



**Universidade do Estado do Rio De Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Nicola Tutungi Júnior

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS:  
implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz**

Rio de Janeiro

2010

Nicola Tutungi Júnior

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS:  
implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Professor Doutor Orientador: Humberto Dalla Bernardina de Pinho

**CIENTE. DE ACORDO. À BANCA EXAMINADORA. BANCA: HUMBERTO DALLA (ORIENTADOR); PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO (UERJ); LESLIE FERRAZ (FGV). SUPLENTES: FLAVIO MIRZA (UERJ); CLEBER FRANCISCO ALVES (UCP). DATA. 1º DE JULHO DE 2010, ÀS 10.00. LOCAL. SALÃO NOBRE DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ.**

**Rio de Janeiro, 28 de maio de 2010.**



**Prof. Humberto Dalla. Mat. 33112-4**

Rio de Janeiro

2010

Nicola Tutungi Júnior

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS:  
implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovado em \_\_\_\_\_

Banca Examinadora: \_\_\_\_\_

---

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Paulo César Pinheiro Carneiro

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dra. Leslie Shéri da Ferraz

Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2010

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, por me ensinarem os valores;  
à Michelle, por me ensinar a sonhar;  
e à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro,  
por me fazer despertar o interesse pelo tema, e  
por me possibilitar a luta por uma sociedade mais justa e melhor.

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos.

De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete.

Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.

*Mauro Cappelletti*

## RESUMO

TUTUNGI JUNIOR, Nicola. *Ação civil pública e políticas públicas: implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz*. 2010. 248f. Dissertação (Mestrado em Estado, Processo e Sociedade Internacional, linha de pesquisa de direito processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

A evolução do Estado ao longo da história acompanhou as necessidades da sociedade diante de novas relações. Também a postura dos Tribunais diante de situações concretas modificou-se com o tempo. O surgimento de novos litígios e a concepção de direitos de grupo influenciou um novo tipo de relação processual: a tutela coletiva. O advento de diplomas legais regulando o tema no ordenamento brasileiro teve grande mérito no tratamento da questão, mas o dinamismo social mostrou-se mais rápido que as alterações legislativas. Para lidar com situações concretas e sensíveis, os Tribunais passaram a apreciar questões que originariamente não lhe seriam afetas: surge a judicialização. O debate acerca desta nova postura do julgador cresce, principalmente no campo das políticas públicas, onde o Estado-administrador por vezes atua dentro de sua margem de discricionariedade. Ao mesmo tempo, o crescimento do estudo dos direitos fundamentais põe em lados distintos uma suposta falta de legitimidade democrática do Estado-juiz, e a premente necessidade social de intervenção jurisdicional em situações limite, onde a própria dignidade da pessoa humana se coloca em risco. Temas como o direito à saúde, educação e meio ambiente ilustram a dramaticidade do debate, e fomentam a reflexão sobre a efetividade dos instrumentos processuais à disposição da tutela coletiva, e a legitimidade e os limites que tangenciam a implementação de políticas públicas.

Palavras chave: Direitos coletivos. Tutela coletiva. Judicialização. Politização da Justiça. Políticas públicas. Discricionariedade. Limites.

## ABSTRACT

The evolution of the State along history accompanied the necessities of the society ahead new relations. Also the position of the Courts ahead of concrete situations was modified during the time. The sprouting of new litigations and the conception of group rights influenced a new type of procedural relation: the collective guardianship. The advent of statutes regulating the subject in the Brazilian order had great merit in the treatment of the question, but the social dynamism was revealed faster than the legislative modifications. To deal with concrete and sensitive situations, the Courts had started to appreciate questions that originarily would not be affected to it: the judicialization appears. The debate concerning this new position of the judge grows, mainly in the field of the public policies, where the State-administrator sometimes acts inside of its margin of discretionarity. At the same time, the growth of the study of the fundamental rights puts in distinct sides a supposed lack of democratic legitimacy of the State-judge, e the pressing social necessity of jurisdictional intervention in limits situations, where the proper dignity of the human person is placed at risk. Subjects as the right to health, education and environment illustrate the dramatic face of the debate, and foment the reflection on the effectivity of the procedural instruments to the disposal of the collective guardianship, as well as the legitimacy and the limits that involve the implementation of public policies.

Keywords: Group litigation. Collective guardianship. Judicialization. Justice politization. Public policies. Discretionarity. Limits.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação civil pública
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
Ag	Agravo
AI	Agravo de Instrumento
AI-AgR	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
<i>apud</i>	citado por
art.	artigo
CF	Constituição Federal
Cf.	<i>confer</i> (conforme)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
Des.	Desembargador
DF	Distrito Federal
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
EIA	Estudo de impacto ambiental
EM	Exposição de Motivos
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
MJ	Ministério da Justiça
<i>Op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (obra citada)
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
RE-AgR	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RIMA	Relatório de impacto ambiental
SLAP	Sistema de licenciamento de atividades poluidoras
SS	Suspensão de segurança
STA	Suspensão de tutela antecipada
SUS	Sistema Único de Saúde
<i>V.g.</i>	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

### **PARTE I – Contextualizando o tema**

1	<b>A TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS</b> .....	20
1.1	<b>O desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil</b> .....	20
1.1.1	<u>A relevância dos direitos de grupo</u> .....	20
1.1.2	<u>A necessidade de novos instrumentos de tutela</u> .....	23
1.1.3	<u>Evolução dos instrumentos processuais para a tutela coletiva</u> .....	24
1.2	<b>Direitos difusos e coletivos (transindividuais)</b> .....	27
1.3	<b>Direitos individuais homogêneos</b> .....	34
2	<b>AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS</b> .....	38
2.1	<b>A titularidade e as espécies de legitimidade</b> .....	39
2.1.1	<u>A atuação das pessoas jurídicas de direito público</u> .....	42
2.1.2	<u>A atuação do Ministério Público: sua missão constitucional, legitimação e limites</u> ..	44
2.2	<b>O desenvolvimento processual</b> .....	51
2.2.1	<u>Objeto e pedido</u> .....	51
2.2.2	<u>Provimentos antecipatórios e a necessidade de oitiva prévia da Administração Pública</u> .....	58
2.2.3	<u>Fase instrutória</u> .....	71
2.2.4	<u>Medidas coercitivas</u> .....	80
2.2.5	<u>Sentença, liquidação e execução</u> .....	85

### **PARTE II – O início da tensão**

3	<b>A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA</b> .....	90
3.1	<b>O papel do Poder Judiciário na democracia brasileira</b> .....	90
3.2	<b>A judicialização da política</b> .....	93
3.2.1	<u>Uma visão global</u> .....	93
3.2.2	<u>Condições que favorecem a expansão da atividade jurisdicional</u> .....	96
3.2.3	<u>A judicialização no Brasil</u> .....	99

3.3	<b>A politização da justiça</b> .....	101
3.4	<b>O ativismo judicial</b> .....	103
4	<b>O ESTADO-ADMINISTRADOR: A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	110
4.1	<b>Discricionariedade administrativa</b> .....	110
4.1.1	<u>O contexto histórico da discricionariedade</u> .....	110
4.1.2	<u>A evolução da discricionariedade no Brasil: a discricionariedade como um poder-dever</u> .....	113
4.1.3	<u>Discricionariedade x arbitrariedade</u> .....	115
4.1.4	<u>Limites à discricionariedade administrativa</u> .....	117
4.2	<b>Políticas públicas</b> .....	119
4.2.1	<u>Conceito e evolução</u> .....	120
4.2.2	<u>Direitos fundamentais e políticas públicas: uma tênue distinção</u> .....	126
4.2.3	<u>A legitimidade para realização de políticas públicas</u> .....	128
4.2.4	<u>O controle das políticas públicas</u> .....	132
5	<b>O PAPEL DO ESTADO-JUIZ: EXISTE A CHAMADA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?</b> .....	135
5.1	<b>Discricionariedade administrativa x discricionariedade judicial</b> .....	135
5.2	<b>Discricionariedade cognitiva x discricionariedade decisória...</b> .....	136
5.3	<b>Discricionariedade cognitiva</b> .....	138
5.3.1	<u>As discussões Dworkin x Hart</u> .....	139
5.3.2	<u>Posição de Mauro Cappelletti</u> .....	145
5.3.3	<u>Outros posicionamentos atuais</u> .....	146
5.4	<b>Alguns aspectos polêmicos</b> .....	148
5.4.1	<u>Discricionariedade judicial como corolário da garantia de direitos fundamentais</u> ....	148
5.4.2	<u>A discricionariedade judicial e a viabilização de políticas públicas</u> .....	150
5.5	<b>Limites à discricionariedade judicial</b> .....	153
 <b><u>PARTE III – Análise de alguns provimentos jurisdicionais em ações civis públicas</u></b>		
6	<b>O DIREITO À SAÚDE E PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO</b> .....	156
6.1	<b>O tratamento constitucional do direito à saúde</b> .....	157
6.2	<b>Saúde como Direito Fundamental</b> .....	162
6.3	<b>A saúde e as políticas públicas: estudo de casos</b> .....	164

6.3.1	<u>Ação civil pública envolvendo obrigação de fornecimento de medicamentos</u> .....	164
6.3.2	<u>Ação civil pública envolvendo obrigação de internações ou procedimentos cirúrgicos emergenciais</u> .....	170
6.3.3	<u>Ação civil pública envolvendo a construção de hospitais</u> .....	174
6.4	<b>Audiência pública sobre o direito à saúde no STF e perspectivas para o futuro</b> .....	175
7	<b>DIREITO À EDUCAÇÃO</b> .....	182
7.1	<b>O tratamento constitucional do direito à educação</b> .....	182
7.2	<b>Educação como Direito Fundamental</b> .....	186
7.3	<b>A educação e as políticas públicas: estudo de casos</b> .....	188
7.3.1	<u>Ação civil pública envolvendo o reajuste de mensalidades escolares</u> .....	188
7.3.2	<u>Ação civil pública envolvendo obrigação de matricular crianças em creches, pré-escola e escolas de ensino fundamental</u> .....	191
7.3.3	<u>Ação civil pública envolvendo obrigação de construir creches ou escolas</u> .....	194
8	<b>A TUTELA DO MEIO AMBIENTE</b> .....	201
8.1	<b>O tratamento constitucional do meio ambiente</b> .....	201
8.1.1	<u>O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado</u> .....	201
8.1.2	<u>A fundamentalidade do meio ambiente e sua tutela administrativa e jurisdicional</u> ...	203
8.1.3	<u>A titularidade da ação civil pública ambiental</u> .....	205
8.2	<b>O meio ambiente e as políticas públicas: estudo de casos</b> .....	209
8.2.1	<u>Ação civil pública envolvendo licenciamento ambiental</u> .....	209
8.2.2	<u>Ação Civil Pública envolvendo o exercício do poder de polícia ambiental</u> .....	214

#### **PARTE IV – Conclusões**

9	<b>SISTEMATIZAÇÃO DO ESTUDO</b> .....	222
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	234
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	237

## INTRODUÇÃO

O fenômeno chamado por alguns como “normatização de princípios”<sup>1</sup>, evidenciado com maior intensidade após o advento da Constituição Federal de 1988, trouxe novas reflexões ao direito pátrio na aplicação da lei, e, principalmente, na conduta a ser assumida pelo prestador da atividade jurisdicional quando valores fundamentais entram em choque. Neste sentido, a tradicional idéia de uma supremacia do interesse público sobre o privado cede espaço ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, bem como às técnicas de ponderação necessárias para a concreta aplicação de tal princípio.

Por outro lado, a pura e simples ponderação como corolário para a atuação do Poder Judiciário, fundando-se no princípio da proporcionalidade, pelo menos ao longo da existência da Lei nº 7.347/85,<sup>2</sup> trouxe, além de soluções, muitas questões que inversamente ainda carecem de respostas. Neste particular, destacam-se os limites que se impõem tanto ao Estado-Administrador na realização de políticas públicas, quanto ao Estado-juiz no exercício do controle jurisdicional sobre esta atuação (panorama que se acentua quando em choque com direitos fundamentais).

O surgimento de instrumentos de tutela coletiva no ordenamento pátrio tornou mais clara a efetividade que se pode ter na satisfação de alguns direitos. Dentre outros fatores, isto decorre em boa parte pela atuação de legitimados extraordinários que, melhor organizados e estruturados que os titulares do direito material, podem buscar a tutela jurisdicional de modo a assegurar um acesso à justiça mais que formal.

Entretanto, a relevância social dos direitos em jogo, ou mesmo a fundamentalidade de muitos deles, acabou por trazer ao Poder Judiciário a apreciação de temas outrora exclusivamente tratados nas arenas políticas ou no seio da Administração Pública. Sem adentrar com profundidade no campo dos direitos materiais envolvidos, até pela sua variedade quando diante de qualquer estudo (inclusive processual) sobre a tutela coletiva, o presente trabalho tem por objetivo analisar tanto algumas questões sensíveis da Lei nº 7.347/85 como o papel do julgador ao tratar dos direitos coletivos, notadamente aqueles relacionados com a implementação de políticas públicas.

---

<sup>1</sup> Vide, por todos, BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

Utilizando como linha condutora a ação civil pública, e cientes de que o campo das políticas públicas traz uma série de debates capazes de evidenciar uma verdadeira releitura na atuação do Estado-juiz, procurar-se-á aventar uma possível necessidade de alteração de alguns pontos da legislação, de modo a compatibilizá-la com as novas demandas sociais e o entendimento dos Tribunais, sejam posições já pacificadas, sejam controvérsias que ainda demandam maior reflexão.

Diversos exemplos serão tratados para ilustrar o estudo, até por conta dos reflexos que trazem às conclusões finais, razão pela qual não haveria como deixar de abordar algumas questões de direito material, que, pela sua sensibilidade, justificam a própria escolha do tema.

Outrossim, considerando que o fio condutor será a utilização da ação civil pública no ordenamento brasileiro, na metodologia adotada serão utilizados preponderantemente os entendimentos doutrinários (nacionais e estrangeiros) sobre as questões tratadas, bem como os posicionamentos adotados pelos Tribunais do ordenamento pátrio.

Relevante destacar que o incremento do ativismo judicial, com a apreciação de casos concretos que envolvem cada vez mais direitos coletivos e direitos fundamentais, traz à ciência jurídica uma releitura da própria relação entre direito material e direito processual,<sup>3</sup> além da rediscussão acerca da divisão de atribuições entre os Poderes num Estado Democrático de Direito, evidenciando que, por mais que se tentasse limitar o tema a aspectos processuais, ainda assim sua complexidade demandaria uma análise mais ampla.

Em dias atuais, ainda se faz muita confusão na sistematização dos chamados direitos coletivos *lato sensu*, bem como acerca dos instrumentos processuais mais adequados para a tutela de cada um destes direitos envolvidos. Deste modo, optamos por iniciar o trabalho fazendo uma apreciação sistemática da tutela coletiva, nos moldes do que o professor e ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki chamou de “*tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*”,<sup>4</sup> tentando neste primeiro momento fixar as premissas sobre as quais se pautará o estudo da ação civil pública, que, como se sabe, originariamente foi concebida para a tutela de direitos difusos e estritamente coletivos, e não de direitos individuais homogêneos.

---

<sup>3</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. vol. 1, 12. ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 23. Destaca o Autor que: “*Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. O processualista contemporâneo não pode ignorar isso.*”

<sup>4</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Se é verdade que a maior parte dos estudos sobre o tema procura admitir a utilização da ação civil pública para todos os direitos coletivos em sentido amplo (o que, a rigor, diverge da apontada sistematização do professor Zavascki), ainda assim pensamos ser indispensável a apreciação da evolução da tutela coletiva em nosso ordenamento. A relevância com que tais direitos se espriam na sociedade contemporânea tem demandado do Estado-juiz uma postura mais ativa, que busque a efetivação dos direitos envolvidos nos litígios. Para isso, tem sido crescente o arsenal de meios coercitivos a ele disponibilizados pelo direito processual em vigor, o que não pode passar despercebido quando existem valores em choque.

Tal quadro, como já dito, promove uma releitura das funções do julgador diante de casos sensíveis (os chamados *hard cases*),<sup>5</sup> e o papel do juiz passa a ser discutido dentro do Estado e da democracia, o que culmina com o estudo, em capítulos posteriores, sobre a identificação de uma politização da justiça, sobre o incremento do ativismo judicial, e sobre as discussões envolvendo a existência de discricionariedade judicial na apreciação de certas questões.

Após a contextualização inicial do tema, imprescindível também seria um breve “passeio reflexivo” sobre a ação civil pública como instrumento para efetivação de direitos coletivos, abordando seus aspectos técnicos, questões tradicionais como sua titularidade, o objeto e a formulação dos pedidos, provimentos antecipatórios, aspectos da instrução processual, a sentença e sua execução, bem como a utilização de mecanismos de coerção para efetivação dos provimentos jurisdicionais.

Vinte e cinco anos após o advento da Lei nº 7.347/85, substanciais alterações e evoluções no ordenamento tornaram a tutela de direitos coletivos questão relevante, porquanto muitas vezes relacionada com uma série de direitos fundamentais. Apenas a título de exemplo: quando uma determinação judicial em cognição ainda sumária implica na imediata efetivação de certa política pública, torna-se necessário o estudo acerca dos limites que poderiam envolver esta intervenção do Estado-Juiz na Administração, e, ao revés, a sua salutar intervenção para assegurar direitos fundamentais lesados ou em ameaça.

Ainda nesta primeira parte, no próprio Capítulo 2, apreciaremos o papel institucional do Ministério Público na tutela de direitos coletivos, focando especificamente sua atuação em

---

<sup>5</sup> Nas palavras de DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Taking rights seriously - tradução de Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007. Ressalve-se que nem todos aqueles casos considerados *hard cases* por Dworkin envolvem direitos coletivos, mas no paralelo que tentaremos traçar entre o estudo da ação civil pública e a releitura do papel do juiz no trato de novos direitos decorrentes de expectativas atuais da sociedade, muitas situações evidenciam casos sensíveis que tornam a solução da demanda claramente complexa.

sede de ação civil pública quando o conflito já está judicializado.<sup>6</sup> Neste particular, assim como no estudo do papel do julgador ao apreciar questões políticas, também não há dúvidas de que houve significativa evolução legislativa conferindo ao *Parquet* atribuições cada vez mais relevantes para a defesa do interesse público.

