relação a eles é possível a concessão da tutela jurisdicional. Trata-se, portanto, de requisito para o acolhimento do pedido veiculado na demanda e não para sua acessibilidade ao Judiciário.

Como bem salientado por KAZUO WATANABE, a justiciabilidade de um direito “*não é requisito para acesso à justiça ou para o exame do mérito da ação, e sim o requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente*”.²⁰ O art. 28 não diz, portanto, que as pretensões que suplantam o mínimo existencial ou o direito infraconstitucionalmente regulamentado não podem ser jurisdionalizáveis; diz, sim, que elas, na dimensão individual não

²⁰ KAZUO WATANABE, *Controle Jurisdicional de Políticas públicas...*, p. 216.

poderão ser acolhidas. Caberá ao Judiciário, após a análise detida do caso, decidir se se trata de um ou outro caso.

Uma vez reconhecido que se trata de mínimo existencial ou direito social infraconstitucionalmente regulado na sua integralidade, o sistema processual busca implementar o tratamento universal pela coletivização da questão. Como o direito brasileiro não previu a legitimidade da pessoa física para a propositura da ação civil pública, é necessário provocar os substitutos processuais autorizados em lei para dar início a uma demanda coletiva para que o façam. É nesse sentido o previsto pelo art. 29 que determina ao juiz notificar “*o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo*”.

Até aí o Projeto não suscita maiores questionamentos. O juiz comunica os legitimados à demanda coletiva, mas respeita sua discricionariedade de avaliação sobre a conveniência e oportunidade da efetiva propositura da demanda. Realmente, até mesmo diante da regra da inércia da jurisdição (garantidora do princípio da imparcialidade), essa seria solução equilibrada para a necessidade de coletivização de pretensões individualizadas relativas a direitos universais.

A inovação que sem dúvida gerará mais debates é a prevista no art. 30 do Projeto. Segundo o texto atual, verificada a relevância social da questão, poderá o magistrado “*converter em coletiva a ação individual*”. Para tanto, basta que a demanda individual “*tenha efeitos coletivos*” ou demande tratamento isonômico em relação aos demais indivíduos que se encontrem na mesma situação do autor. Verifica-se que o art. 30 será aplicável a todo processo individual que verse sobre direito social, já que, como visto, a universalidade (e a necessidade de tratamento isonômico) é característica intrínseca e fundamental desses direitos.

O problema maior da técnica processual proposta é a forma como essa coletivização será implementada. Nesse sentido, parece haver a previsão de obrigatoriedade de atuação do Ministério Público, por determinação do Poder Judiciário, toda vez que o magistrado, no caso concreto, vislumbrar a presença dos requisitos dos incisos I e II e, também, reconhecer a existência de relevância social na causa, fator de legitimação de atuação do *Parquet* em demandas coletivas, conforme desenho constitucional (art. 127, CF).

O ponto problemático que se identifica é que parece haver um deslocamento competência para a aferição da existência de relevância social necessária para a atuação do *Parquet*. O sistema atualmente vigente prevê que cabe ao próprio promotor de justiça verificar se há relevância social no caso submetido a sua apreciação a justificar sua atuação. É claro que essa atribuição não é absoluta e será sempre passível de reapreciação. Caso o promotor de justiça entenda pela existência de relevância social e proponha a demanda coletiva, caberá ao juiz reapreciá-la, como requisito de representatividade adequada para o reconhecimento de legitimidade do autor. Caso o promotor de justiça entenda pela inexistência de relevância social, arquivará o inquérito civil. Esse arquivamento deverá se reapreciado pelo Conselho Superior do Ministério Público, órgão interno da instituição, que o homologará ou não (art. 9º, §1º, LACP).

É importante pontuar, entretanto, que a dúplice distribuição de competência para a reapreciação do juízo do membro do Ministério Público sobre a existência (Poder Judiciário) ou inexistência (Conselho Superior do Ministério Público) de relevante valor social no caso investigado não é aleatória. Decorre ela de uma consequência lógica da regra da inércia. Isso porque não poderia o texto de lei determinar que coubesse ao Poder Judiciário reapreciar o juízo de inexistência de relevância social e, em caso de discordância, determinar a propositura da ação. Tal norma evidentemente constituiria um mecanismo de, indiretamente, permitir ao Judiciário dar início a uma demanda sem que houvesse o pedido voluntário por um autor, ou seja, sem que houvesse demanda.

