

A tutela coletiva para o controle de políticas públicas



JOÃO PAULO SANTIAGO SALES

Promotor de Justiça (MP-PI). Especialista em Direito Processual Civil pela UFC.

Email: jpss@mppi.mp.br.



RICARDO MAGALHÃES DE MENDONÇA

Procurador da República (MPF/CE). Especialista em Direito Processual Civil pela UFC. Mestre em Direito pela PUC/SP.

Email: ricardomagalhaes@mpf.mp.br

A tutela coletiva para o controle de políticas públicas

João Paulo Santiago Sales, Promotor de Justiça (MP-PI). Especialista em Direito Processual pela UFC.

Email: jpss@mppi.mp.br

Ricardo Magalhães de Mendonça
Procurador da República. Especialista em Direito Processual Civil pela UFC. Mestre em Direito pela PUC/SP.

Email: ricardomagalhães@mpf.mp.br

Resumo: Este artigo objetiva analisar os instrumentos para controle judicial das políticas públicas, mediante o uso da tutela coletiva, abordando suas principais vantagens. Versa também sinteticamente sobre os mecanismos que o juiz dispõe para implementar sua decisão, inclusive mediante influência no orçamento público. O método é a análise da adequação dos instrumentos processuais e da atuação jurisdicional para efetivação dos direitos fundamentais ao modelo de Estado de Direito albergado pela Constituição Federal de 1988. Os resultados são tanto o exame dessa adequação, quanto os benefícios trazidos pelos instrumentos processuais para a prestação de tutela dos direitos fundamentais, repercutindo na vida da sociedade.

Palavras-chave: Ações coletivas. Políticas públicas. Participação democrática. Orçamento público

1 Introdução

O controle judicial de políticas públicas requer uma diferente postura do magistrado quer quanto à forma de entrega da prestação jurisdicional, quer quanto à condução do processo. Essa forma diferenciada tem em vista dois aspectos que não se encontram presentes na litigância habitual dos foros, a saber os impactos das decisões judiciais nas finanças públicas com repercussões por toda sociedade e a própria forma de adjudicação dos direitos postulados, que deve ser formulada não na tradicional lógica

retributiva e reparadora, mas mediante um caráter quase que prescritivo da jurisdição.

O processo civil no Brasil foi fadado durante a vigência do antigo Código Buzaid (CPC/1973) a solucionar as questões individuais com apenas uma parte em cada um dos polos, ou no máximo alguns litisconsortes, fruto da matriz romano-germânica. Os institutos não contemplavam a possibilidade de tratar de litígios com repercussões maiores, o que gerou a necessidade de criação de uma legislação própria voltada à tutela dos direitos supraindividuais.

O novo Código de Processo Civil (CPC/15) que entrou em vigor em 2016 rompe com essa visão individualista e incorpora vários dos princípios regentes da tutela coletiva. Percebe-se uma nítida interação entre o citado diploma e as leis que compõem o microsistema de tutela coletiva, tal qual um clássico caso de diálogo das fontes.

Alguns exemplos notáveis dessa interação são os incidentes de julgamentos de recursos repetitivos para fins de uniformização de teses jurídicas aplicáveis aos casos iguais- que já vinha sido acolhida pelo art. 543-B e 543-C do CPC/1973 (art. 1036 do CPC/15), que versam sobre os recursos extraordinário e especial; a notificação do Ministério Público e da Defensoria Pública para adoção das providências cabíveis (se for o caso a propositura da ação coletiva) quando em várias controvérsias individuais forem repetitivas e indicarem a presença de um substrato difuso ou coletivo dos direitos subjacentes às demandas individuais e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss. do CPC/15).

Apesar dos avanços da legislação processual ordinária, inegável que o microsistema da tutela coletiva ainda é o que apresenta melhores resultados na solução das controvérsias relacionadas às políticas públicas, pois conjuga os instrumentos adequados, como a legitimidade a partir da representatividade adequada por instituições ou órgãos notadamente especializados na defesa coletiva.

Não significa dizer que a tutela coletiva seja a panaceia de todos os males da judicialização, mas, a depender da correção e adequação do seu pedido, ela pode conferir um trato uniforme e coerente a vários dos problemas existentes em nossa coletividade. Figure a ação coletiva que postula a criação pelo poder público de unidades de tratamento intensivo em substituição às várias demandas individuais de pacientes que pedem sua inclusão na fila para internação ou realização de determinado procedimento.

2 Gênese e evolução da tutela coletiva no direito comparado e nacional

Para alguns autores (ALMEIDA, 2003, p. 39), a origem mais próxima das ações coletivas que conhecemos hoje no ordenamento brasileiro consiste no *Bill of peace* do Direito inglês do Século XVII, que, em suma, consistia no processamento coletivo de uma demanda individual, ainda que de forma rudimentar, para fins de envolver direitos de outras pessoas com aspectos comuns.

Embora alguns autores, tais como Stephen Yazell (YAZELL, 1977, p. 866-896), não identifiquem no *Bill of peace* uma necessária e única fonte das atuais *class actions*, não deixam de reconhecer que estas antigas controvérsias em torno das disputas agrárias entre camponeses e senhores de terras, com base no sistema da *equity*, tiveram importância para o desenvolvimento da teoria da representação adequada (dos interesses de terceiros não presentes no feito), que constitui um dos fundamentos das modernas ações coletivas.

Todavia, foi no direito norte-americano que o desenvolvimento profícuo das ações coletivas alcançou seu ponto culminante, com as *class actions for damages*. De acordo com Owen Fiss (FISS, 2003, p. 123-132), as *class actions* nasceram como fruto da necessidade de reparar danos fluídos causados a milhares de consumidores dispersos, e teve seu auge durante as décadas de 60-70 do século passado.

Com efeito, a primeira codificação naquele ordenamento ocorreu em 1942, com a *Federal Equity Rule 48*, que tinha o visionário objetivo de evitar o tumulto processual mediante a reunião das diversas reclamações relativas ao direito de classe numa só demanda sem o necessário comparecimento de todas as pessoas relacionadas ao direito material discutido. O tribunal aferia, no caso concreto, se os interessados estavam devidamente representados pelas partes do processo, dispensando a presença das demais quando prejudicasse o seu andamento (FISS, 2003, p. 121).