O advento da Carta Política de 1988 trouxe um *status* constitucional à instituição mais elevado que em momentos anteriores. Paralelamente, as suas leis orgânicas e os diplomas legislativos que versam sobre a tutela de direitos coletivos também expandiram seu campo de atuação, hoje podendo ser identificada sua possibilidade de intervenção quase sempre que haja algum direito fundamental envolvido, seja ele individual ou não.

Por outro lado, inobstante a contenção e o controle do exercício abusivo de atribuições pelos três Poderes através de um sistema de freios e contrapesos, esta ampliação de atribuições do órgão ministerial levou a uma atuação que, em alguns casos, expõe os perigos decorrentes da falta de uma melhor sistematização da tutela coletiva.

Pedidos formulados incorretamente e provimentos jurisdicionais que, ao invés de buscarem a solução do problema e a efetivação do direito, acabam tornando ainda mais complexa a solução dos casos, fazem com que, não raro, diversas ações civis públicas tramitem indefinidamente pelo Poder Judiciário sem um horizonte de solução (as questões envolvendo a tutela do meio ambiente são o retrato mais claro do que se pretende aqui demonstrar), em claro descompasso com a relevância dos direitos tutelados e a conseqüente necessidade de uma prestação jurisdicional com duração adequada.

A fixação de critérios e limites para a atuação do órgão ministerial, de modo a conter algumas atuações arbitrárias, (casos excepcionais, diga-se de passagem, mas que não podem passar despercebidos diante de um estudo mais aprofundado) faz-se necessária dentro do contexto deste estudo de tensão entre os Poderes e órgãos constitucionais.

Ultrapassada esta que chamaríamos de Parte I do estudo, já tendo analisado o contexto dos direitos coletivos *lato sensu* e aspectos relevantes do procedimento previsto nos diplomas que tratam da ação civil pública, passaremos à efetiva problematização do tema através de um enfoque interdisciplinar. Considerando que já mencionamos de início que a polêmica ora estudada não é recente, merecerão estudo os fenômenos de *judicialização da política e de politização da justiça*, seja sob a ótica da separação entre os Poderes, seja do ponto de vista da Ciência Política.

---

<sup>6</sup> Algumas considerações sobre o inquérito civil serão feitas no estudo da instrução processual da ação civil pública, e na análise sobre o controle das políticas públicas. De todo modo, o objetivo principal é tratar do tema em juízo, uma vez que é neste campo que surgem as questões mais sensíveis.

Os estudos acerca de tais fenômenos originaram-se da obra organizada por C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder,<sup>7</sup> na qual uma coletânea de artigos advindos do encontro sobre a judicialização da política ocorrido na Universidade de Bologna (Itália) em junho de 1992 proporcionou um amplo debate sobre a expansão da atividade judicial em todo o mundo.

A partir de então, os termos acima destacados também vêm sendo utilizados no ordenamento pátrio, identificando uma interligação cada vez maior entre os Poderes da Federação, que se imiscuem em questões que originariamente não estariam afetas às suas atribuições. Note-se que a apreciação pelo Poder Judiciário de questões políticas, e, por outro lado, a instituição de procedimentos de natureza ordinariamente judicial nos campos legislativo e da Administração Pública evidenciam que a implementação e a discussão de políticas públicas não é algo que meramente dependa de uma esfera de avaliação única pelo Poder Executivo, estreitando-se cada vez mais, numa democracia participativa, com debates envolvendo a própria sociedade e os demais Poderes.

Constatando-se que, ao arrepio de tais debates, a implementação de políticas decorre de um juízo equivocado da Administração, ou ainda, verificando-se a omissão estatal no seu precípuo dever de assegurar alguns direitos fundamentais através de prestações positivas, tais distorções passam a ser levadas ao Estado-juiz, que, se por um lado nunca teve a missão de lidar com juízos de conveniência e oportunidade nem de buscar a efetivação de questões políticas, por outro exsurge nas últimas décadas como o principal guardião da Constituição e do Estado Democrático, razão pela qual um suposto déficit de legitimação democrática para agir passa a ser rediscutido.

A questão vem sendo recentemente tratada, dentre outros, por Luis Roberto Barroso<sup>8</sup> e Virgílio Afonso da Silva.<sup>9</sup> Ressalta o primeiro que

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas.

O trecho acima citado apenas dá a tônica do debate. Entretanto, para que se tenha uma percepção contextual deste fenômeno de politização da justiça e da amplitude e relevância de

---

<sup>7</sup> TATE, C. NEAL e VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: NYU Press, 1997.

<sup>8</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>9</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

tais discussões na democracia participativa, entraremos mais a fundo no estudo do Estado-administrador e sua relação com as políticas públicas (antes de ingressarmos na atuação do Estado-juiz), primeiramente abordando a atuação discricionária da Administração Pública e o seu poder-dever de adotar, dentre várias, a melhor escolha para o interesse público. Após, procuraremos adentrar nos conceitos de políticas públicas, sua evolução, a distinção entre políticas públicas e direitos fundamentais, e, conseqüentemente, a legitimidade para implementação e os limites que cercam o controle das políticas públicas.

A freqüência com que os entes da Administração Pública figuram no pólo passivo de uma série de ações civis públicas (quando, ao revés, pela sua própria legitimidade para tutelar o patrimônio e o interesse público, deveriam participar ativamente no combate a tais distorções), seja por adotarem escolhas equivocadas, seja por omitirem-se em sua atuação, demanda exatamente o estudo da nova concepção do Estado-juiz no trato com questões políticas. Atento a esta questão, o professor Virgílio destaca que

Embora seja, dentre os chamados países em desenvolvimento, um país com uma economia forte, com um PIB entre os quinze maiores do planeta, o Brasil é ao mesmo tempo um país que, na área social, padece de todos os problemas característicos dos países não-desenvolvidos. Sua já conhecida desigualdade social piora ainda mais o quadro, fazendo com que a imensa maioria da população dependa completamente da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia.<sup>10</sup>

Assim, já tendo identificado a politização da justiça como um fenômeno, e já com uma visão mais clara das possibilidades e dos limites que cercam o Estado-Administrador ao lidar com a coisa pública, o estudo segue voltado para o papel do juiz diante da tutela de direitos coletivos, especialmente quando relacionados com as distorções acima mencionadas na implementação das políticas públicas.

Neste ponto, passaremos a identificar que, em conseqüência da judicialização da política, ocorreu um incremento do ativismo judicial. A atuação do Estado-juiz vem sendo tão relevante e presente que se passa a discutir a possível existência de uma discricionariedade judicial (tema que vem sendo objeto de muitos debates, principalmente pela já destacada mudança de concepção do papel do julgador na democracia participativa).

Parece-nos que, aqui, o estudo evidenciará de modo bem claro a interdisciplinaridade do tema, com a apreciação de posições ligadas à própria Filosofia e Filosofia do Direito, como a polêmica envolvendo H.L.A Hart e Ronald Dworkin, além de entendimentos

---

<sup>10</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas...* Op. cit. p. 587.

diretamente ligadas ao direito processual, como os do professor Mauro Cappelletti<sup>11</sup> e da professora Teresa Arruda Alvim Wambier.<sup>12</sup>

Ultrapassada a parte de reflexões e análises teóricas, buscaremos na terceira parte confluir as controvérsias suscitadas para sua materialização em alguns casos concretos. Nesta parte, sem a pretensão de esgotar o debate acerca dos temas escolhidos, optamos por abordar julgados envolvendo exatamente algumas das áreas de maior tensão entre os Poderes na implementação de certas políticas públicas.

Como destacado pelo professor Humberto Dalla,<sup>13</sup> a evolução e conseqüente ampliação legislativa da ação civil pública permitiu a sua utilização na tutela de diversos direitos, como o do consumidor, o do idoso, o da criança e do adolescente, o do deficiente físico, dentre outros, fazendo com que experiências das mais diversas pudessem ser identificadas em ramos distintos da ciência jurídica.

Escolhemos inicialmente a área da saúde para apreciar como o direito à saúde se insere no contexto constitucional do ordenamento pátrio, e, diante de uma repartição de competências entre os entes da federação para a implementação do chamado Sistema Único de Saúde (SUS), verificar quando a intervenção do Estado-juiz se mostra necessária para efetivar o que seria o direito fundamental à saúde, ou, inversamente, quando o provimento jurisdicional expõe uma intromissão indevida a certas políticas.

Diante dos crescentes debates que vêm ocorrendo tanto nos meios de comunicação<sup>14</sup> quanto no próprio Supremo Tribunal Federal (que tem ouvido diversos segmentos da sociedade civil e da Administração Pública nas várias esferas, dada a enorme proliferação de ações),<sup>15</sup> parece-nos que a discussão afigura-se bastante atual, principalmente pelo fato de que não raros são os casos de ações civis públicas envolvendo o tema.

---

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Fabris, 1999.

<sup>12</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “*Limites à chamada discricionariedade judicial.*”, in Revista de Direito Público, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 157-167, 1990.

<sup>13</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos.* Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>14</sup> Veja-se a esse respeito recente reportagem do jornal O Globo, de 23/08/2009, que trata da explosão de ações envolvendo o fornecimento de medicamentos e pedidos de internações, e o conseqüente congestionamento do Poder Judiciário. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2009/08/22/grupo-vai-assessorar-juizes-para-decidirem-acoas-que-pedem-remedios-internacoes-767280500.asp>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

<sup>15</sup> Todas os debates referentes ao tema, no qual o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública para oitiva de especialistas das áreas jurídica e de saúde, estão disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

Num segundo momento, adentramos no estudo do direito à educação, de índole igualmente constitucional e que, se por um lado leva a conclusões de que algumas previsões constitucionais seriam de natureza meramente programática, por outro fomenta o crescente posicionamento no sentido da auto-aplicabilidade de uma série de dispositivos, o que permitiria, inclusive, intervenção do Poder Judiciário no caso de omissões na efetivação de algumas prestações positivas.

Neste campo também será possível identificar situações nas quais o controle jurisdicional é amplamente admitido (e muitas vezes necessário),<sup>16</sup> e outros casos em que a independência entre os Poderes resta violada com determinações judiciais que seriam concretamente políticas públicas de titularidade da Administração.<sup>17</sup>

Por fim, escolhemos o campo do direito ambiental para fechar o estudo dos casos. Ainda que seja um ramo recente do direito, os reflexos do aumento mundial da preocupação com o meio ambiente acabou por intensificar também a vigilância do Ministério Público e do Poder Judiciário ao exercício de políticas que possam afetar ao constitucional direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Aqui, abre-se um vasto campo para estudar tanto hipóteses de construção de empreendimentos de natureza pública que venham a afetar o meio ambiente (colocando em choque o meio ambiente equilibrado com outros direitos muitas vezes de caráter fundamental, no caso da própria construção de uma creche ou hospital), como outras duas situações: a primeira, quando o Estado falha no exercício de seu poder de polícia ambiental, deixando a questão à apreciação pelo Poder Judiciário; e, num segundo momento, quando mesmo exercendo ativamente o controle ambiental, o Ministério Público e o Estado-juiz, por discordarem de procedimentos adotados nesta fiscalização, buscam sobrepor a atuação estatal advinda da manifestação de técnicos especializados por outros provimentos em ações civis públicas.

Mais uma vez, reportando-nos às lições de Virgílio Afonso da Silva, vemos que

A idéia de que os juizes, ao complementar as políticas públicas implementadas pelo governo, estarão sempre auxiliando a realização dos direitos sociais e econômicos é equivocada porque se baseia em uma premissa tão simples quanto falsa, segundo a qual complementar é sempre algo positivo. Isso poderia ser correto se a realização de direitos sociais não implicasse, em todos os casos importantes, gastos públicos. Mas ela implica.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Como no caso de matrículas em escolas e creches. Capítulo 07, item 7.3.2.

<sup>17</sup> Por exemplo, ordens para a construção de novas creches ou escolas. Item 7.3.3.

<sup>18</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas...* Op. cit. p. 593.

A digressão se faz pertinente para justificar a escolha dos temas. Procuramos identificar áreas nas quais podemos ver o direito em jogo ora como um direito fundamental, ora como corolário da implementação de políticas públicas nas quais a tutela do direito fundamental correspondente ocorre apenas de forma mediata.

Constando estas situações fáticas, abre-se vasto campo para a análise de diversos aspectos processuais, que vão desde as fases do procedimento previsto na Lei nº 7.347/85 à postura do juiz ao conduzir o processo, tanto na apreciação de questões acessórias quanto na análise de provimentos antecipatórios ou finais.

Portanto, partindo desta perspectiva, em cada uma das três áreas escolhidas pretendemos exemplificar situações nas quais a intervenção do Estado-juiz ora é indispensável para assegurar ou evitar a lesão a um direito fundamental, ora pode comprometer não só o princípio da separação de Poderes, mas a própria coletividade se globalmente considerada (e não meramente diante do caso posto), justamente por se afastar ou de critérios técnicos ou de políticas afetas exclusivamente aos Poderes decorrentes de mandatários do povo.

Enfim, como já se ressaltou, não há nenhuma pretensão de esgotar os temas escolhidos, porque cada um deles poderia certamente demandar um trabalho monográfico individualizado. Entretanto, o que nos instiga a confrontar as premissas utilizadas com casos envolvendo saúde, educação e meio ambiente, encadeando-os com a relevância da ação civil pública em nosso ordenamento, é exatamente a possibilidade de fomentar a reflexão sobre a tênue linha que separa a intervenção judicial indevida daquela absolutamente necessária para que o controle de políticas públicas seja realizado satisfatoriamente, de modo a assegurar direitos muitas vezes fundamentais, e a suprir algumas omissões que desvirtuam a consecução de finalidades públicas.

Após o estudo dos casos concretos, fecha-se o trabalho numa quarta parte, tentando sistematizar tudo o que foi exposto, trazendo proposições objetivas para contribuir com a minimização dos conflitos envolvendo a separação de Poderes. Se nem sempre a suposta falta de legitimidade democrática é capaz de sobrepor a gravidade de uma omissão estatal, noutro sentido a ausência de critérios sólidos capazes de pautar tanto a atuação do Estado-Administrador na implementação de políticas públicas quanto do Estado-Juiz no controle desta atuação acaba por propiciar equívocos de um lado e de outro, atingindo exatamente aqueles que em última análise deveriam ser os mais protegidos: o interesse público e a sociedade.

## **PARTE I – Contextualizando o tema**

### **1 A TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

#### **1.1 O desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil**

##### **1.1.1 A relevância dos direitos de grupo**

Conceber a evolução social para a identificação de litígios de grupo como nos moldes atuais, em que se tem inclusive a distinção dos direitos envolvidos de acordo com certos critérios,<sup>19</sup> passa pela própria evolução do Estado, e, principalmente, pela postura assumida pelos Tribunais em cada momento histórico.

O período compreendido entre as duas grandes guerras, no século XIX, marca o advento de um Estado Liberal, no qual a conduta dos Tribunais restringia-se à tradicional idéia de se “dizer o direito”. O fortalecimento do Poder Legislativo trouxe consigo uma concepção pautada no respeito à legalidade. Com propriedade, Boaventura de Sousa Santos identifica que

Em vista disso, pela sua longa duração histórica, o primeiro período é particularmente importante para a consolidação do modelo judicial moderno. Esse modelo se assenta nas seguintes idéias: [...] 2. A neutralização política do poder judicial decorre do princípio da legalidade, isto é, da proibição de os tribunais decidirem *contra legem* e do princípio, conexo com o primeiro, da subsunção racional-formal nos termos do qual a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e, como tal, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Assim, os tribunais se movem num quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhe competindo garantir concretamente a sua vigência. Por essa razão, o poder dos tribunais é retroativo, ou é acionado retroativamente, isto é, com o objetivo de reconstituir uma realidade normativa plenamente constituída. Pela mesma razão, os tribunais são a garantia de que o monopólio estatal da violência é exercido legitimamente.<sup>20</sup>

Com o advento da Revolução Industrial, o desenvolvimento do capitalismo e de novas tecnologias, um incremento nas situações de desigualdade social passou a ser evidenciado. A explosão de conflitos por conta destas circunstâncias deu-se ao mesmo tempo em que a

---

<sup>19</sup> Como a titularidade do direito material, o objetivo (a sua divisibilidade), e a origem (o vínculo entre eles). Tais pormenores levam à distinção entre direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, melhor analisada nos tópicos 1.2 e 1.3.

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. p. 03. Disponível em <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2010.

atuação dos Tribunais restringia-se, nas palavras de Boaventura, “à *microlitigiosidade interindividual, extravasando dele a macrolitigiosidade social.*”<sup>21</sup>

Dentro da evolução de um Estado de cunho patrimonialista e liberal, voltado mais para a tutela da propriedade, para as relações privadas, o desenvolvimento industrial e o crescimento do capital (sendo, portanto, alheio às questões sociais), até se chegar a um Estado-Providência, e, posteriormente, a um Estado Democrático de Direito, percebe-se um gradativo incremento de participação política dos Tribunais, o que levou, por conseqüência, à possibilidade de busca coletiva da tutela de direitos.

Se após a Primeira Guerra a evolução estatal pautou-se num desenvolvimento industrial que desembocou em movimentos sociais contra desigualdades, o fim da Segunda Guerra consagrou o sucesso desta mobilização, e marcou o advento de um período de Estado-Providência, dotado de um forte componente promocional do bem-estar, consagrando direitos sociais e econômicos, e trazendo ao Poder Público a obrigação de garantir concretamente a efetivação destes direitos, mediante prestações positivas.<sup>22</sup>

Conseqüentemente, com a mudança da concepção de Estado, também os Tribunais passaram a atuar de forma distinta, acompanhando a evolução dos litígios decorrentes da época. Mais uma vez, destaca o professor Boaventura que

Em primeiro lugar, a juridificação do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que noutros, veio a se traduzir no aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão de litigiosidade. [...] A explosão da litigação deu maior visibilidade, social e política aos tribunais e as dificuldades que a oferta da tutela judicial teve, em geral, para responder ao aumento da procura suscitaram com grande acuidade a questão da capacidade e as questões com ela conexas: as questões da eficácia, da eficiência e da acessibilidade do sistema judicial.<sup>23</sup>

Em outras palavras: ao mesmo tempo em que a concepção de um Estado-Providência trazia intrínseca a idéia de bem-estar, de atuação positiva, e de redução das desigualdades sociais, também os Tribunais ganharam posição de destaque ao tratarem de temas revestidos de cunho social, ligados em boa parte a uma obrigação de fazer estatal.