Mesmo no processo penal, em que cabe ao juiz a homologação do arquivamento, esta regra se aplica. Segundo o art. 28, do CPP, caso o juiz entenda ser o caso de propositura da ação penal e discorde do arquivamento, deve encaminhar o caso para reavaliação do Procurador-Geral de Justiça. Se o chefe da instituição entender também pelo arquivamento, este será mantido, a despeito da avaliação jurisdicional prévia.

Logo, se é certo que para o Ministério Público vige o princípio da obrigatoriedade de atuação em casos em que haja reconhecimento de relevante valor social, também é certo que a aferição sobre a existência desta relevância deve caber, num primeiro momento, à própria instituição. O Judiciário pode, em reapreciação, decidir sobre o juízo positivo, mas nunca o juízo negativo de relevância social, sob pena

de quebra da regra da inércia e de confusão entre as figuras de órgão acusador/órgão julgador.

O parágrafo 3º do art. 30 do Projeto, todavia, quebra esta regra, na medida em que dispõe que se *“nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo”*. A diferença é sutil, porém importantíssima. Ao contrário do previsto nos art. 9º, §1º, da LACP e no art. 28, do CPP, não há previsão de um juízo de reapreciação pelo Ministério Público da avaliação do promotor de justiça pela inexistência de relevância social a justificar o aditamento da demanda individual, transformando-a em coletiva. Trata-se de decisão que reconhece esta relevância e determina ao Conselho Superior do Ministério Público que indique promotor de justiça para fazê-lo. O órgão ministerial se limita a cumprir a ordem judicial de aditamento.

É clara a quebra pelo dispositivo legal da regra da inércia do Poder Judiciário, ainda que de forma indireta ou mediada pela ação do promotor de justiça que cumpre a ordem judicial de ampliação do objeto da demanda. Esta quebra, em especial em demandas que implicam grande impacto orçamentário e representam a discussão judicial de políticas públicas, é perigosa. A regra da inércia existe justamente para assegurar a imparcialidade do magistrado, princípio constitucionalmente garantido. Submeter esta regra a exceções justamente em processos de evidente natureza política pode vir a comprometer o distanciamento que o juiz deve ter para o julgamento da causa e, inclusive, tornar questionável a legitimidade política da decisão. A técnica proposta deve, nesse sentido, ser submetida a uma maior reflexão.

Além de colocar em risco a imparcialidade do magistrado, a regra também pode prejudicar a representatividade adequada da causa. Uma das pedras de toque do processo coletivo é a presunção que nossa legislação traz de que os legitimados pelo art. 5º, da LACP à propositura da ação civil pública, preenchidos os requisitos lá relacionados, são aptos a bem defender o interesse coletivo em jogo, em substituição a uma coletividade de pessoas supostamente lesadas. Abre-se uma exceção à regra geral da legitimidade ordinária, que se justifica por questão de inviabilidade fática (não é possível o litisconsórcio), mas também e, principalmente, pela garantia política da representatividade adequada que concretiza indiretamente, por substituição

(legitimidade extraordinária), a o *day in court* daqueles que não podem estar presentes na relação jurídica processual.

A questão que se coloca aqui é: como garantir a representatividade adequada da coletividade por um legitimado que não quer ser autor da demanda e só o faz por ordem judicial? Responder a esta pergunta com construções jurídicas (*dever ser*) como a da obrigatoriedade da atuação do Ministério Público (que como se viu acima não autoriza a solução proposta pela lei) é submeter a risco real (*ser*) interesses extremamente caros para a nossa sociedade. A constitucionalidade do artigo proposto, portanto, pelos motivos acima expostos, é extremamente questionável.

4.2.2. Técnicas de agregação²¹ de demandas individuais já propostas

Outra técnica voltada a dar um tratamento racional às múltiplas demandas envolvendo a tutela de direitos individuais sociais é a que propõe o desenho de mecanismos de agregação. Como visto, dos direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão individual, já que configuram direitos subjetivos, pelo menos quando tratam do mínimo existencial. Uma vez violados, permitem a propositura de demanda individual, muitas vezes com cognição diferenciada, como é o caso do mandado de segurança.