Neste esteio, a coisa julgada formada no processo coletivo tem o alcance regido pela figura do *class representative* (espécie de representante adequado da classe ou grupo). Tanto mais terá abrangência a decisão quanto mais representativa for a atuação do representante ou autor ideológico. Parte-se, pois, da premissa da existência de mecanismos adequados de aferição da representatividade do autor ideológico, pois sua atuação afetará todo o grupo ou classe representada no processo (GRINOVER, WATANABE, MULLENIX, 2011, p. 281). Porém, para equilibrar o sistema, a lei americana prevê modos eficientes de notificação ampla dos interessados para que manifestem sua vontade de se excluir face os efeitos da lide instaurada, através do *right*

to opt out.

Posteriormente, a Rule 23 apresentou algumas variações com relação aos regramentos anteriores, especificamente a adoção do modelo da notificação ampla dos interessados, que se presumem incluídos na ação de classe, ressalvada a hipótese de desistência expressa e manifesta (*right to opt out*), conforme prevê o item “C”, nº 2 (*Notice*)¹.

Mas os marcantes desenvolvimentos da doutrina italiana foram essenciais à profusão dos estudos sobre a tutela coletiva nos ordenamentos que não colheram diretamente das fontes anglo-americanas. Com efeito, no célebre congresso da Universidade de Pavia, na Itália, em 1974, Mauro Cappelletti fez a observação original de que os direitos coletivos *lato sensu* são caracterizados por sua indefinição de titularidade, bem como pela quebra da dicotomia público/privado que então permeava as relações intersubjetivas².

A partir deste histórico momento para os ordenamentos de *Civil Law*, pouco afeiçoados ao tratamento das questões de interesse público pelo processo civil, houve o reconhecimento de que as leis processuais então existentes não eram adequadas à solução dos novos conflitos de massa proporcionados pela modernidade e pelo avanço industrial, evidenciado pelo consumo em larga escala de bens e serviços, bem assim pelo aparecimento de classes ou grupos sociais mais ou menos homogêneos.

Era necessário estabelecer novas linhas de sistematização processual para fazer face a estes “novos direitos”, haja vista que o processo civil, especialmente nos sistemas de matriz romano-germânica, foi pensado para a resolução de lides entre pessoas determinadas e para dispor sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Com efeito, como destacam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50):

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam

¹ No sistema brasileiro, as coisas se passam de um modo pouco diverso. Haveria uma espécie de *right to opt in* no caso dos portadores de direitos individuais homogêneos *ex vi* do art. 104 do CDC. Neste caso, os autores de lides individuais podem sobrestar suas ações para se valerem dos efeitos da ação coletiva proposta em face do mesmo réu.

² As participações daquele congresso foram reunidas e compiladas em forma de artigos na coletânea *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. (Pavia, 11-12 giugno 1974)

bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Vale registrar as peculiaridades da litigância coletiva, tais como a *expertise* dos litigantes habituais- fruto de sua experiência no sistema judicial e sua economia de escala-, a difusão e desagregação dos interessados e os próprios custos e desvantagens que o processo judicial suscita, circunstâncias estas que militam em desfavor da defesa destes interesses pela via da ação individual.

Malgrado o desenvolvimento da doutrina italiana em matéria de tutela dos interesses coletivos, tal não se fez sentir, na mesma proporção, na Lei e na jurisprudência peninsulares. As modificações legislativas nesta seara só foram significativamente implementadas pela Lei nº 281, de 1998, que estabeleceu a defesa dos consumidores de produtos e serviços, mais em função da necessidade de adesão da italiana ao tratado da União Europeia, do que em virtude dos profundos estudos científicos sobre o tema. (MENDES, 2010, p. 111).

Todavia, antes, em 1965, a Alemanha já havia previsto o que seria o protótipo das ações associativas europeias, ao regular, nas leis de defesa da concorrência, uma espécie de tutela inibitória coletiva contra as condutas anticoncorrenciais. (MENDES, 2010, p. 119)

No Brasil, o tratamento legislativo pioneiro em matéria de tutela dos direitos difusos foi conferido pela Lei da ação popular, Lei nº 4.717, de 1965, que previu a legitimidade de todos os cidadãos para a ação que visa a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público, direito difuso por excelência

Posteriormente, a tutela de outro direito tipicamente difuso, o meio ambiente hídrico, veio a ser regulada pela Lei nº 6.938, de 1981, que, em seu art. 14, previu a legitimidade do Ministério Público para a responsabilização dos causadores de danos ambientais, que devem ser obrigados a indenizar e reparar os danos causados.

No entanto, somente com a promulgação da Lei nº 7.347, de 1985 (LACP), a ação civil pública foi erigida a instrumento da tutela geral dos interesses coletivos *lato sensu*, ao possibilitar sua propositura na defesa de um rol exemplificativo de direitos difusos e coletivos, conforme o art. 1º deste diploma. De outro giro, a referida lei admitiu os mais variados tipos de tutela para fins preservação dos direitos metaindividuais, ao reconhecer, em seu art. 3º, a possibilidade de pedidos de cominação de obrigações de

fazer e não fazer. Abria-se a porta para as tutelas específica e inibitória, algo inédito no direito brasileiro, pois as leis então existentes tinham mero caráter reparatório, herança nitidamente patrimonialista. Esta previsão foi definitivamente consagrada no microssistema da tutela coletiva pelos arts. 83 e 84 do CDC.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, pouco depois, da Lei nº 8.078, de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), perfectibilizou-se o microssistema da tutela coletiva, resultando no aprimoramento dos mecanismos de tutela coletiva já existentes e consolidando a posição de vanguarda do Brasil nesta matéria, que gerou até o desenvolvimento de princípios peculiares, tais como a da hipossuficiência do consumidor nas relações de consumo (do qual deriva, dentre outros, a inversão do ônus da prova), a primazia da reparação *in natura* dos bens difusos, a prioridade da satisfação da recomposição aos danos individuais etc.

O nível de aprimoramento do microssistema pátrio de tutela coletiva chegou a tal patamar que, hoje, o intérprete e aplicador deve procurar, com precedência, os instrumentos processuais nas principais leis que compõem esse sistema específico - a LACP e o CDC- e, apenas residualmente, no CPC. (DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 55)

3 Um necessário recorte metodológico: a ação civil pública

O controle de políticas públicas comporta amplo instrumental para sua discussão judicial. Não há uma técnica específica para o controle judicial nesta seara. Tudo dependerá do enfoque e das particularidades concretas nas quais se envolve o direito social negado ou violado.