Por outro lado, em países de economias menos sólidas, o modelo não tardou a evidenciar problemas como a multiplicação de litígios (e a conseqüente dificuldade dos

---

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas...* Op. cit. p. 04.

<sup>22</sup> Este, sem dúvida, um dos fatores de influência na judicialização da política, conforme será visto no Capítulo 03.

<sup>23</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas...* Op. cit. p. 05.

Tribunais de acompanhar este movimento), além da incapacidade financeira do Estado de atender às despesas crescentes desta política social pautada em prestações positivas.

Retratando a crise do Estado Social, destaca Cláudia Lima Marques a sua sucumbência diante das novas relações jurídicas, e que o pós-modernismo também acaba atingido pela realidade “*da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização, e de um neoconservadorismo*”. A autora vai além quando destaca que

É uma época de vazio, de individualismo nas soluções e de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a desregulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações. É a condição pós-moderna que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do direito.<sup>24</sup>

O dinamismo das novas relações sociais e jurídicas passou a evidenciar com mais clareza a deficiência de um Estado incumbido de assegurar efetivamente aos cidadãos uma série de direitos, sem estrutura econômico-financeira para tanto. Ao mesmo tempo, os conflitos sociais decorrentes deste panorama passaram a demandar dos Tribunais soluções céleres. Seja pelas características dos direitos materiais envolvidos, seja pela repercussão coletiva dos novos provimentos jurisdicionais, diversamente da época em que preponderavam os litígios decorrentes de relações exclusivamente privadas, a atuação do Estado-juiz não raro passou a se mostrar emergencial, sob pena de perecimento do próprio direito.

O maior destaque ao estudo dos Direitos Humanos, temas como a dignidade da pessoa humana e mínimo existencial,<sup>25</sup> o estudo dos direitos (tanto material quanto processual) sob a ótica constitucional, enfim, estes são apenas exemplos que ajudam a evidenciar preocupações sociais do Estado Democrático de Direito contemporâneo, a demandar uma nova postura dos Tribunais.

Neste sentido, a tutela dos chamados direitos coletivos ganha relevo: muitas modificações no ordenamento surgiram com o intuito de possibilitar a efetivação de direitos que, ou não podem ser individualmente considerados, ou, se individualmente considerados, não apresentam uma dimensão social capaz de, através da provocação do Estado-juiz por um único indivíduo, assegurar a sua satisfação com o mesmo grau de sucesso de uma atuação coletiva.

---

<sup>24</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 161.

<sup>25</sup> Sobre o tema, veja-se TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais...* Op. cit. p. 313-339.

### 1.1.2 A necessidade de novos instrumentos de tutela

A incapacidade dos Tribunais em atender às novas demandas sociais, além dos fatores já destacados, poderia ser também atribuída, em certa medida, à demora de incorporação ao ordenamento de novos mecanismos de tutela de direitos. Seja no plano do direito material, seja no plano processual, certo é que tanto a legislação quanto o entendimento jurisprudencial nem sempre acompanham a sociedade com a mesma velocidade em que esta se desenvolve. Nas precisas palavras de Teori Albino Zavascki

O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações insuscetíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos preestabelecidos. Todavia, a existência de situações que fogem dos padrões conceituais rígidos de modo algum infirma a necessidade de empreender, no plano da instrumentalização processual, as devidas distinções e diferenciações.<sup>26</sup>

As ponderações do professor mostram-se relevantes na medida em que a compatibilização dos novos litígios com os instrumentos jurídicos para a sua tutela, apesar de muitas vezes aparentarem a inexistência de uma solução legalmente prevista, não chegam ao ponto de se levar à generalização dos institutos.

Especificamente com relação aos direitos coletivos, será visto mais a frente que a sua distinção em algumas espécies, em paralelo com a identificação do instituto processual mais adequado para sua tutela, é medida que se impõe tanto para que os interesse envolvidos sejam assegurados através de uma prestação jurisdicional compatível com o que se pretende, quanto para que sejam evitadas distorções capazes de levar a uma série de debates, dentre os quais a própria legitimidade de atuação dos Tribunais.

Certo é, entretanto, que a evolução do Estado e da sociedade demandam não apenas uma releitura de institutos e conceitos jurídicos, mas impõe aos intérpretes do direito uma concepção mais ampla da sua função social, o que passa tanto pela criação de novos instrumentos de tutela, como pela modificação de postura dos julgadores diante dos casos concretos.

---

<sup>26</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do Processo Coletivo*: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo* e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

### 1.1.3 Evolução dos instrumentos processuais para a tutela coletiva

Como vimos, a evolução gradual das necessidades sociais, levando ao anseio por novos instrumentos de tutela decorrentes de novos conflitos, proporcionou um movimento em direção aos litígios de direito público, nas precisas palavras de Mauro Cappelletti<sup>27</sup>. Constata-se que a reunião em grupos, não apenas como meros litisconsortes na relação processual, mas como classes representativas de direitos, passou a se mostrar como interessante solução para a tutela em juízo de algumas questões revestidas de sensibilidade ou relevância social.

Se no direito norte-americano este fenômeno há um bom tempo já evidenciava seus reflexos (as *class actions* remontam a 1820),<sup>28</sup> a questão é relativamente recente no ordenamento brasileiro. A percepção da relevância de uma tutela coletiva de direitos aqui, além da influência marcante do direito alienígena, tem como um dos marcos de sua internalização os dissídios coletivos do direito do trabalho.<sup>29</sup>

Outrossim, como ressalta o professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, citando Pedro da Silva Dinamarco

O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil, passa, numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios. Nesse sentido, como lembra Pedro da Silva Dinamarco, foi editada, em 1950, a Lei 1.134, estabelecendo que “às associações de classe existentes na data da publicação desta Lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>28</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Ações de Classe: direito comparado e aspectos processuais relevantes*. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>29</sup> A este respeito, vide BONFANTE, Bruna. *Dissídio coletivo, ação civil pública e a efetivação do princípio protetivo nas negociações coletivas*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13209&p=1>>. Acesso em: 10 jan. 2010. Segundo a Autora: “[...] já na fase embrionária do Estado Social, desenvolveu-se o Direito do Trabalho. De início, no que toca ao âmbito coletivo, que é o que aqui interessa, passou-se a admitir as associações de trabalhadores (em 1824, na Inglaterra), as Trade Unions (em 1830, também na Inglaterra) e as associações trabalhadoras francesas (em 1884, Lei Waldeck-Roussou); e, finalmente, a Constituição de Weimar, na Alemanha de 1919, considerada, juntamente com a Constituição do México de 1917, o marco inaugural do Estado Social, os direitos laborais passaram a ter importância constitucional. [...] Do Direito Coletivo do Trabalho pátrio podem ser mencionadas como normas de destaque a Lei Áurea (Lei n. 3.353 de 1888); a Constituição de 1891, que reconheceu a liberdade de associação; a Constituição de 1934, que foi a primeira a tratar de direitos trabalhistas; a Constituição de 1937, que adotou o corporativismo italiano, no que toca à organização sindical, cuja disciplina persiste parcialmente até os dias atuais; a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, que prevê de modo sistêmico o dissídio, os acordos e as convenções coletivos; e, finalmente, a Constituição Federal de 1988, que trata, em seus artigos 7º a 10, do Direito Coletivo do Trabalho.”

coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária”.<sup>30</sup>

Antes mesmo do advento da referida lei, a Constituição de 1934 já previa a possibilidade de declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio público<sup>31</sup>, algo que foi suprimido na Carta de 1937 e reintroduzido na Constituição de 1946,<sup>32</sup> o que seria o embrião da “ação popular”.

Àquele tempo, poucos eram os estudos no ordenamento pátrio sobre a tutela coletiva, sendo relevante destacar a importância de José Carlos Barbosa Moreira para o desenvolvimento do tema nos anos posteriores,<sup>33</sup> notadamente pelo advento da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965,<sup>34</sup> que veio trazer amplitude à ação popular, consolidada ainda mais após a Constituição de 1988.<sup>35</sup>

No mesmo sentido, o advento da Lei nº 7.347 no ano de 1985, até pelo momento histórico vivido pelo país,<sup>36</sup> passou a evidenciar com clareza a importância e a necessidade de

<sup>30</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36, *apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 189. Cita ainda o professor Aluisio o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215/63), que atribuía à Ordem a representação em juízo ou fora dele dos interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados ao exercício da profissão.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição Federal (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2009.

<sup>32</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit. p. 190. Veja-se, ainda, BRASIL. Constituição Federal (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*: “Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2009.

<sup>33</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, in *Revista Brasileira de Direito Processual* n. 16. (1978), *apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit. p. 190.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, 05 jul. 1965.

<sup>35</sup> “Encarregou-se a vigente Carta Política de dilatar o campo de atuação daquele instrumento processual, de modo a contemplar a proteção da moralidade administrativa, bem como a guarda dos interesses difusos, possibilitando, além das lesões meramente pecuniárias, a tutela de bens de ordem imaterial e espiritual – os quais, no tocante ao patrimônio histórico e cultural, já haviam sido contemplados no artigo 1º, parágrafo 1º da Lei da Ação Popular”. MARTINS, Guilherme Magalhães; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Algumas considerações sobre a lei da ação popular*, in *Revista do Ministério Público*. n. 6. Julho/Dezembro de 1997. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral de Justiça, 1997.

<sup>36</sup> “Após o período ditatorial iniciado com o Golpe de 1964, o processo de redemocratização teve início no governo do general João Baptista Figueiredo, com a anistia aos acusados ou condenados por crimes políticos, processo perturbado pela chamada linha dura. [...] Com o agravamento da crise econômica, inflação e recessão, os partidos de oposição ao regime cresceram; da mesma forma fortaleceram-se os sindicatos e as entidades de classe. Em 1984, o País mobilizou-se na campanha pelas ‘Diretas Já’. A partir do governo Ernesto Geisel, entre 1974 e 1979, a crise econômica do país e as dificuldades do regime militar agravam-se. A alta do petróleo e das taxas de juros internacionais desequilibra o balanço

tutela jurídica adequada para alguns direitos, bens e valores fundamentais tanto à sociedade quanto ao próprio ordenamento brasileiro.

Assim, ainda que com algumas imperfeições, o referido diploma legal (que ao longo de seus 25 anos sofreu algumas alterações talvez não tão sensíveis, mas que possibilitaram a ampliação de sua aplicação, como mais à frente será visto) vigora no ordenamento pátrio até os dias atuais. Tramitou pelas Casas Legislativas o Projeto de Lei nº 5.139/2009, com o objetivo exatamente de disciplinar e “remodelar” a ação civil pública, buscando uniformizar as disposições legais sobre o tema num único diploma, prevendo inclusive a revogação da Lei nº 7.347/85 e de dispositivos esparsos sobre este instrumento processual.<sup>37</sup>

Não obstante as inovadoras e atuais idéias do projeto de lei mencionado,<sup>38</sup> não se pode desconsiderar o mérito dos 25 anos da Lei nº 7.347/85, nem o fato de que as perspectivas atuais podem afastar uma alteração legislativa imediata.<sup>39</sup>

---

*brasileiro de pagamentos e eleva a inflação. [...] Apesar do encarecimento dos empréstimos e do crescimento acelerado da dívida externa, o governo não interrompe o ciclo de expansão econômica do começo dos anos 70 e mantém os programas oficiais e os incentivos aos projetos privados. Ainda assim, o desenvolvimento industrial é afetado e o desemprego aumenta. [...] A possibilidade de eleições diretas para a Presidência da República no Brasil se concretizou com a votação da proposta de Emenda Constitucional Dante de Oliveira pelo Congresso. Mas a emenda foi derrotada na Câmara dos Deputados em votação realizada em 25 de abril: não alcançou número mínimo de votos para ser aprovada. Em 15 de janeiro de 1985, o governador de Minas Gerais Tancredo Neves foi eleito Presidente da República pelo Colégio Eleitoral, com José Sarney como vice-presidente, derrotando o candidato da situação, o deputado federal Paulo Maluf, por 480 a 180 votos e 26 abstenções. Tancredo, porém, foi internado em Brasília, um dia antes da cerimônia de posse. Foi submetido a várias cirurgias mas seu estado de saúde só se agravou. Até que, para grande pesar e comoção dos brasileiros, Tancredo faleceu em 21 de abril de 1985 em Cidade de São Paulo. Sarney assumiu a Presidência no dia 15 de março, dando fim a 21 anos de ditadura militar no Brasil. Mas a redemocratização só foi completa com a promulgação da Constituição de 88, a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.” Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Redemocratiza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 mar. 2010.*

<sup>37</sup> Não há como avançar sem traçar um pequeno histórico acerca da evolução dos estudos para uma alteração legislativa no ordenamento brasileiro no campo da tutela coletiva. Inicialmente, é de se ressaltar que no ano de 2004 surgiu um verdadeiro marco para o direito processual coletivo, que foi o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (para o qual contribuíram, sobremaneira, os professores brasileiros Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi). A partir de então, duas frentes de trabalho avançaram em São Paulo e no Rio de Janeiro, com o objetivo de se estabelecer um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Assim, com a contribuição de ambos os estudos (que chegaram a constituir dois anteprojetos) o Instituto Brasileiro de Direito Processual encampou a idéia, encaminhando ao Ministério da Justiça, no ano de 2005, um anteprojeto. O Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, Comissão Especial composta por renomados juristas e operadores do Direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério, com a finalidade de apresentar proposta de readequação e modernização da tutela coletiva. Após diversos debates, inclusive com discussões envolvendo a sociedade, a Comissão levou ao Ministro da Justiça da época, Tarso Fernando Herz Genro, a sua versão final de anteprojeto, encaminhada ao Presidente da República em 08 de abril de 2009. O anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional em 13 de abril de 2009, transformando-se, assim, no Projeto de Lei nº 5.139/09. Para um estudo mais aprofundado acerca desta evolução, veja-se GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo...* Op. cit. Outras informações do Projeto de Lei obtidas em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 21 mar. 2010.

<sup>38</sup> Também não há como prosseguir sem deixar de registrar que, não obstante o Projeto de Lei nº 5.139/09 ter sido fruto de aprofundados estudos acerca da tutela coletiva, buscando promover “adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública, de 1985” (EM nº 00043 – MJ, de 08 de abril de 2009, obtido em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Último Acesso em: 25 mai. 2010), na data de 17 de março de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, acolhendo o parecer do Deputado José Carlos Aleluia, (designado Relator do vencedor), rejeitou por maioria (17 votos a 14), o parecer do deputado Antônio Carlos Biscaia, deliberando pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do Projeto de Lei nº

Diante de situação na qual só o tempo nos trará resposta, optamos por analisar as questões relevantes do estudo com base na legislação em vigor, fazendo eventuais referências ao citado projeto de lei em notas.

## 1.2 Direitos difusos e coletivos (transindividuais)

Condição necessária para qualquer estudo sobre os instrumentos processuais de tutela coletiva é, sem dúvida alguma, compreender não apenas a relevância dos direitos de grupo, mas as distinções feitas pela doutrina e pelo ordenamento acerca das características daqueles que seriam os direitos coletivos num sentido amplo (*rectius*: direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos).

### Nas precisas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso

Parece-nos que esse binômio “interesse individual/interesse coletivo” deve ser visto de maneira objetiva e racional. Em primeiro lugar, jamais haverá uma fórmula inteiramente satisfatória que os conjugue, dada a natural antinomia dos conteúdos: o “individual” tende ao egoísmo, imanente à natureza humana; o “coletivo”, se por um lado persegue objetivos metaindividuais, é criticável, porém, na medida em que tende a massificar o indivíduo, tolhendo a livre criação. Não parece haver meio termo que supere essa dicotomia. Hoje, como agudamente observa Edmond Bertrand, assistimos “à une réaction inverse, la poussée révolutionnaire de la société contre l’individu”. “C’est là”, diz ele citando G. Renard, “Le mystère fondamental de la sociologie et du droit”, a saber: “d’être sans cesse à la recherche d’un équilibre rompu aussitôt qu’établi”.<sup>40</sup>

O primeiro ponto a se destacar, considerando a necessidade de distinção entre o coletivo e o individual, está na questão do próprio conceito de interesse coletivo. Confundir-se-ia este com o interesse público?

---

5.139/2009. Diante desta rejeição, o deputado Antônio Carlos Biscaia apresentou recurso, que até o término deste trabalho ainda não havia sido analisado. Se de certo modo tal panorama parece ser um duro golpe nos estudos realizados para a consolidação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, por outro lado entendemos ser relevante, no presente estudo, mencionar algumas questões fruto de dispositivos legais do projeto. O posicionamento da Câmara dos Deputados acaba por tornar ainda mais importantes as discussões sobre possíveis alterações no procedimento da ação civil pública, razão pela qual, em que pese o desfecho inicialmente desfavorável do Projeto de Lei nº 5.139/2009, não deixaremos de abordar pontos sensíveis que ainda merecem amadurecimento e reflexão.

<sup>39</sup> Como se destacou na nota anterior, com a rejeição do Projeto de Lei nº 5.139/2009 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, a pretendida alteração legislativa com vistas a um Código Brasileiro de Processos Coletivos acaba por tornar-se um pouco mais distante, ainda que alterações pontuais possam vir a ser feitas na Lei nº 7.347/85. Reitere-se, entretanto, que o panorama de incertezas no campo legislativo não afasta a necessidade de os operadores do direito trazerem a debate jurídico a patente necessidade de modernização da tutela coletiva no ordenamento pátrio, demonstrando inclusive os percalços decorrentes da falta de uma adequação do instituto da ação civil pública às necessidades sociais contemporâneas.