A dimensão coletiva dos interesses sociais, porém, faz com que as demandas individuais assumam natureza massificada e importem, portanto, multiplicidade de processos, tratando sobre o mesmo tipo de violação e veiculando situações de direito substancial homogêneas. Há pesquisas ilustrando essa situação²² que, além de gerar um

²¹ Terminologia utilizada pela aluna JULIANA JUSTO BOTELHO CASTELLO, em seu projeto de qualificação, de Tese de Doutorado, intitulado *Tutela complexa: ações coletivas e técnicas de agregação* e apresentado perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²² Sobre direito à saúde, v. a pesquisa “*O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso AIDS*”, CAMILA DURAND FERREIRA et. al., disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fgetinternet.ipea.gov.br%2FSobreIpea%2F40anos%2Festudantes%2Fmonografiacamila.doc&ei=TuqfUPTbNI-y8ATe_IHABg&usg=AFQjCNFH6xK_Fp8WYfT-DNPygFuBLoXWzg&sig2=3kWYPDNtDVDksyH7kfo83g, acesso em 11/11/12. Também sobre direito à saúde é o levantamento realizado por MARIA TEREZA SADEK, *Judiciário e arena pública...*, p. 20 e ss.

problema de gerenciamento de causas repetitivas para o Poder Judiciário, prejudica valores caros ao modelo processual brasileiro, como a harmonização de julgados.²³

Na tentativa de melhor equacionar essa situação, o legislador vem propondo o desenho de mecanismos variados, voltados à agregação de demandas individuais com julgamento único. A esse respeito, vale notar a criação dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 1.036 e ss) e o incidente de julgamento de demandas repetitivas (art. 976 e ss.) do novo Código de Processo Civil. Todas as técnicas, embora tenham suas especificidades, permitem a identificação de demandas individuais representativas da controvérsia que, quando julgadas, importarão definição da situação substancial controvertida e terão impacto sobre o julgamento de todas as outras demandas, presentes e futuras, individuais e coletivas, tratando da mesma questão.²⁴

Também com o intuito de resolver o problema de multiplicidade de demandas repetitivas, o Projeto de Controle Judicial de Políticas Públicas propõe outra técnica de agregação de demandas individuais e coletivas para julgamento conjunto. O texto do projeto é o seguinte:

Art. 23. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Art. 25. Quando o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.

Como se vê, a reunião de processos para julgamento conjunto pode ocorrer tanto em primeiro (art. 23), quanto em segundo (art. 25) grau de jurisdição, desde que seus pedidos versem sobre a implementação de políticas públicas. Ambos os artigos trazem como requisitos para a reunião a identidade na figura do ente político

²³ Sobre o impacto das demandas de massa perante o Judiciário, v. a pesquisa “*Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: ações coletivas*”, Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf, acesso em 11/11/12. A pesquisa estuda o fenômeno de congestionamento do Poder Judiciário pelas demandas versando sobre a legalidade da tarifa de telefonia básica. Não se trata de processos versando sobre direitos sociais, mas reflete o fenômeno da massificação dos processos e seu impacto na gestão judiciária.

²⁴ No mesmo sentido foi a solução dada no caso cadernetas de poupança (STJ, RE 1.110.549/RS), em que foi determinada a suspensão de ações individuais até a solução coletiva do caso.

responsável pela política pública, o que é justificável, pois entes políticos diversos podem significar políticas públicas diversas. O objetivo da reunião, que fica claro no texto legal, é uma decisão equânime e exequível sobre a política pública como um todo e não adstritas às situações subjetivas discutidas em cada um dos processos individualmente considerados.

4.3. *Rigidez formal*

O modelo processual civil brasileiro é um modelo caracterizado pela rigidez. São rígidas as regras para a fixação do objeto do processo²⁵ e também as relacionadas à preclusão das questões incidentais²⁶ e à preclusão máxima, representada pela coisa julgada. Essa rigidez, ora se fundamenta na necessidade segurança jurídica (coisa julgada), ora se fundamenta na necessidade de garantir a marcha processual, evitando retrocessos procedimentais (estabilização da demanda e preclusões).

Em processo visando a implementação de direitos sociais, em especial os coletivos, a rigidez do sistema processual pode vir a prejudicar tutela jurisdicional. É que demandas coletivas voltadas à criação ou redefinição de políticas públicas envolvendo direitos fundamentais sociais, em regra, consubstanciam direitos difusos, dada sua natureza indivisível (universalidade) e a indeterminabilidade de seus titulares. Uma característica dos interesses difusos é sua contingencialidade. São interesses essencialmente mutáveis e dinâmicos e, por conta disso, a tutela jurisdicional que inicialmente se revelaria apta a protegê-los não raro se mostra ineficaz com o passar do tempo.²⁷

As regras inflexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo podem se mostrar insuficientes para lidar com essa mutabilidade inerente dos direitos difusos. O pedido originariamente realizado pode, com o passar do tempo, não mais ser apto a resolver a crise de direito material trazida para a apreciação jurisdicional, que agora,

²⁵ Sobre a estabilização da demanda, como se sabe, o Código de Processo Civil admite a alteração do pedido e da causa de pedir somente até a citação. A partir da citação, é necessária a concordância do réu e, mesmo com ela, há o limite do saneamento, após o qual nenhuma alteração é permitida (art. 329, CPC).