Num enfoque abstrato e normativo as políticas públicas podem ser controladas pela ação de controle de constitucionalidade visando adequar as normas jurídicas aos princípios constitucionais vetores. Um exemplo disso pode se dar com um programa normativo aplicado à concretização de direitos sociais como o acesso universal e igualitário à educação. Figure a política nacional de cotas sociais para acesso às universidades públicas (Lei nº 12.711, de 2.012), que pode ser questionada a partir da perspectiva do controle abstrato da norma que a regulamenta aos princípios sensíveis como o princípio da isonomia.

Mas ainda há diversas outras esferas processuais nas quais a política pública pode ser questionada, tais como a ação popular, o mandado de injunção etc.

A respeito do mandado de injunção, vale destacar que a falta de normas regulamentadoras de direitos constitucionais, inclusive sociais, impede a fruição destes direitos tendo em vista as normas constitucionais que os asseguram serem dotadas de eficácia limitada. Figure o direito de greve do servidor público que, enunciado pelo art. 37, VII, da Carta Magna, tem sua disciplina e extensão relegada à lei específica, que até hoje ainda não foi promulgada.

Não obstante a consequência esperada pelo provimento do mandado de injunção seja a elaboração da norma no caso concreto para que o seu autor seja atendido, durante muito tempo era essa a interpretação conferida pelo STF, o qual preferia aplicação mais restritiva para o instituto ao inferir que do julgamento de procedência deste *writ* constitucional resultava tão somente na comunicação da mora ao Poder responsável. Tal posição que fez tábula rasa dessa importante garantia constitucional foi adotada no *leading case* resultante do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, relatado pelo Min. Moreira Alves, e julgado em 21/11/1989. Felizmente, em julgados recentes, o Pretório Excelso reviu sua posição, aplicando ao caso concreto uma solução normativa independentemente da existência de uma lei específica. Justamente no caso do direito de greve dos servidores públicos, pendente de regulamentação, o STF entendeu pela aplicação analógica das Leis nº 7.701, de 1988, e 7.783, de 1989, que regulamentam tal direito no âmbito privado, enquanto o diploma regulamentar não fosse promulgado³.

Já a ação popular tem o específico desiderato de anular atos lesivos ao patrimônio público (art. 1º da Lei nº 4.717, de 1965), cujo efeito pode desencadear uma mudança nas prioridades governamentais quanto à aplicação de recursos públicos. Cite-se o exemplo da ação popular que visa anular aplicação de um montante desarrazoado de recursos gastos em publicidade governamental, que, em virtude de sua procedência, podem muito bem ser remanejados para finalidades mais essenciais, como nas áreas de educação, saúde e saneamento básico. Aqui não se pode olvidar que a ação popular terá clara repercussão na política pública desatendida, que inclusive pode ser usada como parâmetro para o julgador aferir se aquele gasto era legítimo ou imoral.

Como visto, em que pese a existência de diversas ações para o controle das políticas públicas, tendo em vista os limites do nosso estudo, devemos efetuar esse recorte para fim de que a temática seja tratada no âmbito da ação civil pública. Essa metodologia tem ainda explicação diante das importantes e criativas soluções

³ MI nº 670/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007.

empregadas em recentes decisões judiciais proferidas em ações civis públicas que impõem ao poder público o cumprimento de direitos sociais em larga escala.

4 As políticas públicas no quadro dos direitos supraindividuais

O poder público deve desenvolver as ações administrativas derivadas dos direitos consagrados pela Carta Constitucional e aprimoradas pela atuação dos órgãos políticos mediante a regulamentação destas normas e a alocação de recursos públicos para seu cumprimento. Eis o elo indissociável entre as políticas públicas e as finalidades estatuídas pela Constituição.

As políticas públicas podem ser definidas como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, desde o processo eleitoral, passando pelos processos de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo, judicial, e com o fim de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos que são socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 39-41). Tal conceito é bastante similar àquele positivado pela Lei nº 12.288, de 2010, que cria o Estatuto da Igualdade Racial, cujo art. 1º, parágrafo único, V, define políticas públicas como as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais.

Quando se fala em políticas públicas logo vem à mente a vinculação do Estado às metas impostas pela Constituição em áreas sensíveis. Com efeito, as políticas públicas consistem no roteiro ou programa mediante o qual são concretizados os direitos sociais prestacionais estabelecidos pelo Constituinte em variadas áreas: saúde, educação, segurança, assistência social, meio ambiente etc., que se relacionam às finalidades essenciais de uma organização administrativa e social.

A título exemplificativo, o direito à educação é atendido mediante variadas formas, tais como a construção de escolas, a contratação de professores, a fixação de percentuais mínimos para aplicação nesta área; assim como o direito à saúde é satisfeito pelas políticas de fornecimento de medicamentos, contratação de leitos hospitalares em unidades particulares na impossibilidade de os hospitais públicos atenderem todos os agravados. Cada uma dessas ações pode ser reputada uma política pública de materialização de um direito.

Como se infere, portanto, os direitos sociais prestacionais são os fins aos quais as

políticas públicas almejam satisfazer, por isso ambos são esferas inseparáveis, embora inconfundíveis. As políticas públicas representam – registre-se novamente – as ações e planos encadeados para satisfação dos diferentes direitos sociais ou prestacionais.

Segundo preceitua o art. 81 do CDC, os direitos supraindividuais são divididos em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, segundo conceitua o primeiro inciso do citado dispositivo.

Restam assim as principais características dos referidos direitos: a indivisibilidade do objeto e a indeterminação dos possíveis sujeitos.

A indivisibilidade do objeto tem de ver com a impossibilidade de ser cindido em partes diversas para cada um dos titulares ou interessados, consistindo num todo. Essa nota implica que a satisfação do direito ou a sua lesão beneficia ou prejudica a todos indistintamente.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 103) ensina que:

essa característica advém do fato de que os interesses difusos apresentam uma estrutura peculiaríssima, devido ao fato deles não terem seus contornos definidos numa norma (como os direitos subjetivos), nem estarem aglutinados em grupos bem delineados (como os interesses coletivos), donde resulta que sua existência não é afetada, nem alterada, por conta de virem a ser exercitados ou não, remanescendo, por assim dizer, num estado fluído, ao interno da sociedade como um todo.