<sup>40</sup> BERTRAND, Edmond. *De l’ordre économique à l’ordre collectif*, in *Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle (Études offertes à Georges Ripert)*. Paris: Libr. Gen. Droit Jurispr., 1950. t. 1. *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37.

A Constituição da República de 1988 ora fala em interesse público, ora fala em interesse social, pretendendo evidenciar que o interesse público estaria mais ligado ao Estado, (dentro da concepção de Administração Pública), do que propriamente ao interesse da sociedade.<sup>41</sup> De todo modo, conforme leciona Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz

Para aqueles que adotam a distinção, feita por Renato Alessi, entre interesse público primário e interesse público secundário, o segundo acaba conceituado como o modo pelo qual os órgãos da Administração interpretam o interesse público, enquanto o primeiro é identificado como o bem geral, sendo sinônimo de interesse social.<sup>42</sup>

Trazer esta questão a baila se mostra relevante porque, não raro, serão identificadas situações nas quais o que seria o interesse público secundário estará se contrapondo ao interesse público primário, notadamente pelo fato de que o interesse da Administração Pública para determinado caso concreto pode não coincidir com o interesse social.

Isto não implicará dizer que a Administração Pública estará atuando contra o interesse público ou em desfavor da sociedade. Na realidade, a sensibilidade de algumas questões, principalmente no campo das políticas públicas, demonstrará que alguns caminhos escolhidos pelo Estado-administração, em que pese resguardarem o interesse público e os direitos de alguns cidadãos, poderá se contrapor ao direito de outros que, eventualmente, utilizar-se-ão da tutela coletiva para salvaguardar seus direitos.

Até mesmo por isso, também se deve fazer a ressalva de que partiremos da premissa, no presente trabalho, de que a expressão “interesse coletivos” utilizada pela legislação pátria (seja pela Constituição Federal, por exemplo, no artigo 129,III, seja pela Lei nº 8.078/90,<sup>43</sup> como se verá adiante) em verdade confunde-se com a idéia de “direitos coletivos”.<sup>44</sup> Se

---

<sup>41</sup> Neste sentido, diversos são os exemplos apontados por FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso*, in MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61-62. Para MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos...* Op. cit. p. 26: “‘Interesse social’ no sentido amplo que ora nos concerne é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à res publica; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes.”

<sup>42</sup> FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Op. cit. p. 63. Cita ainda MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43, para quem interesse social seria “o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo”.

<sup>43</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990.

<sup>44</sup> Pertinente a observação de PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo: uma leitura e releitura do tema: “Interesse, a seu turno, é em linhas gerais tudo aquilo que reflete uma necessidade, seja de que ordem for, inerente a uma pessoa (física, jurídica ou moral). O interesse precede ao direito, pois se reflete no mundo dos fatos, dos acontecimentos e não diretamente no mundo jurídico. A partir daí, podemos dizer que o interesse pode ou não ostentar relevância jurídica, de acordo com as normas de cada ordenamento. Havendo esta relevância, estaremos diante de um direito”*. Disponível em <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_190403.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2009. Deste modo, apesar da plena convicção de que interesse não se confunde com direito, parece-nos que, no caso das previsões legais do ordenamento pátrio acerca dos interesses coletivos, a menção a “interesses” teria exatamente o

outrora sustentava-se que em alguns casos a existência de mero interesse não seria suficiente para a busca da tutela jurisdicional (pela não caracterização do direito),<sup>45</sup> hoje a concepção é diversa.<sup>46</sup> Parece-nos relevantes as ponderações de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. quando falam sobre a importação do conceito italiano de interesse legítimo para a legislação pátria sem que houvesse uma identidade entre os sistemas jurisdicionais italiano e brasileiro:

[...] diferenças à parte, tanto os direitos subjetivos como os interesses legítimos (na doutrina italiana) se tornam concretos como direitos à tutela jurisdicional. Percebe-se que se trata, assim, de uma distinção histórica e peculiar ao sistema italiano, que não tem qualquer aplicação ao direito brasileiro, em que os conceitos de interesse legítimo e direito subjetivo se reduzem à categoria por nós conhecida como direitos subjetivos (que aqui podem ser públicos ou privados, individuais ou coletivos).<sup>47</sup>

Afora esta discussão acerca de direitos e interesses, a questão inerente à conceitualização das espécies de direitos coletivos no ordenamento brasileiro restou melhor esclarecida com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Evidente que não se trata de algo inovador, mas a consagração na lei de conceitos outrora já desenvolvidos.

Trazendo o que poderia ser considerado um microsistema de tutela coletiva,<sup>48</sup> o diploma legal, além de regular instrumentos processuais, especifica os direitos que seriam objeto de tutela coletiva, distinguindo-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Diante da necessidade de especificação daquilo que seria um interesse coletivo, percebe-se

---

condão de ampliar a tutela jurisdicional, e não restringi-la, daí porque a utilização com o mesmo sentido das expressões direitos ou interesses, no presente estudo, não traria nenhum desdobramento prático relevante que justificasse a distinção.

<sup>45</sup> CRETELLA Jr., José. *Do mandado de segurança coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 78.

<sup>46</sup> A respeito desta evolução de entendimento, precisas as observações de WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 718-719, *apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado*. Op. cit. p. 210: “a necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os ‘interesses’ relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre ‘interesses simples’ e ‘interesses legítimos’ permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero ‘interesse’ na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional”.

<sup>47</sup> DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. vol. 4. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010. p. 91. Também neste sentido, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 11, quando afirma que: “Trazer-se para o direito brasileiro categorias já sem funcionalidade como a dos interesses legítimos, para colocá-los ao lado dos direitos subjetivos, ou pretender excluir os interesses transindividuais da categoria dos direitos subjetivos é insistir numa visão do direito, do Estado, da organização política e da sociedade já ultrapassada”. Vide ainda GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>48</sup> E neste ponto, também precisas as palavras de DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil... Op. cit.* p. 68-69, quando ressaltam a importância dos microsistemas como elementos harmonizadores do ordenamento, havendo uma falsa incompatibilidade entre estes e os tradicionais códigos. Como ressaltam os autores, “no caso do processo coletivo, o Título III do Código de Defesa do Consumidor serve, ou pelo menos serviu até o momento, como elemento harmonizador do microsistema da tutela coletiva.”

que o diploma consumerista adotou alguns critérios conjugados para sua identificação: a titularidade do direito material (a determinação dos seus titulares), o objetivo (a sua divisibilidade), e a origem (o vínculo entre eles)<sup>49</sup>.

Neste sentido, ao dispor sobre os interesses coletivos, o artigo 81 da Lei nº 8.078/90 prescreveu que

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.<sup>50</sup>

O primeiro ponto a se considerar é que a legislação adota a terminologia “transindividuais” para os direitos difusos e direitos coletivos propriamente ditos. Como o prefixo induz, tratam-se de direitos que estão além do indivíduo, e, exatamente por isso, devem ser coletivamente considerados, pela sua múltipla titularidade.

Assim, de plano já se percebe uma distinção no sentido de que, diversamente dos direitos individuais homogêneos, os direitos difusos e coletivos nem sempre (ou melhor, quase nunca) serão tuteláveis diretamente pelo seu titular. A razão para isso está no fato de a identificação de quem seria este titular muitas vezes não ser possível (ainda que, no caso específico dos direitos coletivos propriamente ditos, possa-se identificar um grupo ou uma coletividade).

Constata-se, então, mais um critério distintivo: o da determinação de seus titulares. Enquanto nos direitos difusos os titulares são indeterminados, nos direitos coletivos em sentido estrito estes titulares são ao menos determináveis, ao passo que nos direitos individuais homogêneos é possível a clara identificação da maior parte de seus titulares<sup>51</sup>. Esta distinção inicial pode evidenciar que, no estudo da legitimidade para a tutela coletiva, haverá algumas peculiaridades dependendo da espécie de direito tutelado.

<sup>49</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência...* Op. cit. p. 23.

<sup>50</sup> Lei nº 8.078/90, artigo 81. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em 10 abr. 2009.

<sup>51</sup> Para GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência...* Op. cit. p. 23 *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo...* Op. cit. p. 06-07, o critério da titularidade utilizado pelo legislador apresentaria um defeito, na medida em que haveria um único titular para cada uma destas espécies de direito, claramente determinado: “[...] *uma comunidade no caso de direitos difusos, uma coletividade, no caso de direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso de direitos individuais homogêneos*”. Portanto, este não seria um critério seguro de distinção entre os direitos coletivos.

Para Barbosa Moreira, no que tange ao sujeito, o interesse difuso não pertence à pessoa determinada ou a grupo nitidamente delimitado, e, além disso, sob o ângulo do objeto, não se refere a um bem individual, de tal sorte que a satisfação de um elemento do grupo implicaria na satisfação dos demais<sup>52</sup>.

Deste modo, também quando à divisibilidade do objeto o dispositivo legal traz distinções. Além de ter titulares indeterminados, os direitos difusos, pela sua própria natureza, são indivisíveis, assim como os direitos coletivos, ao passo que os direitos individuais homogêneos são, em regra, divisíveis.<sup>53</sup> Mais uma vez, o critério utilizado terá reflexos no estudo, desta vez não em face da legitimidade, mas sim com relação ao provimento jurisdicional pretendido e à execução da decisão judicial.

Aqui, abra-se parêntese para ressaltar que, apesar de aparentemente simples tais questões, é no estudo dos casos concretos que se perceberá a dificuldade muitas vezes apresentada para a identificação tanto do direito coletivo em jogo quanto do instrumento processual mais adequado para sua tutela. Não raros são os casos em que uma mesma situação (ou conduta) pode levar a violação de mais de uma espécie de direito coletivo.

Talvez por isso, na análise dos critérios para identificação do direito objeto da ação coletiva, sustentem alguns que o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional pretendida é que determinarão se estar diante de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos<sup>54</sup>. Noutro sentido, a idéia de que o critério de definição da espécie de direito coletivo passa pela análise do direito subjetivo específico que foi violado,<sup>55</sup> posição esta que nos parece se amoldar melhor aos conceitos trazidos pelo diploma consumeirista.<sup>56</sup>

Ao nosso sentir, as definições legais trazem expressamente alguns critérios de identificação da espécie de direito coletivo que não passam, necessariamente, pela apreciação da tutela jurisdicional pretendida com a ação coletiva. Some-se o fato de que, como será visto em capítulo próprio, há uma tendência doutrinária e jurisprudencial em se admitir

---

<sup>52</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no direito brasileiro*, in *Temas de Direito Processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183-184.

<sup>53</sup> Vide as considerações do próximo tópico acerca dos direitos individuais homogêneos e a questão da divisibilidade.

<sup>54</sup> É a posição de NERY Jr., Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 778, *apud* DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 85.

<sup>55</sup> É o que pensa GIDI, Antonio. Op. cit. p. 20-21 *apud* DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 85.

<sup>56</sup> Posicionando-se acerca deste debate, DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 86, propõem a fusão de ambos os entendimentos, ressaltando que a característica híbrida ou interativa de direito material e direito processual intrínseca aos direitos coletivos enseja uma compatibilização, analisando-se, portanto, tanto a causa de pedir quanto o pedido da ação coletiva para se identificar a espécie de direito coletivo.

provimentos judiciais dos mais variados para a proteção dos direitos coletivos, o que evidenciaria um movimento de maior convergência entre as suas espécies do que propriamente uma distinção.

Por esta razão, entendemos que a análise do conceito legal, somada com a apreciação do caso concreto, especificamente quanto ao direito violado e os reflexos desta lesão, nos parece o critério mais seguro para identificação do direito coletivo tratado. Frise-se, entretanto, que ainda assim tal procedimento não afasta a possibilidade de existirem situações em que a violação do direito transbordará a esfera de uma única destas categorias, o que levará, inevitavelmente à possibilidade de busca de provimentos jurisdicionais distintos.

Já quanto ao vínculo entre seus titulares, estabelece o artigo que os direitos difusos relacionam os envolvidos através de uma situação de fato, ao passo que nos direitos coletivos propriamente ditos a relação entre os titulares decorre sempre de uma relação jurídica. Com relação aos direitos individuais homogêneos, a menção a uma origem comum evidencia (como será melhor desenvolvido adiante), que estes podem decorrer tanto de circunstâncias de fato como de uma relação jurídica.

Diante deste panorama inicial, parece-nos que já é possível identificar os elementos que compõem os direitos difusos: a) indeterminação dos sujeitos, estes ligados entre si normalmente por circunstâncias de fato; b) indivisibilidade do objeto; c) intensa litigiosidade interna (ou conflituosidade); d) tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.

Percebe-se que as duas últimas características que revestem os direitos difusos não estão expressas no conceito legal, o que não afasta a sua identificação. Com relação à litigiosidade interna, preceitua Rodolfo de Camargo Mancuso que

[...] a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuidando de direitos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), tem-se que nesse nível, todas as posições, por mais contrastantes, parecem sustentáveis. É que nesses casos de interesses difusos não há um parâmetro jurídico que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição “certa” e a “errada”. Exemplo sugestivo ocorreu no Rio de Janeiro, quando da construção do chamado “sambódromo”, o qual gerou conflitos metaindividuais entre os interesses ligados à indústria do turismo versus os interesses dos cidadãos e associações, contrários à construção de um local permanente para os desfiles das escolas de samba.<sup>57</sup>

Já com relação a mutação no tempo e no espaço, esta decorre, fundamentalmente, da particularidade de os direitos difusos revestirem-se de um vínculo fático entre os seus titulares. Neste sentido, a mera possibilidade de alteração do quadro fático já justifica que há

---

<sup>57</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos...* Op. cit. p. 86-87.

uma tendência à transição destes direitos, demandando do Estado-juiz uma prestação jurisdicional célere para que não haja o risco de perecimento do direito por alteração das circunstâncias do caso concreto.<sup>58</sup>

Identificadas as características dos direitos transindividuais, a verificação no ordenamento dos instrumentos processuais disponíveis para sua tutela também nos parece ponto relevante. Em que pese o posicionamento mencionado nas linhas anteriores, no sentido de uma tendência doutrinária e jurisprudencial em admitir indistintamente a utilização de diversos institutos para a tutela dos direitos coletivos amplamente considerados, parece-nos adequada a ressalva de Teori Albino Zavascki, para quem não seria de se estranhar que, se são diversas as espécies de direitos coletivos, também distintos seriam os instrumentos criados pelo legislador para sua tutela, notadamente no que tange aos modos e limites de legitimação ativa e à natureza dos provimentos de postulação.<sup>59</sup>

Ainda segundo o professor, partindo da premissa de que a tutela de direitos coletivos não se confunde com a tutela coletiva de direitos, sustenta que os instrumentos processuais hábeis ao resguardo dos direitos transindividuais seriam: a) o controle concentrado de constitucionalidade; b) a ação civil pública; c) a ação popular; d) a ação de improbidade administrativa; e) o mandado de segurança.

Por este ângulo, já se antevê que, ao se fazer uma distinção entre os instrumentos processuais de tutela, a ação civil pública não seria o instrumento mais adequado quando diante de direitos individuais homogêneos. Não obstante esta conclusão preliminar, parece-nos que a questão deve ser melhor desenvolvida após o estudo das próprias características dos direitos individuais homogêneos, bem como das peculiaridades da ação civil pública, o que também não afasta o mérito das lições de Zavascki no sentido de tentar especificar situações distintas que, como já dito, vêm sendo, com alguma frequência, tratadas de modo generalizado sob o rótulo de direitos coletivos em sentido amplo.

---

<sup>58</sup> No campo do direito ambiental esta constatação é bastante clara, razão pela qual, de modo a ilustrar o debate, remete-se o leitor ao Capítulo 08.

<sup>59</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo...* Op. cit. p. 57-58. Para o jurista, “é equivocada, por exemplo, a suposição, largamente difundida, de que a ação civil pública, criada pela Lei 7.347/85, e destinada a tutelar direitos transindividuais, pode ser também indiscriminada e integralmente utilizada para a tutela de direitos individuais.” Prossegue dizendo que os conflitos a respeito de direitos transindividuais geram, por sua própria natureza, litígios essencialmente coletivos, não se tratando de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior.

### 1.3. Direitos individuais homogêneos

Além da previsão de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, o diploma consumerista previu, de modo inovador na legislação pátria, a figura dos direitos individuais homogêneos, certamente influenciado pelas *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano.<sup>60</sup> Para tanto, apesar do lacônico tratamento legislativo<sup>61</sup> do artigo 81, parágrafo único, III da Lei nº 8.078/90, pode-se identificar duas características ou requisitos para a configuração desta espécie de direitos: a homogeneidade e a origem comum.

Com relação à origem comum, a própria redação das outras espécies de direitos coletivos, distinguindo-os com base em relações de fato ou relações jurídicas, acaba por evidenciar que a origem comum pode ser tanto de fato quanto de direito<sup>62</sup>. Em verdade, este requisito destina-se a estabelecer um “*ponto de contato entre os indivíduos que integram aquele grupamento social*”,<sup>63</sup> evidenciando que tanto uma certa relação jurídica, quanto um evento fático podem atingir determinado grupos de pessoas, de modo a caracterizar uma situação que demande uma tutela jurisdicional conjunta para os envolvidos.

Utilizamo-nos propositadamente da expressão “determinado grupo de pessoas” porque, como já vimos, o critério do titular do direito material é um dos traços de distinção entre as espécies de direitos coletivos. Neste sentido, se vislumbrarmos uma situação em que pessoas ligadas por uma relação de fato não puderem ser determinadas ou determináveis, ao menos em tese a situação apontaria para a tutela de direitos difusos, e não individuais homogêneos.

Ademais, esta indeterminação dos titulares poderia ainda decorrer da indivisibilidade do direito, ao passo que, a partir do momento em que se pudesse fracionar as situações (e o

---

<sup>60</sup> DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 76. Vide ainda, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*, in MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19-39.