²⁶ Nesse sentido, em especial quanto ao procedimento comum ordinário, v. HEITOR SICA, *Preclusão processual civil*, p. 292.

²⁷ Segundo RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “esses interesses (difusos) exsurgem a partir de situações contingenciais, repentinas, imprevisíveis (...). verifica-se que é efêmera a duração do interesse difuso daí decorrente: deve ele ser tutelado prontamente, antes que se altera a situação de fato que o origina” (*Os interesses difusos*, p. 107).

demanda outro tipo de prestação protetiva, em função da alteração da causa de pedir. Por exemplo, é possível que a política pública objetivada quando da propositura de uma ação civil pública deixe de ser adequada para atender à realidade social no decurso do processo. Será o caso, então, de extinção sem resolução do mérito superveniente, pois se a tutela jurisdicional não é mais necessária ou mesmo adequada à proteção do direito, o autor deixa de ter interesse de agir (art. 485, VI, CPC).²⁸ A providência a ser tomada por esse autor, então, será a propositura de nova demanda, voltada a consecução de outra tutela jurisdicional necessária e readequada à nova realidade do direito difuso, sempre, porém, correndo o risco de nova alteração da situação fática e da nova superveniência de decisão terminativa. Trata-se de solução claramente inefetiva.

Da mesma forma, a coisa julgada, entendida como a preclusão máxima do processo, caracteriza-se pela imutabilidade dos efeitos da decisão prolatada (material) e não mais sujeita a recursos (formal). Essa decisão, cujos efeitos são imutáveis, diante da contingencialidade dos processos envolvendo políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais, pode se mostrar ineficiente, justamente porque pode conter comandos não mais necessários por motivo de alteração da realidade fática.

Deve o processo, diante deste cenário, adaptar-se e redesenhar suas técnicas, de forma a garantir a tutela adequada do direito material tratado, sem violar os valores resguardados pelo atual modelo vigente (segurança jurídica e celeridade). Já existem, nesse sentido, algumas propostas legislativas de modificação do modelo vigente.

No tocante à estabilização da demanda, o Projeto de Lei de Nova Lei de Ação Civil Pública (nº 5139/09), rejeitado pela Câmara, dispunha que:

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar.

²⁸ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, na vigência do CPC de 1973, apontava a existência e prevalência de interpretação restritiva do teor do então art. 462 CPC/73 e atual art. 493, CPC, que só permite a consideração pelo juiz de fato constitutivo do direito do autor superveniente se ele guardar nexos com o fato principal afirmado na petição inicial e delimitador da causa de pedir originária. O autor critica o posicionamento da doutrina, pois o entende dissociado da lógica instrumental do processo (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 137).

Era prevista, como se vê, uma flexibilização das regras de fixação do objeto litigioso, desde que garantido o contraditório e o direito à prova da parte contrária.²⁹ Embora essa saída pudesse importar retrocessos na marcha processual, tinha o mérito de, em casos de mutação da situação fática no curso do processo, permitir o aproveitamento da relação jurídica processual e sua adaptação à nova realidade, sem ferir o devido processo legal.³⁰ Infelizmente, diante da rejeição do projeto, a nova técnica não será incorporada ao ordenamento jurídico positivado em um futuro próximo.

No tocante à imutabilidade decorrente da coisa julgada, o Projeto de Controle Judicial de Políticas Públicas prevê a possibilidade de adaptação da decisão transitada em julgado às peculiaridades do caso concreto pelo juiz da execução. O texto é o seguinte:

Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Embora a redação do parágrafo seja um pouco genérica e necessite de uma maior definição seja doutrinária, seja jurisprudencial, do que se entende por “políticas públicas que se mostrem mais adequadas” e decisão que se “revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito”, o fato é que a proposta legislativa identifica a insuficiência do modelo atual rígido para o tratamento de políticas públicas e propõe a flexibilização das regras interpretativas da coisa julgada.