A indeterminação dos sujeitos tem relação imbrincada com a repercussão social do objeto, que diz respeito a toda a sociedade ou pelo menos a um segmento social expressivo, insuscetível de delimitação *prima facie* que impede a identificação dos sujeitos que podem ser afetados pelo referido direito ou interesse.

Neste passo, importante não confundir essa ligação entre os interessados com a origem fática comum, que pode consistir na causa de pedir comum dos interesses individuais homogêneos. É que não se pode confinar os interesses ou direitos difusos às hipóteses resultantes de uma ocorrência comum no plano fático, quando abrangem também uma série de situações em que nenhum fato anterior ocorreu para lesar ou causar dano a alguém. É dizer, muitas das vezes houve uma omissão do obrigado de agir

conforme a lei impunha dando ensejo a um feixe de prestações direcionadas a pessoas indeterminadas.

Isso fica claro quando se visualiza as prestações as quais o Estado está obrigado a destinar aos administrados indistintamente sem atentar suas condições particulares ou *status* e mesmo sua vinculação a um determinado grupo. Podem ser citados os direitos sociais tais como segurança, saúde e educação, que, a depender a forma como deduzidos em juízo, consistem em prestações que não resultam de nenhuma circunstância fática anterior ligando os administrados, mas simplesmente um direito que todos têm de receber serviços públicos adequados e eficientes (MELLO, 2006, p. 642). É o caso do dever de fazer funcionar as unidades intensivas de saúde e de atender em creche escola (art. 208, IV, CRFB/88)⁴.

Mas os interesses difusos vulnerados pelo descumprimento de uma obrigação de fazer não se esgotam nos direitos prestacionais; há outras condutas ilícitas como a omissão dos fabricantes de um produto ao não informar os riscos à saúde ou à segurança dos consumidores que ele pode causar, a omissão da publicidade dos atos estatais ou a do órgão ambiental que se abstém de fiscalizar e reprimir as degradações ambientais ou de proteger o patrimônio histórico e cultural, do qual se infere um nítido imperativo de conduta em proveito indiscriminado da coletividade.

É bom esclarecer este ponto para que não se confunda esta espécie com os direitos coletivos. Embora seja correto assinalar que o descumprimento de um dever ou obrigação esteja relacionado aos interesses ou direitos difusos, isso não implica confundi-los com os direitos coletivos posto que fundados numa relação jurídica base. É que no primeiro caso não há nenhuma relação jurídica entre os destinatários da obrigação, mas apenas o dever geral de concretizar os direitos em virtude de uma disposição normativa.

Já os direitos coletivos *stricto sensu* são transindividuais, de natureza também indivisível dos quais são titulares o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, CDC). Consoante pondera Sérgio Shimura (SHIMURA, 2006, p. 29), “um dos traços distintivos do interesse coletivo é a organização, visto que, sem ela, os interesses não podem aglutinar-

⁴ Não se ignora que referidos direitos sociais consubstanciam também serviços públicos, pois tratam-se de prestações estatais destinadas à coletividade em geral, e fruíveis individualmente, mas estes- os serviços públicos- não se confundem com algumas políticas públicas com ele conexas, como a construção de unidades hospitalares ou escolas, que não são propriamente serviços públicos, mas obras públicas, embora também sejam formas de atender o direito à saúde e à educação.

se de forma coesa e eficaz no seio de grupo.”

Os exemplos mais evidentes de direitos coletivos são os relacionados a uma relação tributária na qual posiciona-se de um lado o Estado, titular da exação respectiva, e do outro lado os contribuintes, que se encontram numa idêntica situação passiva, e aos integrantes de uma associação de classe ou grupamento que se sujeitam a um regramento ou relação jurídica comum.

Por fim os direitos individuais homogêneos são os de natureza divisível e decorrentes de origem comum com o que se relacionam sujeitos identificáveis. Tratam-se de direitos eminentemente individuais, mas tratados coletivamente para facilitação de sua tutela jurisdicional. De outro tanto, a importância de sua tutela coletiva decorre da massificação das relações sociais e das consequências jurídicas das lesões a direitos que repercutem na organização social (DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 78).

Certa doutrina (ZAVASCKI, 1995, p. 35) salienta que tais direitos não se diferenciariam ontologicamente das hipóteses autorizadoras do litisconsórcio facultativo por afinidade por um ponto comum de fato ou de direito (art. 46, IV, CPC). Contudo, parece que os interesses (ou direitos) individuais homogêneos, em que pesem serem essencialmente relacionados à condição singular dos seus interessados, devem ser tratados conjunta e indivisivelmente pelo menos até o seu reconhecimento. A doutrina majoritária, inclusive, fala na fixação da tese geral como o ponto culminante da ação coletiva que veicula tais direitos (DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 80).

Estabelecidas a conceituação e distinção legal para cada um destes interesses transindividuais, importante fazermos algumas considerações críticas.

Primeiramente, o *discrímen* baseado exclusivamente no liame fático ou jurídico para identificar de qual espécie de interesse transindividual se trata parece ser insuficiente. É necessário, para além disso, identificar o tipo de provimento buscado e associá-lo à dispersão ou fluidez dos interessados. É que, diante de um mesmo contexto, podem estar presentes todas as espécies de direito coletivo *lato sensu*. Imaginemos o consórcio de veículos, diante do qual pode estar em jogo o direito difuso de publicidade idônea e verídica, enquanto extensível inclusive àqueles que não integram os grupos (o público geral); o direito coletivo de não sofrer reajustes abusivos inerente à condição dos participantes do consórcio que possuem uma relação comum com a administradora do grupo, no que resultará um resultado no plano fático indivisível para o grupo; e, por fim, o interesse individual homogêneo dos participantes do consórcio em haverem a reparação dos danos por terem pago valores indevidos, que serão definidos de acordo

com a situação específica de cada um.

Portanto, o liame fático ou jurídico comum é critério deveras problemático para o fim de identificar a espécie em jogo. Para tal missão há que se buscar outros elementos, combinando-os com a causa de pedir e o pedido de tutela formulado.

Conforme Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, 2007, p. 54) preceitua:

É óbvio que não apenas os interesses coletivos em sentido estrito, têm origem numa relação jurídica comum. Também nos interesses difusos e individuais homogêneos há uma relação jurídica comum subjacente que une ao respectivo grupo. Contudo, enquanto nos interesses coletivos propriamente ditos, a lesão do grupo provém diretamente da própria relação jurídica questionada no objeto da ação coletiva, já nos interesses difusos e individuais homogêneos, a relação jurídica é questionada apenas como causa de pedir, com vista à reparação de um dano fático ora indivisível (como nos interesses difusos), ora, até mesmo, divisível (como nos interesses individuais homogêneos).