<sup>61</sup> Nas palavras de DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 76, e também de PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo...* Op. cit. p. 12. Apesar de o diploma legal não ter andado bem na definição dos direitos individuais homogêneos, ressalva o professor Humberto Dalla, por outro lado, o mérito do Código de Defesa do Consumidor como um “marco inquestionável da evolução democrática brasileira”, e sua influência em outros ordenamentos, notadamente pela densidade e modernidade de seu texto legal.

<sup>62</sup> Conforme WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...* Op. Cit. p. 724.

<sup>63</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo...* Op. cit. p. 09.

próprio direito), conseqüentemente também seria possível determinar seus titulares. Conforme o professor Humberto Dalla

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, o direito individual homogêneo é, nada mais, nada menos do que um direito que em tese seria difuso ou coletivo, mas que em algum momento passou a ser divisível e, portanto, subordinado a regras próprias, principalmente no que concerne à satisfação concreta dos lesados.<sup>64-65</sup>

A origem comum também pode ser relacionada a situações mediatas ou imediatas, fazendo com que a causa que ligue os indivíduos seja próxima ou remota. Neste sentido, quanto mais próxima esta ligação, mais evidente a homogeneidade do direito, ao passo que, quanto mais remota a causa, menos homogêneos serão os direitos.<sup>66</sup>

Portanto, também a homogeneidade é uma das características desta espécie de direito coletivo *lato sensu*. A massificação ou padronização de relações jurídicas e de lesões daí decorrentes trouxe consigo a necessidade de se estudar uma categoria de direitos que, se num primeiro momento poderiam ser vislumbrados como exclusivamente individuais, pela dimensão social e repercussão que externam, demandariam uma atuação jurisdicional coletiva. Assim, cria o legislador, nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., uma “ficção jurídica”, que “*atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea*”.<sup>67</sup> Para os autores, esta ficção jurídica seria considerar como coletivos direitos que, tecnicamente, teriam natureza individual.

Outra percepção externada acerca dos direitos individuais homogêneos seria a de Humberto Dalla, para quem a extensão social desta espécie de direitos decorre do fato de que, “*se diversas pessoas se encontram na mesma situação jurídica, automaticamente aquela situação passa a produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento jurídico a tutelar o direito como coletivo lato sensu*”.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo...* Op. cit. p. 12.

<sup>65</sup> Talvez esta tenha sido a razão de já se ter entendido que os direitos individuais homogêneos não seriam um terceiro gênero de direitos coletivos em sentido amplo, mas uma categoria que ora se enquadraria como direito difuso, ora como direito coletivo. Vide o estudo do RE nº 163.231-3/SP, na terceira parte, Capítulo 07. Entretanto, parece-nos que só seria possível chegarmos a esta conclusão se a divisibilidade não fosse critério distintivo entre as espécies, na medida em que direitos difusos e coletivos, como vimos, são considerados indivisíveis, ao passo que um dos traços marcantes dos direitos individuais homogêneos é a sua divisibilidade, seja possibilitando que o titular do direito busque individualmente a tutela jurisdicional, seja na fase de execução do julgado coletivo, onde são individualizadas as situações dos titulares e dividido o objeto do direito de acordo com esta individualização. De todo modo, não há como deixar de reconhecer a complexidade da questão ante à sutileza das distinções, onde não raro poder-se-ia verificar uma situação em que, o que seria a violação de um direito difuso, também seria para um determinado sujeito uma violação a um direito individual seu.

<sup>66</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages...* Op. cit. p. 31.

<sup>67</sup> DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 76.

<sup>68</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo...* Op. cit. p. 09.

Por tais lições, não se estaria exatamente diante de uma ficção jurídica, mas a extensão social do direito é que o caracterizaria como coletivo,<sup>69</sup> razão pela qual residiria na relevância social a principal peculiaridade dos direitos individuais homogêneos.<sup>70</sup>

Com entendimento um pouco diverso, o professor Teori Albino Zavascki, sustenta que

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados.<sup>71</sup>

No entendimento de Zavascki, a homogeneidade que permite a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos não obsta que seus titulares, por qualquer razão, busquem individualmente a satisfação de seu direito, seja em litisconsórcio com outros indivíduos na mesma situação (multitudinário ou não), seja litigando sozinhos. Por isso, sustenta que não seria uma possível uma generalização dos instrumentos de tutela de direitos coletivos para a tutela coletiva de direitos individuais, mesmo homogêneos. Assim, seriam aptos a promover a

<sup>69</sup> O Autor considera que, sendo um direito coletivamente tutelado, passa a ser indisponível em razão desta mesma extensão social, porquanto “aquele direito que se fosse concebido individualmente seria disponível, é alçado a uma condição superior, pois há todo um grupamento social interessado no deslinde daquela controvérsia”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo...* Op. cit. p. 09. Com relação à indisponibilidade, parece-nos que, se por um lado esta constatação levaria a um poder-dever dos legitimados ativos de atuação na tutela de tais direitos individuais homogêneos, por outro não levaria ao extremo de permitir que alguns legitimados, dentre os quais o Ministério Público, pudessem se utilizar das demandas coletivas para a tutela do direito de um único indivíduo, ausente a homogeneidade caracterizadora do direito como coletivo. O tema será melhor desenvolvido ao longo do estudo, mas exceção a esta hipótese seria no caso de previsão legal expressa, como ocorre com a proteção à infância e à adolescência, na qual o artigo 201, V da Lei nº 8.069/1990 atribuiu ao Ministério Público a promoção de ação civil pública para “a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos”, sem mencionar a homogeneidade como requisito para esta atuação, situação em que teríamos a anômala utilização de uma ação coletiva para a tutela de um direito individual heterogêneo.

<sup>70</sup> O já citado Projeto de Lei nº 5.139/2009, em sua parte inicial, tratou de definir os direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, e neste ponto parece-nos que houve uma ampliação um pouco descuidada do que poderia se considerar ou não relevante. Isto porque, se nos incisos do artigo 2º do projeto define-se direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos através de concepções já utilizadas pelos diplomas legais anteriores e pela maior parte da doutrina, o §1º do mesmo artigo dizia que a tutela coletiva “presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica”. Parece-nos que aqui há uma certa incoerência, especificamente com relação aos direitos individuais homogêneos. Como se está refletindo, um dos principais pontos de caracterização de um direito individual como homogêneo é a relevância social que reveste aquele direito ou interesse de modo a se identificar um grupo de pessoas em situação semelhante que, possivelmente, ou não teriam condições de conseguir individualmente a satisfação do seu direito, ou, justamente pela relevância social, o tratamento uniforme do tema seria imprescindível para a pacificação do ordenamento. A partir do momento em que se cria uma “presunção” de relevância para a tutela coletiva (o que seria até admissível quando diante de interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, uma vez que a relevância não seria um de seus critérios identificadores), abre-se um perigoso caminho para que boa parte dos direitos individuais venham a ser classificados como homogêneos, e, por conta disso, passem a ser tutelados por legitimados extraordinários sem que haja efetivamente uma relevância para tanto. Em outras palavras, se é certo que a ampliação dos instrumentos de tutela coletiva é salutar para o ordenamento, a fixação de conceitos jurídicos no próprio texto de lei não pode ser aberta a ponto de criar presunções justamente num dos elementos que melhor identifica um direito individual como homogêneo, que é a relevância social.

<sup>71</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo...* Op. cit. p. 39-40.

tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos: a) a ação coletiva; e b) o mandado de segurança.

Distingue-se, portanto, a ação civil coletiva prevista na Lei nº 8.078/90 da ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/85. Ainda que ambos os diplomas legais façam remissões recíprocas, a ação coletiva do diploma consumeirista teria características próprias, com uma fase executiva posterior (chamada por Zavascki de “ação de cumprimento”, onde ocorre a liquidação e a execução da sentença genérica), na qual os titulares dos direitos individuais homogêneos buscariam a satisfação de sua situação particular. Como mais uma vez ressaltam Fredie Diddier Jr. e Hermes Zaneti Jr.

[...] o pedido nas ações coletivas será sempre uma “tese jurídica geral” que beneficie, sem distinção, os substituídos. As peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente. [...] Como corolário desse entendimento, e ainda da precisa lição de que os direitos coletivos *lato sensu* têm dupla função material e processual e foram positivados em razão da necessidade de sua tutela jurisdicional, os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do ilícito. Trata-se de procedimento trifásico de efetivação da tutela jurisdicional...<sup>72</sup>

Pelas considerações feitas acerca dos direitos individuais homogêneos, percebe-se, inobstante os entendimentos em sentido diverso, que sua concepção é pautada na relevância social de determinadas situações em que a busca coletiva pela satisfação do direito não só é aconselhável como muitas vezes acaba sendo a única forma de tutela, seja pela fragilidade (*rectius*: hipossuficiência) dos titulares do direito, seja pela importância ao ordenamento da dimensão coletiva e social dos fatos ou das relações jurídicas correspondentes.

Como perspectivas para o futuro com relação a este tema, é de se notar que o citado Projeto de Lei nº 5.139/2009 não adotou a posição do professor Teori Albino Zavascki em distinguir os instrumentos processuais de tutela de acordo com a espécie do direito coletivo a serem perseguidos<sup>73</sup>. Entretanto, a rejeição do projeto torna ainda mais viva a discussão, notadamente para que sejam amadurecidas idéias com vistas a novas proposições legislativas.<sup>74-75</sup>

<sup>72</sup> DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 77-78.

<sup>73</sup> Em verdade, tentou-se consolidar num único diploma legal as diversas disposições legais esparsas no ordenamento, algo confirmado ao final do projeto com a previsão de revogação dos dispositivos destas leis referentes à tutela coletiva. Com relação aos direitos individuais homogêneos, tanto a ementa do projeto quanto o artigo 1º, V deixam claro que a ação civil pública passaria a contemplar expressamente a tutela destes direitos, fulminando eventuais controvérsias.

<sup>74</sup> Neste particular, não há como deixar de registrar que o Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009, do Presidente do Senado Federal, constituiu Comissão de Juristas para elaborar um anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Integram a Comissão Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. A referida Comissão além de realizar reuniões periódicas, promoveu audiências públicas em diversos Estados da Federação

## 2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

Tendo o presente estudo como fio condutor a ação civil pública, imperiosa será a análise de algumas questões fundamentais atinentes a este instituto. Não há nenhuma pretensão de esgotar controvérsias e debates sobre as questões processuais que o revestem, notadamente porque será priorizado o estudo desta ação tendo por objeto a implementação de políticas públicas, como já ressaltado.

Por outro lado, não há como prosseguir sem, ainda na primeira parte, abordar as principais questões processuais que revestem as ações civis públicas em que se discute a efetivação de políticas públicas. A interdisciplinaridade do tema (ainda maior quando tratarmos especificamente das ações envolvendo questões ambientais), notadamente pelo debate de aspectos como o novo papel do juiz diante de tais conflitos, a fundamentalidade de alguns direitos envolvidos, a separação de poderes e a legitimidade democrática para a implementação de políticas públicas, apenas reforça a necessidade de se pontuar uma série de situações relevantes.

A titularidade da ação civil pública em que se busca a implementação de políticas governamentais, situações envolvendo competência, a adequação do pedido e da causa de pedir, provimentos antecipatórios, dentre outros, não podem ficar de fora de nenhuma reflexão mais profunda do tema, razão pela qual adentraremos nestas questões para trazer ao leitor elementos de auxílio à discussão central.

---

para ouvir e debater sugestões de alteração do diploma processual civil. A previsão de entrega pela Comissão do anteprojeto ao Senado Federal é para o dia 08 de junho de 2010.

<sup>75</sup> É de se ressaltar que não está prevista pela Comissão a inclusão no Novo Código de Processo Civil de dispositivos tratando da tutela coletiva, até mesmo porque já havia Comissão estudando o tema, como já mencionado, e que levou ao Projeto de Lei nº 5.139/2009. Entretanto, conforme relatório parcial da Comissão, “*construiu-se a proposta de instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que o seu reconhecimento numa causa representativa de milhares de outras idênticas, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação primeira, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com largo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, trazendo uma solução de mérito consagrada do princípio da isonomia constitucional.*” Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc>>. Acesso em: 10 mai. 2010. Este incidente de coletivização (ou de coletividade, pois ainda não há um termo definitivo para o instituto), terá grande influência na tutela coletiva, principalmente em se tratando de direitos individuais homogêneos, na medida em que a identificação de “litígios de massa” que versam sobre um mesmo tema em muito se assemelha à identificação da relevância social capaz de ensejar a tutela coletiva dos direitos individuais. Ao menos em tese, a consolidação de entendimentos acerca de temas recorrentes no Poder Judiciário, além de reduzir o número de demandas, também evitará decisões contraditórias ou conflitantes sobre uma mesma questão, algo que inegavelmente traz à sociedade maior segurança jurídica e transparência.

## 2.1 A titularidade e as espécies de legitimidade

Pela literalidade da lei, as questões envolvendo a titularidade da ação civil pública, em princípio, não seriam tão controversas, mas não é o que mostra a realidade. Em sua redação original, o diploma legal não contemplava, por exemplo, a Defensoria Pública como órgão legitimado à propositura da ação (o que veio a ocorrer em 2007, com o advento da Lei nº 11.448,<sup>76</sup> que alterou o artigo 5º da Lei nº 7.347/85<sup>77</sup>), nem fazia qualquer exceção para relativizar a pré-constituição como requisito para legitimar as associações civis.<sup>78</sup>

Destarte, fala-se que a legitimação advinda da ação civil pública é concorrente e disjuntiva, destacando a maior parte da doutrina que se está diante de legitimidade extraordinária<sup>79</sup>. Neste ponto, conveniente indagar: será que sempre se estará diante de substituição processual? Será que a previsão de titularidade do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 traz idêntica situação processual a todos os legitimados? A questão não é recente, mas merece algumas considerações.

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.

A busca de um legitimado (passivo ou ativo, pessoa física ou jurídica, de caráter público ou privado) que represente os interesses do grupo em juízo de uma forma adequada é um dos aspectos mais polêmicos da tutela jurisdicional coletiva. Apresenta-se, por tanto, como verdadeiro ponto de resistência no transplante da tutela individual, em que o indivíduo é soberano sobre o direito de demandar e defender, e a tutela metaindividual, na qual o interesse público exige uma nova configuração desses poderes.<sup>80</sup>

Sabe-se que a tradicional distinção de legitimidade ordinária e extraordinária é pautada na análise da pertinência subjetiva da ação, vale dizer, a correlação entre o titular do direito material e aquele que exerce o direito de ação: quando o autor de uma ação é o próprio titular do direito subjetivo, temos a legitimação ordinária; quando a busca jurisdicional da

<sup>76</sup> BRASIL. Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jan. 2007.

<sup>77</sup> Sobre o tema, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas*: primeiras impressões e questões controvertidas. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>>. Acesso em: 20 mar 2009.

<sup>78</sup> O que foi modificado com o advento da Lei nº 8.078/90, que pacifica a questão introduzindo o §4º no artigo 5º da Lei nº 7.347/85: “O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. Outrossim, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, em sua versão original, expressamente reiterava a hipótese no artigo 6º, §1º.

<sup>79</sup> Por todos, veja-se DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 203-204.

<sup>80</sup> DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 195.

tutela do direito é feita por terceiro, alheio à relação de direito material, se está diante de legitimação extraordinária.<sup>81</sup>

Também é comum ser destacado que a legitimidade extraordinária não se confunde com a substituição processual, sendo esta, em verdade, uma modalidade daquela. Assim, só se estaria diante de substituição quando o legitimado extraordinário não atuasse em conjunto com o titular do direito material.<sup>82</sup>

Por outro lado, diante da tutela coletiva, vimos que a identificação dos titulares do direito material não é questão simples, e que a sua determinação ou indeterminação influencia na própria espécie de direito coletivo. Havia quem sustentasse, por exemplo, que as entidades civis, na defesa de direitos supra-individuais ligados aos fins associativos, exerceria legitimidade ordinária. Assim, quando constatado algo distinto da mera soma dos interesses individuais, qualitativamente diverso e atribuível à própria associação, estar-se-ia diante de legitimação ordinária.<sup>83</sup>

Entretanto, com o advento da Lei nº 7.347/85, esta construção não se mostrou necessária, notadamente porque no rol do artigo 5º, situações há em que se pode identificar uma coincidência entre o titular da ação e o titular do direito material, e outras em que não há esta correlação, sendo típicas hipóteses de legitimidade extraordinária.<sup>84</sup>

Outros ponderam que, em verdade, a distinção entre legitimidade ordinária e extraordinária não seria critério seguro quando diante da tutela coletiva.<sup>85</sup> Neste sentido, Nelson Nery Junior, ressaltando uma espécie de legitimação autônoma para a condução do processo (de caráter objetivo, independente da relação jurídica processual) preceitua que

---

<sup>81</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 108-110; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 196.

<sup>82</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Op. cit. p. 110.

<sup>83</sup> Neste sentido, WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesse difusos: a legitimação para agir*, in GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

<sup>84</sup> Conforme noticiam DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 198, o próprio professor Kazuo Watanabe reconsiderou sua posição com o advento da lei, ante à possibilidade de atuação de tais associações em regime de substituição processual. WATANABE, Kazuo. *Processo Civil e interesse público: introdução*, in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 18.

<sup>85</sup> O professor Rodolfo de Camargo Mancuso, citando Luiz Guilherme Marinoni, destaca que “a noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária”. Assim, para os doutrinadores citados, a tradicional bifurcação da legitimidade em ordinária e extraordinária seria insuficiente no estudo do tema em sede de direitos transindividuais, posição que, de fato, apresenta-se bastante coerente. Veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 688-689 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

A dicotomia clássica legitimidade ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quanto a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito.[...] a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo: a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.<sup>86</sup>

Mais uma vez, aqueles que sustentam tratar-se de legitimidade extraordinária refutam as considerações acima entendendo que a legitimação autônoma seria “*uma busca alternativa ao intrincado (e muitas vezes fugidio à lógica formal) instituto da substituição processual*”,<sup>87</sup> sendo certo que o sistema jurídico brasileiro acabou por adotar a substituição processual exclusiva e autônoma, de modo a possibilitar a tutela dos direitos coletivos por agentes que entendeu mais bem aparelhados para a ação.