4.4. Motivação

Adote-se a teoria relativa ou a teoria absoluta sobre o conteúdo do mínimo existencial, o fato é que a judicialização dos direitos fundamentais gera uma ampliação

²⁹ José Roberto dos Santos Bedaque defende essa possibilidade também para o processo individual fundado na proposta de unificação das regras processuais sobre litígios transnacionais do *The American Law Institute (Efetividade do processo e técnica processual, p. 141)*.

³⁰ Ao tratar de hipóteses em que o autor deixa de trazer a juízo o conflito na sua integralidade, DANIELA MONTEIRO GABBAY sustenta a interpretação ampliativa da causa de pedir e do pedido em processos coletivos. Para a autora, “em se tratando de processo coletivo, se o autor formula o pedido de modo restritivo, restará aberta ao juiz a via interpretativa para garantir o direito que é assegurado à coletividade, diante de fatos muitas vezes complexos e contingenciais subjacentes, desde que observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Somente desta maneira restará preservada a indisponibilidade deste direito, que não pertence a um único indivíduo, tampouco àquele que postula em juízo em virtude de legitimação conferida por lei” (*Pedido e causa de pedir, p. 115*).

do ônus argumentativo do julgador. Seja para justificar a (in)existência de um limite imanente ao direito fundamental (teoria absoluta) ou seja, em especial, para justificar o processo de ponderação que leva à prevalência de um direito fundamental em relação ao outro (teoria relativa), deverá o magistrado fundamentar minuciosamente sua decisão.

A decisão a respeito de direitos fundamentais carregará sempre um conteúdo político, para além do natural conteúdo jurídico, que demanda a justificativa da escolha. Não se admite mais, nesse sentido, decisões liminares ou finais de estrutura meramente silogísticas,³¹ que não se detenham sobre aspectos específicos do caso concreto e não analisem a complexidade dos valores envolvidos.

As decisões sobre a prevalência ou não de direitos que possuem alto grau de fundamentalidade na estrutura básica do Estado deve possuir estrutura argumentativa racional clara e voltada não somente para o convencimento das partes ou das instâncias superiores, mas também à legitimação pública do teor do julgado. No Estado Democrático de Direito, o exercício da função jurisdicional se ampara também na necessidade de justificação geral, que permite, dentre outros, o controle social da atividade jurisdicional.³²

4.5. Democratização do processo

Por fim, uma alteração da técnica processual que ganha força nos últimos tempos é a voltada a ampliar no processo da participação da sociedade no Poder Judiciário. De fato, a partir do momento em que o Poder Judiciário passa a decidir sobre direitos sociais e politiza a sua atuação, é necessário incrementar os mecanismos de legitimação da decisão pela participação e oitiva dos grupos envolvidos, nem sempre incorporados à relação jurídica processual.

É importante pontuar, porém, que essa necessidade de ampliação de espaços de participação não significa transformar o Poder Judiciário em um Poder majoritário. Ao contrário, o Judiciário continua mantendo sua natureza essencial de Poder contramajoritário, garantidor dos interesses de grupos menos articulados na teia social.

³¹ Sobre as críticas à lógica silogística das sentenças, v. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 314 e ss.

³² MICHETE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, p. 406-407.

No processo envolvendo direitos subjetivos privados, a legitimação política da decisão se dá pela observância do contraditório, que pressupõe a participação das partes na construção da decisão, ou ao menos a garantia da sua possibilidade.³³ No processo envolvendo direitos sociais, em especial nos processos coletivos, essa legitimação deve ser reforçada, na medida em que implica a realização de escolhas sobre interesses públicos prevalentes. Sem dúvida, a implementação de um contraditório real e dinâmico é também essencial para a decisão sobre direitos sociais. Não se mostra adequada, por exemplo, a prolação de decisão pautada no princípio dispositivo que se utilize de regras sobre ônus da prova e se contente com presunções de veracidade. Evidencia-se, nesse ponto, mais uma vez o papel do juiz e de seus poderes instrutórios na busca pela aproximação entre o cenário probatório e a realidade dos fatos. Mas os processos buscando a implementação de direitos fundamentais sociais também começam a lançar mão de outros mecanismos de democratização que vão para além da cooperação entre os sujeitos processuais.

São técnicas de democratização do processo: a realização de audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae*.