Em segundo lugar, a doutrina empreende uma análise bastante restrita sobre a ótica dos interesses ou direitos individuais homogêneos. Em geral fala-se na tese geral resultante da decisão condenatória genérica como desfecho exclusivo destas ações coletivas e, a partir disso, a reparação individual a ser alcançada em cada uma das pretensões executórias como o resultado destas ações. Em suma, as ações que veiculam estes direitos teriam como premissa um evento danoso e como objeto único a reparação civil⁵. Ainda que muitos não sejam expressos quanto a esse ponto, o fato de não abordarem precisamente as possíveis eficácias e técnicas processuais relacionadas aos direitos individuais homogêneos é um indicativo de que reina uma zona cinzenta a respeito do seu real alcance e tutela.

Por conseguinte, parece incorreto ou insuficiente, sob o ponto de vista da adequada prestação de tutela dos direitos, supor que as ações coletivas na defesa dos direitos individuais homogêneos tenham por objetivo exclusivo a reparação dos danos assim como que a causa de pedir da referida pretensão seja apenas o dano de espectro plural, ainda que haja capítulo dedicado a tais direitos consignando expressamente a tutela condenatória (art. 91 e ss. do capítulo II, do título III, do CDC). A provável explicação para esta previsão legal restritiva deve-se à influência das *class actions for damages* do direito norte-americano sobre nossa tutela coletiva (GRINOVER, 2004, p. 863-867).

A diversidade das situações substanciais que requerem a tutela jurisdicional porém

⁵ Parece ser este o entendimento de boa parte da doutrina: Cf., por todos, MAZZILLI, 2007, p. 55; e ZAVASCKI, 1995, p. 39.

indica que os interesses individuais homogêneos também sejam dotados de técnicas processuais que assegurem a satisfação do direito independentemente da existência do dano. A tutela específica é ínsita a qualquer espécie de direito, por força do art. 5º, XXXV, da Carta Magna, que impõe a efetividade da prestação jurisdicional como um corolário do direito de ação.

Ademais, o art. 83 do CDC estatui que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Sendo assim, uma interpretação sistemática do código consumerista indica que o capítulo II do seu título III regula apenas uma das eficácias possíveis das ações em defesa direitos individuais homogêneos, sem excluir v.g. a mandamental ou a executiva *lato sensu* (GRINOVER, 2004, p. 868). A explicação poderia residir na especificidade e importância que representa a condenação genérica, a qual exige uma positivação expressa do *iter* processual desde a fase de conhecimento até a execução, o que torna-se despropositado quanto às outras eficácias em virtude de o art. 84 do mesmo diploma já disciplinar a tutela específica, aplicável a todos os direitos supraindividuais.

Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 169), realizando uma leitura constitucional da tutela dos direitos coletivos, foi preciso quanto à admissibilidade de todas as espécies de provimento para os diversos direitos metaindividuais:

Torna-se claro que, ao prever e garantir os direitos coletivos e individuais de massa, implicitamente a Constituição Federal exigiu do legislador ordinário o desenvolvimento de mecanismos eficientes de proteção desses interesses. Tivesse o legislador restringido a proteção conferida aos interesses de massa exclusivamente à via ressarcitória subsequente, estaria ele violando a delegação conferida pelo constituinte, impondo-se a conclusão da inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional. Entretanto, é de se ver que não há, no direito brasileiro, negativa formal de tutelas outras (que não a condenatória) para os direitos individuais homogêneos. Em vista desse dado, e impondo-se uma interpretação sistemática do direito nacional, à luz dos princípios constitucionais, cabe a conclusão de que, se não estão proibidas outras modalidades de tutela, elas estão permitidas, cabendo para proteção dos interesses individuais de massa qualquer forma de tutela, preventiva ou repressiva, admissível pelo direito

brasileiro.

Após essa análise, parece possível concluir que as políticas públicas, como medidas de efetivação dos direitos sociais, podem se enquadrar em qualquer uma das espécies de direito supraindividual. A sua configuração vai depender da causa de pedir e do pedido formulado para sua concreção. Não se pode aprisionar, como querem alguns, a discussão das políticas públicas à feição dos direitos difusos porquanto a adequação da tutela e seu modo de ser deverão ser buscados na necessidade de tutela manifestada pelo autor na ação.

É que os direitos sociais que imprimem um imperativo de ação ao poder público, via políticas públicas, manifestar-se-ão de formas variadas conforme o grupo interessado, desde as formações sociais mais extensas até os indivíduos particularmente afetados que farão jus à prestação estatal como decorrência de sua condição. Sendo assim, os beneficiários serão todos os integrantes de uma coletividade, considerados indistintamente, no caso de algumas das políticas públicas de segurança pública e assistência social (art. 203 da CRFB/88). Em menor grau, mais ainda assim com grande indeterminabilidade dos interessados, figurarão os residentes de um dado município com relação ao atendimento em creche escola⁶. Ainda nesses casos a prestação será indivisível pois ofertada aos cidadãos sem ter em conta suas condições particulares.

Com um menor grau de indeterminabilidade dos sujeitos interessados, mais ainda assim com objeto indivisível, figuram as políticas públicas relacionadas ao bem-estar das comunidades indígenas e tutela das terras ocupadas tradicionalmente por elas (art. 231 da CRFB/88), que deverão observar a condição dos integrantes de determinada etnia e sua organização social. Tratam-se evidentemente de direitos coletivos os quais o Estado deve observar e garantir ao grupo ou organização coletivamente considerados.

5 A vocação da tutela coletiva para a discussão das políticas públicas

As desvantagens da litigância individual ou atomizada, consoante já sinalizado, é um dos fundamentos mais fortes para o desenvolvimento dos mecanismos de tutela coletiva. Com efeito, são vários os obstáculos para que os indivíduos tenham seus direitos reconhecidos judicialmente quando a pretensão disser respeito a direitos que

⁶ STF, 2ª T., AgRg no RE 273.834-4/RS, DJU 02.02.2001; e RE 436.996/SP, j. 22.11.2005, ambos relatados pelo Ministro Celso de Mello. RE 410.715-AgR/SP.

afetem a textura social de uma forma mais ou menos homogênea. Muitas das vezes os benefícios e proveitos a serem auferidos em virtude de uma judicialização são menores que os custos (econômicos, psicológicos) do processo (CAPPELLETTI, 1993, p. 59).