Como dito, trata-se de legitimação extraordinária concorrente e disjuntiva. Concorrente na medida em que não há um único legitimado exclusivo a tutelar os direitos coletivos, o que fica bastante claro na lei. Disjuntiva na medida em que, apesar de concorrente, cada ente legitimado à tutela jurisdicional pode exercê-la independentemente da vontade dos demais co-legitimados.

Não fugindo das premissas inicialmente fixadas de tratar dos pontos relacionados à ação civil pública que tem por objeto a implementação de políticas públicas, serão abordados em tópicos próprios a legitimidade e a atuação das pessoas jurídicas de direito público, bem como do Ministério Público.

Quanto à legitimidade dos demais legitimados (A Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados, entidades sindicais e de fiscalização, partidos políticos, associações civis e fundações privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista), inobstante as oscilações doutrinárias mencionadas, parece-nos mais adequada a posição que entende se tratar de legitimação extraordinária, ocorrendo substituição processual na qual se tutela em nome próprio interesse alheio.

Muito embora em alguns destes casos a pertinência temática seja fundamental para evitar o exercício abusivo ou mesmo inadequado do direito de ação por parte de legitimados que nem sempre estariam diretamente envolvidos com alguns direitos coletivos, entendemos que tal correspondência não significaria, necessariamente, que aqueles legitimados seriam

---

<sup>86</sup> NERY JR., Nelson. *Mandado de segurança coletivo*, in *Revista de Processo* v. 15, n. 57. São Paulo, jan./mar. 1990. p. 157. Também admitindo a legitimidade autônoma para a tutela coletiva, GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas...* Op. cit. p.41.

<sup>87</sup> DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 202.

titulares da relação jurídica de direito material. Como em regra não são, caracterizada estaria a sua atuação como legitimados extraordinários.

### 2.1.1 A atuação das pessoas jurídicas de direito público

Já com relação à atuação das pessoas jurídicas de direito público, o tema legitimidade ganha contornos relativamente particulares. Aqui, há casos em que se pode identificar situações nas quais a lesão ou ameaça de lesão a direito se refere diretamente ao ente público, e outras em que a sua atuação decorre do *munus* de tutelar interesses e direitos da sociedade.

No primeiro caso, a ofensa direta ao patrimônio ou ao interesse público do ente traz inegável coincidência entre a titularidade da relação de direito material e o exercício do direito de ação (como por exemplo, quando a União ingressa com ação civil pública por conta de danos ambientais causados a um rio que corta diversos Estados – ainda que haja o direito difuso da sociedade em obter o retorno ao *status quo ante*, há um direito material do ente público em obter a reparação de seu patrimônio lesado). Deste modo, quando as pessoas jurídicas de direito público são diretamente lesadas, conclui-se que sua atuação através da ação civil pública será decorrente de legitimidade ordinária.

Há quem sustente que a Fazenda Pública, ao tutelar em juízo direitos difusos, invariavelmente estaria exercendo legitimação ordinária, porque a Constituição lhe estaria organicamente atribuindo um direito subjetivo. Em outras palavras, o Estado seria o titular do direito subjetivo decorrente da relação material em tema de interesses difusos.<sup>88</sup>

Assim não nos parece. Como já visto no Capítulo 1, a amplitude dos direitos transindividuais, especialmente os direitos difusos, e a indeterminação que os reveste, evidenciam melhor a idéia de que é a sociedade a titular destes direitos no plano da relação material, sendo certo que é na dificuldade de representação judicial adequada para a tutela de tais direitos que o ordenamento confere aos legitimados extraordinários a possibilidade de atuação. Conferir aos entes públicos a titularidade de um direito subjetivo que nem sempre a eles estará relacionado no plano material não nos soa como a conclusão mais adequada.

---

<sup>88</sup> É o que pensa FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação civil pública em tutela de direitos difusos: condições da ação – indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos*, in MILARÉ, ÉDIS (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 487-504.

Temos, pois, que se por um lado não há dúvidas de que em certas situações os entes públicos atuam como legitimados ordinários porque diretamente lesados, em outros casos a sua atuação ocorre do mesmo modo que a dos demais legitimados mencionados no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, em substituição processual à própria sociedade.

O ponto relevante ao tratar da legitimidade dos entes públicos não está apenas ligado à espécie de legitimidade (até mesmo porque esta distinção, neste caso, tem pouca consequência prática). Em verdade, para o tema central é forçoso constatar que a atuação das pessoas jurídicas de direito público em juízo é ínfima quando diante de situações que afrontam os direitos transindividuais.

Tal quadro decorre fundamentalmente de três situações: a primeira delas está no princípio da autotutela (que permite à Administração Pública invalidar seus próprios atos quando revestidos de ilegalidade) e na auto-executoriedade dos atos administrativos que, atrelados ao exercício do poder de polícia, permitem ao Estado intervir diretamente na esfera particular quando constata a violação de direitos transindividuais, tornando muitas vezes desnecessária a busca estatal pelo Poder Judiciário.

Ocorre que nem sempre esta intervenção ocorre de modo satisfatório sem o auxílio do Estado-juiz, seja pelo risco de afronta a valores igualmente fundamentais em face dos quais não estaria o Estado-administração legitimado a exercer seu poder de polícia, seja pela omissão em dar cumprimento às suas finalidades institucionais. Assim, a segunda situação que retrata a baixa utilização pelos entes públicos da ação civil pública é a omissão no exercício do seu poder de polícia.

Como terceira justificativa para este panorama está a constatação de que o próprio Poder Público muitas vezes é o suposto causador das lesões ou ameaças de lesões a direitos transindividuais e individuais homogêneos. Neste caso, que por sinal envolve boa parte das questões levantadas em nosso estudo, a presença dos entes públicos figurando na relação processual de uma ação civil pública é constante, mas não como legitimados extraordinários para tutelar interesses da sociedade, e sim como legitimados passivos, réus nas ações propostas pelos demais substitutos processuais.

Seja por omissão em prestações positivas, causando afronta a direitos fundamentais, seja pelo exercício abusivo de um interesse público, seja ainda pela omissão no exercício de fiscalização dos particulares, fato é que a judicialização de questões no Brasil em boa parte decorre de falhas dos entes públicos na sua precípua missão de assegurar a efetividade de direitos transindividuais e individuais homogêneos. Não por acaso, desponta o Ministério Público como o principal legitimado para a tutela coletiva no ordenamento pátrio.

### 2.1.2 A atuação do Ministério Público: sua missão constitucional, legitimação e limites

Se por um lado é tímida a utilização da ação civil pública pelas pessoas jurídicas de direito público, em sentido totalmente inverso vem sendo a atuação do Ministério Público, tanto na tutela dos direitos coletivos de uma forma geral quanto naqueles relacionados à implementação de políticas públicas.

Não há dúvidas acerca de sua crescente importância na garantia da ordem jurídica e do próprio Estado Democrático de Direito, o que não afasta o dever de se ponderar que, sendo um órgão de atuação integrante de uma República Federativa na qual o princípio da separação de poderes institui mecanismos de controle capazes de assegurar equilíbrio e evitar distorções, também a sua atuação deve estar pautada em critérios e limites.

Num primeiro momento, analisando sua evolução constitucional, como bem já ressaltou José Afonso da Silva:

A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a Lei nº 1.030, de 1890, já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.<sup>89</sup>

Diante de tal quadro, verifica-se que historicamente nunca houve um consenso acerca da posição mais adequada para o Ministério Público dentro de um sistema tripartite de Poderes. Exatamente por isso, ora era tratada a instituição como integrante do Poder Judiciário, ora do Poder Executivo, até que a Carta Política de 1988 o previu autonomamente. Como um “órgão de elevado status constitucional”, um “quase quarto Poder”,<sup>90</sup> fato é que sua relevância no ordenamento pátrio é incontestável, sendo certo que o legislador constituinte trouxe uma ampliação de atribuições justamente para proporcionar maior controle na consecução de finalidades públicas e efetivação de direitos pelos demais Poderes.

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 553-558.

<sup>90</sup> Para CARNEIRO, Paulo César Pinheiro (*O Ministério Público no processo civil e penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.52): “O sistema da nova Constituição quanto às funções cometidas ao MP, seus princípios, suas garantias e seus direitos e deveres projetam a instituição, no cenário nacional, como verdadeiro poder autônomo.” Já para MAZZILLI, Hugo Nigro (*Regime jurídico do Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 67-69) o legislador constituinte de 1988 optou por “conferir um elevado status constitucional ao Ministério Público, quase erigindo-o a um quarto poder: desvinculando a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário.”

O cerne da questão, como já se adiantou, está em delimitar o campo de sua atuação, que se sabe ser vastíssimo, de modo a não caracterizar uma ingerência indevida ou mesmo abusiva no exercício deste controle.

Prevê o Texto Constitucional vigente em seu artigo 127 que o Ministério Público “*é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*” Prossegue no artigo 129, III, aduzindo que dentre suas funções institucionais está a de “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”.

Tais disposições levam diversos doutrinadores a apontar uma ampla e irrestrita legitimidade do órgão ministerial para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. Entretanto, apesar de não ser um tema absolutamente recente (até porque, como já mencionado, a Lei nº 7.347/85 completa 25 anos de vigência), diversas são as questões que se colocam envolvendo a atuação do *Parquet* nas ações civis públicas: haveria efetivamente uma legitimidade do Ministério Público para a tutela de todos os direitos coletivos? A própria Constituição Federal consagra uma legitimidade irrestrita ou sua fundamentação deve ser buscada num conjunto normativo infraconstitucional? Sua atuação seria supletiva, complementar ou indispensável em toda e qualquer situação? O critério da indisponibilidade do direito englobaria todo e qualquer direito coletivo? Ou melhor, sempre que se estiver diante de direitos coletivos *lato sensu* estar-se-á diante de direitos indisponíveis, ou haveria direitos individuais homogêneos disponíveis?

Para responder tais questionamentos, adentrar na questão da titularidade parece caminho necessário. Deve-se ter em mente que foi através de casos concretos com que se deparou o Poder Judiciário que se desenvolveram argumentos de balizamento da legitimidade de atuação do órgão ministerial para os mais variados temas, dentre os quais os selecionados para análise específica na terceira parte do presente trabalho.

Por outro lado, entretanto, o próprio termo “ação civil pública” modificou-se ao longo do tempo, o que também trouxe alguma confusão no estudo da titularidade do *Parquet*. Veja-se que originariamente, na anterior Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, pretérita, portanto, à Lei nº 7.347/85 e à Constituição Federal de 1988) falava-se em ação civil pública com o sentido de ações de natureza “não-penais” manejadas pelo órgão ministerial, numa distinção simples e sem maior repercussão.

Entretanto, o advento da Lei nº 7.347/85 modificou um pouco esta concepção, nomeando de ação civil pública aquela destinada à tutela jurisdicional envolvendo a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, não restringindo a sua legitimação ao órgão ministerial. Ao revés, como já estudado, trouxe ampla legitimidade também a entes da Administração Pública Direta e Indireta, além das associações privadas (e, mais recentemente, à Defensoria Pública, por força das alterações promovidas pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007), o que apenas intensificou a necessidade de se estudar o papel do Ministério Público na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

A primeira discussão que se travou relacionava-se com a fonte normativa de legitimidade para a atuação do Ministério Público. A Constituição Federal ampliou sensivelmente a importância do órgão ministerial na manutenção da ordem jurídica e do regime democrático, mas, expressamente, não previu, por exemplo, a atuação do *Parquet* na tutela de direitos individuais homogêneos. Certo é que o Texto Maior fala em “*interesses sociais e individuais indisponíveis*”, porém já se viu que é polêmico o enquadramento dos interesses individuais homogêneos indisponíveis em toda e qualquer situação.

Muito embora o entendimento que tenha prevalecido seja pela possibilidade de o Ministério Público atuar também na tutela de tais direitos, uma certa confusão quanto ao embasamento normativo de tal posicionamento pôde ser identificada não apenas no plano acadêmico, mas inclusive em decisões judiciais<sup>91</sup>. Ora buscou-se uma interpretação ampliativa do Texto Constitucional para dizer que os direitos individuais homogêneos “*em verdade, não se constituem como um tertium genus, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos*”,<sup>92</sup> ora reconheceu-se que não seria a Constituição Federal a fonte legitimadora da atuação do *Parquet* na tutela de direitos individuais homogêneos.<sup>93</sup>

Analisando o tema com cautela, é certo que, muito embora se constate a ampliação da relevância constitucional do Ministério Público no ordenamento, não há efetivamente disposição expressa na Carta de 1988 quanto à tutela de direitos individuais homogêneos, mas

---

<sup>91</sup> Vide o estudo do RE nº 163.231-3/SP, na terceira parte, Capítulo 07, envolvendo o reajuste de mensalidades escolares (7.3.1).

<sup>92</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 163.231-3/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 26/02/1997, DJ de 29/06/2001. Trecho do voto proferido pelo Relator. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=163231&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jul 2009.

<sup>93</sup> Vide o voto do Ministro Carlos Velloso, no mesmo julgado.

sim a previsão de atuação quando diante de direitos indisponíveis. Aqui mais uma dúvida: o critério da indisponibilidade do direito equivaleria à atuação em direitos individuais homogêneos? Parece-nos que não.<sup>94</sup>

Tratando do tema, o professor Teori Albino Zavascki menciona que não houve inovação no diploma consumeirista ao prever a tutela pelo Ministério Público de direitos individuais homogêneos, na medida em que outras lei assim já dispunham (como por exemplo, a Lei nº 7.913/89<sup>95</sup> e a Lei nº 6.024/74<sup>96</sup>). De todo modo, questiona:

Como justificar a legitimidade dessas normas de legitimação, sob o ponto de vista constitucional, se a própria Constituição reserva ao Ministério Público, no que se refere a direitos individuais, apenas a atribuição de tutelar os que têm natureza indisponível (CF, art. 127)? Como, por outro lado, sustentar, constitucionalmente, a legitimidade do Ministério Público para promover outras demandas em defesa de direitos individuais homogêneos, além daquelas autorizadas, de modo expresse, pelo legislador ordinário? Em que condições e em que limites seria admitida essa espécie de legitimação?<sup>97</sup>

Para Zavascki, na medida em que o texto constitucional atribui ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais, esta previsão confundir-se-ia com o próprio interesse público, apto a legitimar a sua atuação.<sup>98</sup>

Não se sustenta no presente trabalho a impossibilidade de atuação do Ministério Público na tutela de direitos individuais homogêneos, em absoluto. Ao revés, a evolução do Estado Democrático de Direito Brasileiro sem dúvida alguma decorreu da enorme contribuição do *Parquet* no controle das omissões estatais envolvendo não apenas direitos fundamentais.

Outros direitos que, se individualmente considerados não seriam adequadamente tutelados no campo jurisdicional pelo legitimado ordinário, revestem-se de relevância social significativa, ensejando a atuação extraordinária de outros legitimados com melhor estrutura para atuar em juízo, donde se infere a efetiva atuação do órgão ministerial. Quer-se ressaltar é a cautela que se deve ter com um estudo técnico da tutela de direitos coletivos *lato sensu* e dos institutos processuais utilizados para sua concretização.

---

<sup>94</sup> Veja-se as considerações feitas no Capítulo 01 acerca dos direitos individuais homogêneos.

<sup>95</sup> BRASIL. Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 dez. 1989.

<sup>96</sup> BRASIL. Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 mar. 1974.

<sup>97</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo...* Op. Cit. p. 241.

<sup>98</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo...* Op. Cit. p. 245.

O diploma consumerista, ainda, alterando a Lei nº 7.347/85, fez remissão recíproca entre as leis, permitindo a aplicação supletiva de uma à outra naquilo em que não haja incompatibilidade,<sup>99</sup> reforçando o entendimento acerca da ampla possibilidade de o *Parquet* atuar na defesa de todo e qualquer direito individual homogêneo, o que se sustenta principalmente pela expressa previsão da Lei Orgânica Nacional da instituição, que não sofreu qualquer controle de constitucionalidade ou restrição a esta legitimação.

Portanto, não há dúvidas de que o conjunto infraconstitucional formado pela Lei nº 7.347/85, pela Lei nº 8.078/90 e pela Lei nº 8.625/93<sup>100</sup> traz ampla legitimidade de atuação do Ministério Público na tutela de direitos coletivos *lato sensu*, corroborando sua missão constitucional estatuída no artigo 127 do Texto Maior que, apesar de não prever expressamente a tutela de direitos individuais homogêneos, também não é refratário às previsões legais neste sentido.<sup>101</sup>

Ressalva pertinente do professor Zavascki, entretanto, no que diz respeito à execução da ação civil coletiva prevista no diploma consumerista:

Em contrapartida, todavia, não há como supor legítima, sob o enfoque constitucional, a atuação do Ministério Público na fase de execução dessas sentenças, em benefício individual dos lesados. Ainda quando promovida coletivamente, como prevê o art. 98 da Lei 8.078/90, a execução da sentença – que foi genérica – será destinada à satisfação de direitos e interesses particulares. A ação executiva dependerá de iniciativa dos lesados, sendo promovida, assim, em regime de representação e não de substituição processual, e, quando coletiva, será em genuíno litisconsórcio ativo facultativo. Ora, nessa dimensão pessoal, a defesa de direitos subjetivos individuais e disponíveis é expressamente vedada aos agentes do Ministério Público, a teor do que dispõe, *contrario sensu*, o mesmo art. 127 da Constituição de 1988. [...] Ressalva-se, no particular, a execução prevista no art. 100 desse Código, já que o produto de indenização, na hipótese, não será destinado à satisfação individual dos lesados, mas será revertido em favor de um fundo, criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85, onde será gerido e aplicado no interesse comunitário.<sup>102</sup>

A relevância de atuação do *Parquet* também se faz presente na tutela de direitos indisponíveis. Como se sabe, trata-se de situações nas quais os bens jurídicos tutelados, tal a sua relevância, não podem sequer ser objeto de disposição por seus titulares, e na maior parte

<sup>99</sup> Neste sentido, o artigo 21 da Lei nº 7.347/85: “*Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*”, e o artigo 90 da Lei nº 8.078/90: “*Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.*”

<sup>100</sup> BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 fev. 1993.