As audiências públicas, que têm sido utilizadas especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, permitem a participação popular direta na formação das decisões judiciais. Elas possibilitam uma aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil, pois abrem um canal para que indivíduos e grupos sociais manifestem-se sobre questões jurídicas controvertidas, em especial, as envolvendo conflitos entre interesses públicos legítimos.³⁴ As audiências públicas são práticas essencialmente democráticas e estimulam o exercício da cidadania.³⁵ Trazem maior publicidade, transparência e legitimidade para a atividade jurisdicional.

³³ V., nesse sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, para quem o contraditório é “resumidamente, a garantia de *participação*, que nem se restringe ao processo jurisdicional só, mas constitui inerência do próprio regime democrático. A participação é que legitima todo o processo político e o exercício do poder” (*A instrumentalidade do processo*, p. 285).

³⁴ No STF, é possível citar a realização de audiências públicas na ADPF 54, que discutia a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de feto anencefálicos e da ADIN 3510, que tratava da inconstitucionalidade dos artigos da Lei de Biossegurança que permitiam pesquisas científicas com a utilização de células tronco, dentre outras.

³⁵ Há muitas críticas ainda à forma como essas audiências públicas têm sido conduzidas, especialmente sobre a efetiva possibilidade de influência dos cidadãos na formação da decisão. Há relatos, p. ex., de audiências realizadas com definição prévia de prazos excessivamente reduzidos que sequer permitiam aos

O *amicus curiae*, como se sabe, é o terceiro que ingressa no processo civil objetivando a tutela de um interesse institucional objeto da demanda. Ele busca representar um grupo ou uma coletividade que será afetada pela decisão e, para tanto, amplia e aprofunda o debate travado no processo. A adoção dessa técnica tem a aptidão de melhorar a qualidade da tutela jurisdicional, pois faz com que ela seja fruto de uma discussão mais complexa e refletida. Serve, também, como fator de ampliação da legitimação política desta mesma tutela, uma vez que o *amicus curiae* “*se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz*”.³⁶

Tanto as audiências públicas, como o *amicus curiae* representam técnicas de democratização do processo, pois permitem a oitiva de grupos interessados, representativos da luta político-social, que são internalizados no processo. A decisão, embora não tenha que necessariamente optar pela solução representativa do interesse majoritário, será politicamente mais legítima e, qualitativamente melhor, pois levará em conta toda a complexidade envolvida na demanda.

5. Conclusões

Diante de todo o acima exposto, resta comprovada a hipótese de que a judicialização dos direitos fundamentais sociais gera a necessidade de adaptação da técnica processual. O processo, seja o individual, seja o coletivo, da forma como hoje desenhado e interpretado não apresenta mecanismos aptos a tratar adequadamente das demandas envolvendo questões de justiça distributiva.

A mudança exige a redefinição da própria função judicial, mas passa também pela reinterpretação das técnicas existentes e criação de novos mecanismos processuais de tratamento de demandas massificadas, que se caracterizam pela veiculação de

participantes a possibilidade de expor com clareza um ponto de vista. Realmente, para representarem efetivos instrumentos de democratização do processo, as audiências públicas não podem ser procedimentos meramente formais. Nesse sentido, ainda há espaço para muita maturação da técnica, com a criação de procedimentos que efetivamente garantam a consideração dos argumentos trazidos nessas oportunidades pelos julgadores.

³⁶ CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Amicus Curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*, p. 161.

direitos universais, essencialmente políticos e representativos dos valores mais caros à sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Sobre los derechos constitucionales a protección, In: ALEXY, Robert et all. *Robert Alexy: derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

BEDAQUE José Roberto dos Santos, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL, Ministério da Justiça, “*Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: ações coletivas*”, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007. Disponível em: http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf, acesso em 11/11/12.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. In: DIDIER JR. Fredie et. al (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-167.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Portugal, 2005.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução forçada” de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, v. 212, out/2012, p. 25-56.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA, Camila Durand et. al., *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso AIDS*, disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCI QFjAA&url=http%3A%2F%2Fgetinternet.ipea.gov.br%2FSobreIpea%2F40anos%2Festudantes%2Fmonografiacamila.doc&ei=TuqfUPTbNI-y8ATe_IHABg&usg=AFQjCNFH6xK_Fp8WYfT-DNPYgFuBL0XWzg&sig2=3kWYPDNtDVDksyH7kfo83g, acesso em 11/11/12.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, SALLES, Carlos Alberto de (coord. trad.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*, São Paulo: Saraiva, 2010.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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. 1-32.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. 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. 587-599.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*, Padua: Cedam, 1975.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In:

GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.