Note-se, ademais, que as despesas podem ser potencialmente aumentadas se essas pessoas confrontam os chamados litigantes habituais ou qualificados, que compreendem as grandes empresas e o próprio Estado, que possuem um corpo de profissionais especializados para a defesa judicial de seus interesses. Obviamente, os sucessivos recursos apresentados por estas partes, além de outras estratégias processuais, prolongam o andamento do processo e, por conseguinte, tornam seu custo inacessível à maior parte da sociedade.

O microssistema brasileiro de tutela coletiva, neste contexto, fornece uma solução para estes conhecidos óbices à judicialização do conflito de massas, porque de um lado defere a legitimidade para a tutela destes direitos a um rol de entidades reconhecidamente especializadas na defesa dos direitos transindividuais, e de outro minimiza os custos financeiros do processo, pois desonera os autores do dever de pagar as verbas decorrentes da sucumbência processual, tais como custas e honorários advocatícios- ressalvados os casos de reconhecida litigância de má-fé-, bem como dispensa do adiantamento dos honorários periciais, nos termos do art. 13 da Lei nº 4.717/1965, e dos arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/1985.

No sistema norte-americano, que inspirou mais proximamente nosso modelo de processo coletivo, é comum a litigância de interesse público (*public law litigation*), que envolve geralmente a discussão de medidas governamentais, em larga escala, próprias do sistema do *Common Law*, que historicamente cria normas e as aplica em forma de precedentes.

Mas de uma forma geral, o sistema do *Common Law* traz mecanismos sofisticados de resolução de questões jurídicas que não se resumem na obtenção de condenações pecuniárias. De efeito, o regime da *equity* tem aplicação justamente quando em jogo direitos que não podem ser simplesmente reduzidos à pecúnia, mas antes de tudo implicam obrigações de conduta extraídos de valores do sistema jurídico. Pode-se dizer, por conseguinte, que os remédios encontrados na *equity* são o protótipo da tutela da prevenção do ilícito (DAWSON, 1959, p. 499).

Em suma, pode dizer que a *equity* constitui um instituto do Direito inglês, como forma de conferir completude ao ordenamento da *Common Law*, ou seja aos remédios previstos na legislação anglo-saxônica. É que, diante da necessidade de tutelar situações

que não se resumiam à reparação de danos disciplinadas legalmente naquele sistema, os juízes valeram-se de instrumentos para emitir ordens para cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer (*non monetary remedies*). Esse momento histórico geraria, inclusive, a criação jurisprudencial do Direito pelas cortes inglesas, no que depois gerou o sistema de precedentes que qualifica e individualiza a produção normativa do *Common Law* (DOBBS, 1993, p. 48).

Em geral, o manejo das ações coletivas para a tutela dos direitos sociais, enfim para discussão das políticas públicas, é bem tolerada pelo sistema jurídico, pois possibilita o debate amplo das questões com praticamente todas as esferas envolvidas; possibilitam a universalização da prestação reconhecida pela decisão judicial a todos os que se encontram na situação de direito material subjacente à demanda, independentemente de serem partes; e oferecem parâmetros para a administração pública programar os gastos com a efetivação da política pública, algo impensado no tratamento atômico e disperso das ações individuais. Neste último caso, a administração pública poderia elaborar uma programação a médio prazo mediante a inclusão de verba necessária no orçamento do exercício financeiro seguinte (MARINONI, 2001, p. 120), o que pode ser obtido, dentre outras formas, mediante o emprego de multa.

É consistente, neste aspecto, a crítica de importantes setores doutrinários (BARROSO, 2010, p. 894) contra a tutela individual das políticas públicas, como comumente ocorre no direito sanitário, cuja quantidade disseminada de ações individuais pode dificultar, quiça impossibilitar, o planejamento da máquina administrativa. De fato, ainda que não seja desejável, tampouco constitucionalmente admissível, o cerceamento das ações individuais, não podemos deixar de reconhecer sua desvantagem quando comparada à tutela coletiva, tanto no pertinente aos reflexos administrativos como no plano da cognição judicial, que fica fragilizada pelos parâmetros altamente inseguros de sopesamento dos direitos.

Sem embargo da importância da ação coletiva para contornar os óbices supramencionados ao acesso à justiça nas questões que envolvam direitos metaindividuais, ainda temos a vantagem de resolver, num único processo, a crise de direito instalada com a aplicação de solução isonômica a todos os sujeitos que tenham alguma implicação com o direito litigioso (MANCUSO, 2008, p. 234).

A um só tempo, por conseguinte, satisfazem-se dois escopos do direito processual: aplica-se a decisão a todos quantos se encontrem na mesma posição jurídica diante do objeto litigioso, atendendo ao princípio maior da isonomia; e aglutina num só processo

as aspirações de toda uma coletividade, em substituição a um sem número de ações individuais, encarnando o princípio da economia processual (BARCELLOS, 2010, p. 129-130).

Vale destacar, mais uma vez, que aqui não estamos adotando uma posição de rejeição à tutela individual dos direitos sociais, porque tais direitos são, como ocorre com os direitos fundamentais previstos no rol do art. 5º da Carta Magna, inseridos dentro da esfera jurídica das pessoas individualmente consideradas. É dizer, direitos como educação, saúde e segurança embora sejam direitos sociais extensíveis a toda a coletividade, também são fruíveis individualmente, pois não haveria nenhum sentido em condicionar-lhes o exercício apenas a título coletivo.

Entretanto, não se pode negar que a litigância individual em matéria de direitos sociais, quando considerado um universo de ações individuais, envolve repercussões financeiras e um planejamento que não pode ser minimamente dimensionado pelo julgador. Cada juiz tem diante de si apenas o custo do direito a ser implementado naquela demanda, sem sequer imaginar o impacto que os demais inúmeros processos que pleiteiam similar objeto, que correm perante diversos órgãos jurisdicionais, pode gerar. Exemplo disso pode ser facilmente encontrado nas ações individuais em que se postula a obtenção perante o Poder Público de medicamentos de alto custo.