<sup>101</sup> Seguindo o mesmo sentido, o Projeto de Lei nº 5.139/2009 consagrava no seu artigo 2º a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos através do instituto processual da ação civil pública, conferindo no artigo 6º legitimidade ao Ministério Público para utilizá-la, concorrentemente com outros legitimados. Tal previsão no anteprojeto demonstra a tendência dos estudiosos sobre o tema em pacificar a questão nesta direção, admitindo uma ampla legitimação do órgão ministerial.

<sup>102</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo...* Op. cit. p. 247.

das vezes, estarão relacionados com direitos fundamentais<sup>103</sup>. Em determinados casos, alguns destes direitos indisponíveis também acabam sendo objeto de tutela coletiva, seja porque traduzem-se em direitos difusos, seja porque pela sua relevância caracterizam-se como direitos individuais homogêneos indisponíveis, ensejando a necessária intervenção do órgão ministerial.

O que também parece necessário no estudo do tema é analisar de que modo a titularidade para a utilização da ação civil pública deve ser exercida sem que haja intervenção indevida nos demais Poderes e sem que haja inibição na atuação do próprio titular do direito individual.

Como destacado pelo professor Leonardo Greco:

O fundamental na ação de iniciativa do Ministério Público é que, de um lado, a sua função assistencial não se exerça em prejuízo da liberdade individual, e de outro, a sua função interventiva se exerça efetivamente na defesa de valores sociais fundamentais e inalienáveis, no interesse de toda a coletividade, e não sirva como instrumento de opressão ou dominação de uns cidadãos sobre outros.<sup>104</sup>

De acordo com o jurista, em verdade a legitimidade do Ministério Público seria supletiva, na medida em que deveria ser exercida de modo a complementar a atuação dos legitimados ordinários na efetivação dos direitos em jogo, devendo assumir o *Parquet* uma função mais assistencial do que propriamente “pró-ativa”. Exatamente por isso, muito se destaca no sentido de que a clássica divisão em legitimidade ordinária e extraordinária não se adequaria perfeitamente às ações coletivas, sendo este um dos exemplos mais claros (vide nota nº 85).

Outrossim, no que se refere a esta atuação supletiva, é de se destacar que a função assistencial, ao menos em tese, pode ser exercida pela Defensoria Pública, promovendo a representação judicial do titular do direito nas hipóteses em que não se mostre absolutamente necessária a tutela coletiva. De todo modo, sabe-se que raros são os Estados da Federação em que a estruturação da Defensoria Pública se mostra adequada a garantir aos assistidos uma efetiva representação judicial.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Vide nota nº 69.

<sup>104</sup> GRECO, Leonardo. *A titularidade da ação civil pública*, in Coleção Ensaios Acadêmicos. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1998. p.12.

<sup>105</sup> No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, em que se tem uma das Defensorias Públicas de Estado mais bem estruturadas do país, ainda assim o enorme volume de assistidos muitas vezes faz com que a assistência judiciária nem sempre ocorra com o grau de especificidade que a relevância dos direitos em jogo muitas vezes demanda. Também aqui não há nenhum intuito de tecer qualquer crítica à instituição, que por sinal realiza brilhante mister inobstante os escassos recursos que a ela são destinados, mas fato é que, na ausência de uma representação adequada para direitos que se revistam de relevância social, a atuação supletiva do *Parquet* torna-se não apenas desejável, mas fundamental.

Atualmente, sabemos que a própria Defensoria Pública possui legitimidade para tutelar direitos coletivos *lato sensu* através da ação civil pública, como já ressaltado em momento anterior, mas, pelas razões acima expostas, notadamente a sobrecarga de demanda de assistidos, ao que parece a atuação na tutela coletiva pela Defensoria ainda se mostra maior diante de direitos individuais homogêneos (v.g., envolvendo relações de consumo), do que na defesa de direitos coletivos *stricto sensu*. Assim, vê-se que a atuação do órgão ministerial ainda se mostra necessária.

De todo modo, insistimos que uma atuação supletiva do *Parquet* aparenta ser mais adequada, principalmente diante de direitos individuais homogêneos, considerando que nestes é possível a individualização de titulares que, em regra, podem buscar a satisfação de seus direitos, posição que se reforça quando diante de direitos disponíveis.

Por outro lado, é bem verdade que a judicialização da política decorreu principalmente da omissão estatal em adimplir prestações positivas, inclusive de natureza constitucional, levando à necessária intervenção do Poder Judiciário para assegurar a efetivação de tais direitos. Então, o que naturalmente já seria uma atuação supletiva (pois a própria busca pelo Estado-juiz deveria ser “subsidiária”) passou a ser fundamental; os mecanismos de controle entre os Poderes passaram a se fazer necessários não apenas para a efetivação de direitos fundamentais, mas para a implementação de diversas outras prestações positivas, dentre as quais as políticas públicas.

Como veremos, a dificuldade está em ponderar os limites de atuação não apenas do Poder Judiciário, que dispõe de certa margem de escolha na decisão dos chamados *hard cases*, mas também do Ministério Público, pois sua atuação deve revestir-se de cautelas para que o excesso não traga consigo, além de uma possível satisfação de direitos, a violação de outros.

Como leciona o professor Paulo César Pinheiro Carneiro, a atuação do órgão ministerial nas ações civis públicas é pautada na obrigatoriedade e na indisponibilidade, não havendo margem de escolha quando presentes os fundamentos legais e fáticos para sua atuação: se há inclusive a previsão legal de que substitua entes privados que não deram o correto seguimento ao feito, com muito mais razão nas ações decorrentes de inquérito instaurado pelo próprio *Parquet*, havendo elementos capazes de buscar junto ao Estado-juiz a tutela coletiva, deve ele assim proceder.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal...* Op. cit. p. 23-24.

Entretanto, o ponto de tensão diz respeito a temas sensíveis que trazem controvérsias sobre a própria legitimidade democrática do Poder Judiciário para apreciá-los, imiscuindo-se em questões que, em princípio, estariam afetas a outros Poderes. A adequação dos pedidos formulados, a demonstração da urgência para que não caracterize *periculum in mora* inverso, estas são algumas questões que serão vistas adiante neste capítulo para demonstrar que a tensão entre os Poderes também envolve a atuação do *Parquet*.

Sendo o Ministério Público órgão constitucional que não é composto de membros eleitos democraticamente pelos cidadãos, a sua atuação igualmente deve se revestir de limites que não adentrem à esfera de atribuição dos demais Poderes, excepcionando-se, entretanto, as situações nas quais o bem jurídico tutelado seja tão relevante que o constitucional princípio da separação de Poderes possa ser relativizado. O tema será melhor ilustrado na Parte III.

## **2.2. O desenvolvimento processual**

### **2.2.1. Objeto e pedido**

Analisando as disposições da Lei nº 7.347/85, vê-se que hoje o objeto de tutela judicial da ação civil pública é bastante vasto. Entretanto, em sua redação original, a lei contemplava o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve sensível ampliação deste rol, considerando a disposição do artigo 129, III para atribuir ao Ministério Público a promoção de ação civil pública para a tutela de outros interesses difusos e coletivos. Alterações posteriores feitas diretamente na Lei nº 7.347/85<sup>107</sup> corroboraram esta ampliação, além do que

---

<sup>107</sup> A Lei nº 7.347/85 foi alterada pelos seguintes diplomas legais: Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (diversas alterações relacionadas ao “microsistema” de tutela coletiva); Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências (acrescentou o inciso V ao artigo 1º para contemplar a infração à ordem econômica como objeto de tutela); Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (promoveu alterações nos artigos 1º e 4º no que tange à ordem urbanística); Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (além de promover alterações nos incisos do artigo 1º, incluiu um polêmico parágrafo único para dispor que não podem ser tuteladas pela ação civil pública pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados); Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências (alterou a redação do artigo 16

o advento de leis esparsas admitindo a tutela de determinados bens jurídicos através da ação civil pública acabou demonstrando a importância deste instituto processual na tutela coletiva de direitos.<sup>108</sup>

A ação civil pública é utilizada para a tutela de direitos transindividuais (e mesmo direitos individuais homogêneos) relacionados a valores escolhidos pelo legislador como relevantes. Atendo-nos à Lei nº 7.347/85, seriam todos os temas previstos no artigo 1º do referido diploma questões de ordem pública? Estariam sempre relacionados a direitos fundamentais? Tais indagações serão enfrentadas ao longo do trabalho, mas desde já evidenciam a importância do estudo da causa de pedir e do pedido nestas ações.

Vimos que a tímida atuação dos entes públicos no pólo ativo da demanda coletiva traz ao Ministério Público grande destaque de atuação. Some-se o fato de que as pessoas de direito privado, seja pela ausência de “poder requisitório”<sup>109</sup> ou por ausência de uma estrutura capaz de proporcionar uma representatividade adequada, acabam preferindo “noticiar” ao órgão ministerial para que este exerça o direito de ação, a ingressarem diretamente em juízo. Esta a principal razão pela qual a participação do *Parquet* nas ações envolvendo políticas públicas também acaba sendo objeto de estudo.

Ora, sendo o principal litigante e deflagrador da ação civil pública, inevitável analisar se nesta atuação há uma preocupação em se adequar os pedidos realizados tanto com a causa de pedir quanto com aquilo que se pretende de fato. Considerando que, como já visto, os entes públicos são frequentemente os demandados nas ações civis públicas, esta adequação se mostra ainda mais relevante.

---

estabelecendo “limites territoriais” à coisa julgada); Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública.

<sup>108</sup> Apenas a título de ilustração, diversas foram as leis que, supervenientes à Lei nº 7.347/85, ampliaram o objeto de tutela da ação civil pública. Dentre elas: a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências); Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989 (dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários); Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências); Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências); Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994 (dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários, e dá outras providências); Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. (dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências); Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências).

<sup>109</sup> Lei nº 7.347/85, art. 10: “*Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.*”

Como será visto adiante no estudo dos provimentos antecipatórios, é fundamental na tutela coletiva que se tente inicialmente buscar a precaução e a prevenção de danos, em regra através de obrigações de fazer (ou não fazer) e tutelas específicas. Sendo inviável evitar a ocorrência da lesão ao direito, aí sim se tenta o retorno ao *status quo ante*, ou, em último caso, a reparação.

Quando diante de controle de constitucionalidade das leis através de ação direta, é comum a menção pelos constitucionalistas ao que seria uma “causa de pedir aberta”, ou seja, verificando o Supremo Tribunal Federal que outras inconstitucionalidades existem ao apreciar uma ação direta, ainda que estas não tenham sido ventiladas no pedido inicial, podem ser apreciadas, estendendo-se os efeitos da decisão inclusive ao ponto antes não suscitado<sup>110</sup>.

Em sede de ação civil pública, há uma tendência doutrinária e mesmo jurisprudencial não exatamente no sentido de permitir uma apreciação *ultra petita* pelo julgador, mas de admitir a ampliação do objeto da ação no seu curso (evidentemente que, abrindo-se o exercício do contraditório e da ampla defesa aos demandados<sup>111</sup>), bem como no sentido de admitir pedidos que, sob uma análise mais rigorosa, seriam de difícil controle de execução pelo Poder Judiciário.<sup>112</sup> Havia previsão no Projeto de Lei nº 5.139/2009 neste sentido, demonstrando que a preocupação com a tutela de direitos transindividuais leva à busca por

<sup>110</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 1.358 MC/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgado em 07/12/1995, DJ de 26/04/1996: “DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE [...]1. Na ação direta de inconstitucionalidade cujo processo é objetivo, não ‘inter-partes’, a ‘causa petendi’ pode ser desconsiderada e suprida, por outra, pelo STF, segundo sua pacífica jurisprudência. 2. hipótese em que o Tribunal, pelas razões expostas no voto do Relator, considera preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação (‘fumus boni iuris’) e do risco da demora (‘periculum in mora’), reforçadas pela alta conveniência da Administração Pública, e, por isso, defere, ‘ex nunc’, a medida cautelar de suspensão da lei n. 913, de 13.09.1995, do DF.” Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=adi%20mc%201358&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jan 2010. Veja-se ainda: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 372535 AgR-ED/SP. 1ª Turma. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 09/10/2007, DJe de 10/04/2008: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CPMF. CONSTITUCIONALIDADE. O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque **as ações diretas de inconstitucionalidade possuem causa de pedir aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados** (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). Embargos de declaração rejeitados.” (grifo nosso). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=causa%20e%20de%20e%20pedir%20e%20aberta&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

<sup>111</sup> “É preciso, porém, fazer uma observação: a interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir só será lícita se, antes, em homenagem aos princípios da cooperação e do contraditório, o magistrado der às partes oportunidade para manifestar-se sobre essa nova concepção. Sem essa providência, a decisão poderá ser invalidada”. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 298.

<sup>112</sup> V.g., a implementação de um empreendimento com risco de degradação ambiental, com a apresentação em juízo de cronogramas executivo e financeiro, supervisão dos órgãos ambientais competentes, prazos para conclusão, dentre outros pormenores, tornando o julgador muitas vezes um típico administrador.

quase todo e qualquer tipo de pretensão capaz de evitar a ocorrência de lesão a tais direitos, ou tentar repará-los integralmente.<sup>113</sup>

Se por um lado trata-se de medida que tem o mérito de trazer ao Poder Judiciário mecanismos de satisfação de tão relevantes direitos, por outro traz consigo o risco de abusividades quando o litigante ou o próprio julgador se excedem no mister de que dispõem para tentar solucionar o caso concreto. Vemos, assim, na própria formulação dos pedidos das ações civis públicas e na narrativa das causas de pedir o embrião da discussão acerca da legitimidade democrática tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário para o trato com as políticas públicas.

Sabe-se que a independência funcional é garantia constitucional inderrogável de Magistrados e Promotores no exercício de suas atribuições, o que inclusive assegura a imparcialidade na atuação. Entretanto, a diversidade de entendimentos muitas vezes é refletida em demandas um tanto quanto mal formuladas, seguidas posteriormente de provimentos jurisdicionais igualmente inadequados, trazendo como conseqüências não apenas a demora na solução do caso concreto, mas o próprio desperdício de dinheiro público com providências não raro inúteis ou descabidas.

Haverá oportunidade de se constatar mais à frente que tal situação não é a regra. Entretanto, não há como deixar de ponderar que uma excessiva abertura tanto da causa de pedir quanto do pedido ao livre alvedrio do demandante e ao mero sabor do julgador podem trazer conseqüências piores do que aquelas decorrentes dos erros estatais que levaram à propositura da ação civil pública. Por isso o debate tão intenso sobre os limites de atuação de cada esfera de Poder: nem sempre a solução apontada pelo demandante e chancelada pelo juízo é tecnicamente a melhor.

Casos há em que o provimento jurisdicional pretendido, quando numa espécie de tolerância jurídica admite-se como cabível no ordenamento (sim, há casos de clara impossibilidade jurídica do pedido), mostram-se materialmente inexecutáveis (ou melhor, executáveis com afronta a outros valores do ordenamento).<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Neste particular, veja-se a redação original do artigo 16 do Projeto: “*Nas ações coletivas, a requerimento do autor, 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 preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.*” Já o artigo 23 previa que: “*Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*”

<sup>114</sup> Poder-se-ia exemplificar com um provimento jurisdicional para que se finalize determinada obra pública de grande monta num prazo de 30 dias, esquecendo-se da obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório (ou da formalização da correspondente dispensa por emergência) para tanto. Tais situações não raro deixam alguns entes públicos na difícil situação de precisar realizar contratações por emergência face a enormes multas cominadas em caso de descumprimento, caracterizando situação de duvidosa constitucionalidade. A própria aquisição absolutamente emergencial de medicamentos,

Tratando de possibilidade jurídica na ação civil pública, Hamilton Alonso Jr., por exemplo, destaca que

Hoje é possível afirmar que a possibilidade jurídica exsurge da mera inexistência de proibição expressa do ordenamento legal ao pedido veiculado na petição inicial. Não há necessidade de autorização legal. Basta a lei não vedar o pleito. Havendo direito e obrigação correspondente, viável a postulação do crédito social.<sup>115</sup>

Ousamos discordar do promotor paulista. Como vimos, o principal intuito de promover a ampliação do objeto tutelado pela ação civil pública é trazer ao ordenamento maiores possibilidades de garantir a efetivação dos direitos transindividuais, justamente pela relevância social que os reveste.

Isso não implica, entretanto, em que a relação processual envolvendo tais direitos possa ser palco de intensa criatividade. Veremos em capítulo próprio aspectos como a margem de escolha do julgador, os limites que cercam seu poder criativo na integração das normas e a sua relação com os demais Poderes. Antes mesmo de se chegar a estas linhas, é forçoso salientar que cabe ao julgador acompanhar com cautela ainda maior o curso da relação processual decorrente das ações civis públicas.

Em outras palavras: se já haveria um poder-dever do julgador em frear um eventual ímpeto criativo das pessoas de direito privado previstas como legitimadas para o manejo da ação civil pública, a atuação das pessoas de direito público com razão ainda maior deve não apenas ser balizada pelo julgador, mas a estas também cabe um auto-controle no sentido de exercerem o direito de ação pautados no princípio da legalidade. Assim, por exemplo, o próprio Ministério Público, órgão de elevado *status* constitucional, está adstrito ao princípio da legalidade quando exerce o seu dever de buscar a tutela coletiva em juízo, não podendo, ao nosso sentir, formular pedidos não contemplados no ordenamento pátrio.

Parece-nos que transformar a possibilidade jurídica do pedido numa cláusula aberta, admitindo toda e qualquer pretensão não vedada pelo ordenamento, pode levar a caminhos igualmente questionáveis. Também será visto mais à frente que o cerne dos debates envolvendo políticas públicas está na legitimidade para a realização de certas escolhas para a consecução de finalidades públicas. Neste sentido, não seria possível garantir, *v. g.*, que pedidos formulados sem previsão no ordenamento, ao serem admitidos em juízo por não encontrarem vedação, trariam como consequência uma situação fática melhor do que aquela

---

como será visto na Parte III, também coloca em xeque não apenas a retórica questão da reserva orçamentária, mas principalmente outros princípios constitucionais que serão oportunamente abordados.