Vale atentar que, mesmo para os que advogam a franca tutela jurisdicional individual dos direitos sociais, são inegáveis as vantagens da litigância coletiva. Esse é o caso de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2012, p. 300):

Por outro lado, se é possível afirmar a correção do entendimento de que a tutela coletiva (especialmente em nível preventivo) deva assumir caráter preferencial, já que possui a incensurável virtude de minimizar uma série de efeitos colaterais mais problemáticos da tutela jurisdicional individual na esfera dos direitos a prestações sociais, também é certo- de acordo com o que se extrai da decisão do STF já referida, que assegurou o fornecimento de medicamento de alto custo em demanda individual promovida pelo Ministério Público Federal, - que a eliminação da possibilidade de demandas individuais poderá, por si só, representar uma violação de direitos fundamentais...

O poder público reclamado e o autor coletivo também podem contribuir com toda

sua *expertise* no tratamento da questão, possibilitando ao julgador conhecer todos os variados quadrantes e repercussões que envolvem a execução da política pública, desde os impactos financeiros da implantação de determinado direito social até o rol de políticas que deixariam de ser atendidas em face daquele.

Conforme já foi assinalado noutra oportunidade, o dever de colaboração positivado no novo Código de Processo Civil tem inteira aplicação às lides que discutem políticas públicas (MENDONÇA, 2016, p. 338):

Pensamos que o processo, como instrumento público, malgrado discuta questões de direito disponível, deve sempre ser interpretado a partir das eminentes finalidades da jurisdição, e portanto não deve transmutar-se meramente numa arena onde as partes digladiam-se em busca da vitória da melhor tese jurídica, tudo sob a complacência do julgador. Uma opção mista que privilegia tanto a livre disposição das partes - baseada no princípio dispositivo -, conjugada com boa dose de poder investigativo do juiz, é a que se mostra mais consentânea com os escopos da jurisdição.

O dever de colaboração, para além de constitui princípio inato ao devido processo legal e ao contraditório, ganha reforço após sua positivação no art. 6º do novo CPC, que preconiza que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Desse dever podem ser deduzidas diversas aplicações no controle jurisdicional das políticas públicas. É o caso das ações que postulam o atendimento de direitos fundamentais que exigem que o poder público esgote todos os meios disponíveis para atendê-los, em caso de justificativa da reserva financeira do possível. Podemos extrair do dever de colaboração supracitado a exposição clara da peça orçamentária e da viabilidade financeira do atendimento da política pública vindicada.

Alguns institutos recém-egressos no processo civil brasileiro podem fornecer instrumentos muito úteis à formação da convicção do julgador e contornar os argumentos baseados no *deficit* de legitimidade e técnica da atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas: o *amicus curiae* e a audiência pública. Tais instrumentos possibilitam a colaboração técnica de setores especializados da sociedade, bem assim

dotam a decisão judicial de uma maior legitimidade, pois informada pelo pluralismo. Destarte é recomendável que o julgador utilize-os pois tal proceder tem fulcro na democratização dos provimentos judiciais em matéria de lides de interesse público. Como as soluções aplicam-se amplamente a um expressivo segmento social, nada mais coerente que envolverem a participação tanto quanto possível maior de diversos atores sociais.

Com efeito, o art. 138 do CPC/15 admitiu a participação do *amicus curiae*, pessoa jurídica ou física, a quem compete se manifestar sobre a temática tratada na lide, quando ela ou a especificidade do seu objeto forem relevantes ou quando houver repercussão social da controvérsia. Como se discute o interesse público relacionado a uma política pública, nada mais razoável que admitir os subsídios fornecidos pelo amigo da corte os quais poderão ser úteis para o julgador posicionar-se em qualquer um dos sentidos do processo, a favor ou contra a postulação; portanto, não se pode falar em quebra da parcialidade, porque a razão que inspira o ingresso do *amicus curiae* não é a mesma que legitima o ingresso da figura do assistente, por exemplo, a saber a possibilidade da decisão afetar o interesse jurídico deste terceiro.

Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, 2010, p. 160) fala em interesse institucional, apartando-o do interesse individual que qualifica as formas ordinárias de intervenção presentes nos capítulos V e VI do título II do livro I do CPC. O interesse institucional consistiria num interesse metaindividual titularizado por segmentos sociais relativamente bem definidos.

Imaginemos uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra determinado empreendimento hidrelétrico por causar impactos ambientais. Haverá uma série de interesses gravitando sobre o conflito, que nem sempre são trazidos ao juízo em toda sua perspectiva, podendo ser citado o interesse dos produtores rurais e das famílias afetados pelo represamento da água, em contrapartida ao dos possíveis interessados em laborar nas construções cuja pretensão visa obviar. O mesmo pode ser dito das ações que tutelam direitos agrários e de comunidades tradicionais, que envolvem grupos complexos como os produtores rurais afetados pela possível demarcação e titulação de terras e as etnias silvícolas ou ainda remanescentes de quilombolas, as quais podem inclusive disputar o mesmo espaço territorial. Por aí se vê o quanto é amplo e complexo o fundamento que baseia as possíveis intervenções, recomendando o ingresso do *amici curiae* para que a decisão seja mais completa possível em termos de atendimento a todos os interesses afetados (BUENO, 2010, p. 162).

Na mesma linha, a audiência pública tem o condão de proporcionar ao julgador um contato com os agentes sociais e o conhecimento dos impactos que a decisão pode ocasionar a eles. Seria um modo informal de conhecer os interesses subjacentes à lide coletiva e possibilitar o melhor planejamento das soluções empregadas na resolução do conflito. Tal instrumento também seria uma forma de democratizar o processo e exercitar o poder de influência de grupos com interesses os mais diversos na formação da convicção do julgador.

Assim como a admissão do *amicus curiae* no processo ordinário ocorreu na nova codificação processual, a audiência pública passa a ser admitida no incidente de resolução de demandas repetitivas cabível nas hipóteses de efetiva repetição de processos que contenham a mesma controvérsia de direito, ou em risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (arts. 976 e 983, § 1º, ambos do CPC/15), assim como no julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1038 do CPC/15).

Vale registrar que esses últimos institutos aqui referidos— o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos - são fulcrados eminentemente na necessidade de tratar as causas idênticas da mesma forma a fim de que seja observado o princípio da isonomia, daí porque jamais poderiam pôr em risco a utilidade da ação civil pública enquanto instrumento de tutela das políticas públicas.

É que para além da uniformização de teses e soluções a casos concretos, busca-se nesta via a solução da crise quanto à aplicação de direitos fundamentais, mediante a correção de políticas ineficazes ou a cessação de omissões violadoras daqueles direitos.

6 O controle judicial e o orçamento público

O orçamento público não pode consistir em forma de negativa indiscriminada da implementação de direitos sociais. Para fins de cumprir uma decisão judicial relativamente a estes direitos, em alguns casos, o Poder Executivo deverá adotar medidas de contenção de gastos e remanejamento de despesas com relação ao orçamento corrente.

Uma vez reconhecido que os direitos postulados referem-se ao mínimo existencial, ou que se trata de direito social relacionado às normas constitucionais de densidade suficiente para serem aplicadas independentemente de ponderação legislativa ulterior, o poder público poderá ser compelido a usar os recursos disponíveis ou, se for o caso,

realocar recursos dentro do orçamento atual, retirando gastos relacionados a outras políticas menos importantes e redirecionando tais verbas ao cumprimento imediato da decisão que tutela direitos fundamentais.

O fundamento para o controle judicial do orçamento público pode ser colhido em vários precedentes do STF, em especial do voto do Min. Celso de Mello, relator, no julgamento da famosa ADPF nº 45/DF:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Carácter relativo da liberdade de conformação do legislador: considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração) (...) Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência".Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁷.

Como nem todas as políticas públicas poderão ser atendidas por essa relocação de

⁷ STF, ADPF-MC 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 29.4.2004, Informativo/STF nº 345/2004

recursos, os demais gastos deverão ser incluídos dentro da peça orçamentária para serem executados nos exercícios subsequentes. Essa será uma maneira mais coerente de se efetivar direitos prestacionais sem fugir das possibilidades financeiras do Estado, através da readequação do orçamento corrente e a programação do futuro.

Não vemos como correta a solução que relega ao precatório a execução quanto ao que não for exequível dentro do rearranjo da peça orçamentária corrente. Isso implicaria em submeter indevidamente os direitos sociais prestacionais ao sistema de execução dos créditos pecuniários contra a fazenda pública, tratando, em ofensa ao princípio da isonomia, direitos fundamentais e patrimoniais disponíveis da mesma forma em matéria de execução civil.

A relatividade do princípio orçamentário em face de outros direitos fundamentais considerados essenciais e a inadequação da transformação da obrigação respectiva vem a pelo nas decisões reiteradas dos tribunais que admitem o sequestro de recursos públicos e a execução específica das decisões com o custeio de prestações relacionadas ao direito à saúde⁸.

Em situações urgentes que demandam uma atuação pronta do poder público, é legítimo conferir o poder-dever ao Poder Judiciário de utilizar formas subrogatórias que contornem a inércia do agente público e realizem na prática os direitos fundamentais. Seria o caso de o juiz determinar a transferência de pacientes para a rede hospitalar privada e o custeio, às expensas do erário, dos serviços médico-hospitalares prestados, tudo sem necessidade de programação orçamentária.

Nos demais casos que envolvam maior programação financeira, o julgador poderá-
fiado na possibilidade de influir no orçamento público mediante a ponderação dos princípios constitucionais em jogo - utilizar de mecanismos de coerção para que a verba necessária à efetivação das políticas públicas futuras seja incluída no orçamento relacionado ao exercício seguinte. Seria o caso de obras de infraestrutura que realizem concretamente alguns direitos fundamentais, como a construção de escolas e presídios, para acomodar alunos e detentos, que dependem de alocação de recursos em maior escala, que nem sempre estão disponíveis em caixa, bem assim a efetivação de prestações sociais que impliquem na necessidade de incremento do quadro de pessoal da

⁸ O STJ admitiu, em reiterados precedentes, a aquisição de medicamentos com recursos obtidos a partir do sequestro de numerário de contas públicas: REsp 912247/ RS, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, Julgamento: 10/04/2007, DJ 23/04/2007 p. 250; REsp 832.317/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 08.11.06; REsp 851.760/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.9.2006, p. 238; REsp 815.277/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.8.2006, p. 261; REsp 824.164/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 28.6.2006, p. 253

administração pública, tais como a contratação de professores, médicos etc.

7 Conclusão.

As demandas recorrentes contra o poder público buscando a efetivação de direitos sociais trouxeram um esquema inédito no processo judicial brasileiro. Com o advento da Constituição Federativa de 1988, uma série de direitos prestacionais foram outorgados aos cidadãos, com implicações notáveis para a nova forma de relacionar o Estado e seus súditos e também para o processo, como instrumento de efetivação destes direitos.

Por isso a realidade trazida a lume pelo espectro constitucional exige uma nova dinâmica do processo para que o magistrado possa solucionar os intrincados problemas relacionados à forma de implementar os direitos sociais a toda uma parcela da população, com reflexos relevantes sobre as finanças públicas.

Exige-se, portanto, a abertura democrática do processo até mesmo para que sejam superados os eventuais óbices ao controle jurisdicional das políticas baseados em argumentos de ilegitimidade e falta de conhecimento técnico de magistrados.

Neste tocante o princípio da cooperação exerce destacado papel pois impõe deveres permanentes de consulta às partes processuais e participação a fim de melhor qualificar o provimento judicial e tornar o processo mais democrático. Os institutos da audiência pública e *amicus curiae* auxiliam decisivamente nesse desiderato.

Da mesma forma, não se pode ignorar a possibilidade de interferência judicial no orçamento público como consectário do discutido controle das políticas públicas. O poder público não pode desprestigiar direitos fundamentais de primeira grandeza em favor de políticas que não se acomodam devidamente ao interesse público.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos*

fundamentais. Orçamento e reserva do possível. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado,, 2010, p. 101-132.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial *In* SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos sociais- fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2010, p. 875-903.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro *In* DIDIER JR., Fredie; CALMON Filho, Petrônio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O terceiro no processo civil e assuntos correlatos: Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: RT, 2010, p. 160-167.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1988.

DAWSON, John P. Specific performance in France and Germany *Michigan Law Review*, v. 57, nº 4, nov., 1959, p. 495-538;

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*, v. 4. 7ª ed. Salvador: Juspodium, 2012.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages-equity-restitution*, 2ª ed. Saint Paul: Hornbook west group, 1993.

FISS, Owen. *The law as it could be*. New York and London: New York University Press, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*,

8ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. As soluções consensuais para as controvérsias sobre políticas públicas. In VITORELLI, Edilson Lima. *Temas atuais do Ministério Público Federal*. Salvador:Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos In *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 78, abril/1995.