<sup>115</sup> ALONSO Jr., Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*, in MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit., p. 210.

planejada pela Administração Pública e que foi alvo de impugnação judicial através de uma ação civil pública.

Diante do que mencionamos, então, a amplitude do objeto contemplado pela ação civil pública permite sua utilização nas mais diversas situações, caracterizando causas de pedir das mais variadas, o que não significa que tal abertura possa desaguar na formulação de pedidos juridicamente impossíveis.

Outrossim, a despeito do que prevê o artigo 3º da Lei nº 7.347/85, para a satisfação dos direitos tutelados através da ação civil pública admitem-se praticamente todos os provimentos jurisdicionais atualmente contemplados pelo ordenamento (sejam condenatórios, constitutivos, declaratórios, inibitórios, antecipatórios, etc.), no entender da maior parte da doutrina e jurisprudência.<sup>116</sup> Tal constatação evidencia maior razão para que o pedido seja formulado de modo adequado.

Um dos argumentos utilizados para promover tamanha ampliação do trato judicial com a tutela coletiva, como já se adiantou, está muitas vezes na omissão estatal de realizar prestações positivas ou de exercer satisfatoriamente seu poder de polícia fiscalizatório. Diante de tal panorama, que se agrava ainda mais quando tratamos do tema que envolve políticas públicas, nem sempre o atuar da Administração Pública é visto com bons olhos, não apenas por parte da sociedade, mas não raro pelos demais órgãos estatais, em particular o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Ainda que socialmente seja possível admitir fundadas razões para tal inconformismo (que se reflete numa “enxurrada” de ações civis públicas em face da União, de estados-membros e municípios da federação), nunca é demais lembrar que o ordenamento pátrio, constituído de regiões absolutamente pobres nas quais é ainda mais claro o dever

---

<sup>116</sup> Neste sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente...* Op. cit. p. 28-30; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ministério Público, ambiente e patrimônio cultural*. Revista de Informação Legislativa n. 23. Brasília: Senado Federal, 1986. p. 293-302; ALONSO Jr., Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*, in MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit., p. 217-219. Na jurisprudência, veja-se: “**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRODUÇÃO DE PROVAS. MATÉRIA DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE. 1. Não viola o artigo 535 do CPC o acórdão que contém fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Revelam-se incabíveis embargos declaratórios visando a simplesmente rediscutir as questões já decididas. 2. A ação civil pública destina-se a conferir integral tutela aos direitos transindividuais (difusos e coletivos) e, com essa finalidade, comporta não apenas os provimentos jurisdicionais expressamente previstos na Lei 7.347/85, como também qualquer outro, hoje disponível em nosso sistema de processo, que for considerado necessário e adequado à defesa dos referidos direitos, quando ameaçados ou violados. 3. Com fundamento no art. 129, III da Constituição, o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública, além de outras finalidades, ‘para a proteção do patrimônio público e social’, o que inclui certamente a possibilidade de postular tutela de natureza constitutivo-negativa de atos jurídicos que acarretem lesão ao referido patrimônio. 4. O art. 330, inciso I, do CPC permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas quando a questão é unicamente de direito ou quando já houver prova suficiente dos fatos alegados. 5. Recurso especial a que se nega provimento.**” (nosso grifo). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 592.693/MT. 1ª Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em 07/08/2007, DJ de 27/08/2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar 2010.

estatal de assegurar direitos fundamentais, por outro lado, com uma democracia relativamente nova, ainda sofre conseqüências históricas de má administração, corrupção, desvio de finalidade de atos administrativos, dentre outros vícios que inequivocamente devem ser combatidos.<sup>117</sup>

A questão que se coloca é saber quando a fundamentalidade dos direitos e a relevância dos interesses numa determinada ação civil pública efetivamente estão presentes, e quando a tutela coletiva, em verdade, guarda consigo este fardo histórico de tentar combater situações para as quais o ordenamento prevê outros institutos processuais próprios.

Afora a existência do direito penal como a *ultima ratio* para a sanção de condutas reprováveis, não se pode desconsiderar institutos como a ação de improbidade administrativa<sup>118-119</sup> e a própria responsabilização no âmbito disciplinar de maus servidores públicos. Além destes campos, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000) prevê uma série de mecanismos de controle da Administração Pública que rumam também para a responsabilização penal, civil e administrativa de agentes públicos.

Tais considerações mostram-se necessárias para afirmar que o ordenamento brasileiro dispõe de diversos instrumentos processuais adequados para incontáveis situações de afronta ao interesse público, de modo que a utilização indiscriminada dos institutos para situações distintas pode abrir o perigoso caminho da arbitrariedade.

---

<sup>117</sup> Veja-se, a esse respeito, o Capítulo 04, item 4.2.3, acerca da legitimidade para a realização de políticas públicas.

<sup>118</sup> Prevalece, entretanto, o entendimento de que a ação de improbidade administrativa teria natureza jurídica de ação civil pública, ainda que com algumas particularidades. O principal argumento deste posicionamento está no fato de que a defesa do patrimônio público constitui não apenas direito do ente público lesado, mas direito difuso de toda a sociedade, razão pela qual as normas procedimentais da Lei nº 7.347/85 seriam aplicáveis nas hipóteses da Lei nº 8.429/92. A este respeito, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 208.790/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 27/09/2000, DJ de 15.12.2000: “*CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido.*” Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mar 2010.

<sup>119</sup> Vide ainda, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 547.480/SC. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 02/02/2006, DJ de 20/02/2006: “*ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO. CABIMENTO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. ARTS. 292 DO CPC. 19 DA LEI Nº 7.347/85 E 83 DA LEI Nº 8.078/90. 1. A Constituição Federal, no art. 129, inciso III, considerou o patrimônio público como um interesse difuso. A Lei da Ação Civil Pública, ao tutelar outros interesses difusos e coletivos aí incluí o patrimônio público. Precedentes. 2. A Lei nº 7.347/85 -LACP- prevê a utilização subsidiária do Estatuto de Ritos, autorizando vários tipos de provimentos jurisdicionais para a defesa dos interesses difusos e coletivos, que devem ser estendidos às situações descritas no art. 3º da LACP. 3. Admite-se a cumulação de pedidos em ação civil pública, desde que observadas as regras para a cumulação previstas no art. 292 do CPC. O art. 21 da Lei nº 7.347/85 remete-se à regra do art. 83 do CDC que autoriza a obtenção de provimento jurisdicional de qualquer natureza: condenatório, mandamental, declaratório ou constitutivo. 4. A análise de violação ao art. 4º da Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.01, é meramente potencial. A aplicação da norma ao caso dos autos dependeria do resultado do julgamento deste apelo extremo. Tal pretensão não se coaduna aos estreitos limites do recurso especial. 5. Recurso especial improvido.*” Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar 2010.

Quer isso significar que, havendo um mecanismo adequado de tutela para um caso específico, não se mostra coerente ampliar o objeto da ação civil pública para contemplar todo e qualquer tipo de situação envolvendo questões em que interesses transindividuais seriam identificados apenas de forma mediata. Imperiosa, portanto, a necessidade de que os pedidos formulados guardem correlação com a causa de pedir narrada, bem como encontrem respaldo no ordenamento e sejam materialmente exequíveis.

Não há como deixar de registrar que os estudos da tutela coletiva, especificamente aqueles que se desdobraram no Projeto de Lei nº 5.139/2009, mantiveram a tendência ampliativa da ação civil pública. Tal circunstância, entretanto, não afasta ao menos a necessidade de se assegurar o amplo exercício do direito de defesa e do contraditório, situação que deve ser cuidadosamente analisada pelo julgador no curso da relação processual.

#### 2.2.2. Provimentos antecipatórios e a necessidade de oitiva prévia da Administração Pública

Não é apenas com relação ao objeto da ação civil pública e a formulação do pedido que podemos encontrar questões processuais merecedoras de reflexão. Também no que se refere aos provimentos antecipatórios, diversos pontos de tensão nas ações civis públicas envolvendo a implementação de políticas públicas podem ser identificados.

Num primeiro momento, cabe destacar que, ainda na sua redação originária, a Lei nº 7.347/85 já previa alguns mecanismos de atuação no curso do processo para garantia da efetividade da tutela final de mérito. Neste sentido, previa o artigo 4º a possibilidade de utilização da ação cautelar, enquanto no artigo 12 estipulava-se a possibilidade de o juiz conceder “mandado liminar”.<sup>120</sup>

Interessante notar que a previsão na legislação especial de uma modalidade de ação cautelar evidencia um objetivo expresso de se tentar evitar a ocorrência do dano, seja ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico,

---

<sup>120</sup> A expressão não é revestida de boa técnica considerando que, na verdade, o mandado é instrumento da decisão judicial, esta sim podendo ser chamada de provimento liminar quando concedido no início da lide. Neste sentido, precisas as palavras de Adroaldo Furtado Fabrício: “*Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial in limine litis, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da prolação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz, ou não, com o meritum causae nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico*”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. Porto Alegre: Revista AJURIS, v. 66, mar. 1996. p. 12.

estético, histórico, turístico e paisagístico (conforme redação dada ao artigo 4º pela Lei nº 10.257/2001).<sup>121</sup> Tal disposição, aparentemente, revestiria esta ação de caráter marcadamente satisfativo naqueles casos em que a busca pela tutela jurisdicional fosse unicamente para a prevenção de danos.

Por outro lado, considerando a instrumentalidade que norteia o processo cautelar (previsto basicamente no Livro III do Código de Processo Civil), a disposição de uma modalidade de ação cautelar individualizada na Lei nº 7.347/85 poderia gerar algumas dúvidas quanto ao seu cabimento e desenvolvimento. Neste sentido, se é ínsito ao processo cautelar garantir a efetividade da decisão a ser proferida num processo principal, parece-nos que a propositura da ação cautelar, ainda nos casos em que a prevenção à ocorrência de danos seja o fundamento principal da causa de pedir, não afasta a necessidade da propositura da ação principal, sob pena de se esvaziar por completo o objetivo do legislador em prever uma modalidade autônoma em diploma legal especial.

#### Precisas as lições de Sérgio Ferraz quando fala que

A ação cautelar na ação civil pública, em razão do ora examinado art. 4º, se reveste inclusive de feição satisfativa, de regra de se repelir nas medidas dessa natureza. A aceitação dessa nota não infirma a incidência do arcabouço peculiar às ações cautelares; bem antes, a reforça. Com tal assertiva pretendemos dizer que, exatamente em razão da força eventualmente satisfativa de que dotada aqui a cautelar, com muito mais razão deverá o juiz usar o mecanismo de segurança das cauções, a serem prestadas pelos beneficiários da tutela. Discordamos assim, com a vênia devida, dos sólidos argumentos daqueles que até admitem em vista da concessão da cautela satisfativa, a dispensa, por falar de objeto, da ação principal: de ser assim, não estaríamos, em verdade, em face de ação cautelar!<sup>122</sup>

Das considerações acima é possível notar que, como forma de se evitar a satisfação do direito unicamente com a propositura da ação cautelar, sugere-se atenção ao julgador na exigência, por exemplo, de cauções, possibilitando assim a continuação do litígio na ação principal sem o seu esvaziamento após provimentos decorrentes da ação cautelar.

Muito embora nos pareça posição extremamente coerente para justificar a disposição especial de ação cautelar na lei (até mesmo porque o artigo 19 da própria Lei nº 7.347/85 fala na aplicação do Código de Processo Civil, o que tornaria desnecessária a previsão na legislação específica se esta não tivesse contornos ligeiramente diversos do processo cautelar), fato é que a prática demonstrou não ser esta ação cautelar utilizada com frequência. A razão principal para este “desuso” aparenta ser a previsão no ordenamento de outros

<sup>121</sup> BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

<sup>122</sup> FERRAZ, Sérgio. *Provimentos antecipatórios na ação civil pública*, in MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 569.

instrumentos que, sem a necessidade da propositura de duas ações distintas, trazem o mesmo resultado prático.

Justificar-se-ia a utilização da ação cautelar, por exemplo, na situação em que um inquérito civil promovido pelo Ministério Público ainda não se encontrasse finalizado ou suficientemente instruído para a propositura da ação civil pública principal, havendo, entretanto, elementos capazes de demonstrar a necessidade de imediata prevenção à determinada lesão a direitos transindividuais, de modo a não se agravar a situação fática.

Não sendo este o caso, a previsão no artigo 12 da Lei nº 7.347/85 admitindo a expedição pelo juízo de “mandado liminar” no curso da ação principal poderia ser um caminho melhor. Como já se observou em nota (nº 120), um provimento jurisdicional concedido *in limine litis* é aquele decorrente de uma situação de urgência na qual deve o julgador utilizar seu poder geral de cautela. Em outras palavras, o mesmo risco de dano apto a ensejar a propositura da ação cautelar também poderia levar o autor da ação principal a pleitear liminarmente um provimento jurisdicional capaz de prevenir a ocorrência de um dano, sem a propositura de uma ação cautelar.

Note-se que, a despeito da ausência de previsão legal para os requisitos de concessão desta medida liminar (que, em alguns casos, é diversa da antecipação de tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, como se verá mais adiante), entendem alguns que a hipótese guarda correlação com os elementos que revestem as liminares concedidas em sede de mandado de segurança, vale dizer, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.<sup>123</sup>

De todo modo, parece-nos intransponível a necessidade de que seja observado o disposto no artigo 2º da Lei nº 8.437/92<sup>124</sup> quando as pessoas jurídicas de direito público

<sup>123</sup> FERRAZ, Sérgio. *Provimentos antecipatórios...* Op. cit. p. 570. Para o Autor, “o exame do arcabouço jurídico como um sistema permite sustentar que devam ser aqui tidos, como os marcos ensejadores da liminar, aqueles mesmos levados em conta para o mandado de segurança (conclusão a que chega com a visão comparativa do §1º do ora analisado art. 12, calcado visivelmente em lei disciplinadora daquele writ, a saber, a Lei 4.348/1964)”. Ressalve-se que a lei em questão foi revogada pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, novo diploma legal regulador do mandado de segurança individual e coletivo, que, de todo modo, traz disposições acerca da medida liminar. Frise-se ainda que o posicionamento do Autor chegou a ser encampado em alguns julgados. Por exemplo, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 161.656/SP. 2ª Turma. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgado em 19/04/2001, DJ de 13/08/2001. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar 2010: “PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR – REQUISITOS ESSENCIAIS – “FUMUS BONI JURIS” E “PERICULUM IN MORA” – LEI 7.347/85, ART. 12 - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA – INADMISSIBILIDADE. A natureza jurídica da liminar proferida em ação civil pública é diversa da tutela antecipada regulada pelo art. 273 do CPC, razão pela qual não podem ser invocados, ‘in casu’, os requisitos estabelecidos no referido preceito legal. Na hipótese dos autos, estão presentes os requisitos exigidos para a concessão da liminar, quais sejam, o ‘fumus boni iuris’ e o ‘periculum in mora’. A liminar proferida em ação civil pública possui regulamentação e requisitos próprios, como estabelecido na Lei nº 7.347/89. Recurso especial não conhecido.”

<sup>124</sup> BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 01 jul. 1992. “Art. 2º. No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

integrem o pólo passivo da relação processual ou tenham interesse em integrar a lide. A previsão legal neste caso justifica-se para trazer ao julgador, ainda no início da ação, alguns elementos de convicção da situação de urgência.

Ao nosso sentir, o dispositivo legal, longe de tentar estabelecer “privilégios” à Fazenda Pública, em verdade busca resguardar a presunção de legalidade e legitimidade dos atos emanados pelas pessoas jurídicas de direito público. Assim, estabelecendo um prazo de 72 horas para manifestação, assegura que venham aos autos outros elementos para que o julgador analise a necessidade de exercer o seu poder geral de cautela.<sup>125</sup>

Ainda no caso de que a urgência do provimento liminar imponha apreciação imediata da questão pelo julgador, ao nosso sentir a previsão legal não deve ser desrespeitada, sob pena de nulidade da decisão proferida.<sup>126</sup> Como o próprio dispositivo legal prevê, não se trata da resposta do ente público, que ainda será regularmente citado para exercer com amplitude seu direito de defesa, mas de uma manifestação prévia. Exatamente por isso, em casos de urgência extrema esta oitiva deve ocorrer, trazendo-se a juízo os elementos que naquele curto espaço de tempo foram possíveis de ser reunidos pelo ente público, pois no curso da relação processual é que a instrução será melhor desenvolvida.

A ponderação se faz pertinente porque não raro tal prerrogativa das pessoas jurídicas de direito público é violada sem que se dê especial atenção para um simples ponto: atualmente, os meios de comunicação são desenvolvidos suficientemente para que

<sup>125</sup> Conforme preceitua MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional...* Op. cit. p. 198: “Art. 2º. A aplicação da regra não se mostra absurda, ao prever um contraditório prévio, com prazo mitigado de setenta e duas horas para que a Fazenda Pública possa se manifestar, desde que esse lapso de tempo não venha a prejudicar ou inviabilizar a pretensão requerida liminarmente”. No mesmo sentido, DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela Antecipada e Tutela Específica na Ação Civil Pública Ambiental*, in MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 383.

<sup>126</sup> Vide, dentre outros, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 667.939/SC. 2ª Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em 20/03/2007, DJ de 13/08/2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 jul 2009. “PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA – ASSOCIAÇÃO – COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO SOBRE BENFEITORIAS – IMÓVEIS SITUADOS EM TERRENOS DE MARINHA – CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OITIVA DO PODER PÚBLICO – ART. 2º DA LEI 8.437/92. 1. Não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, examinar possível violação a dispositivos constitucionais. 2. A relação jurídica decorrente do contrato administrativo de enfiteuse sobre imóveis situados em terrenos de marinha, regulada pelo Decreto-lei 9.760/46, não se enquadra no conceito de relação de consumo, o que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor. 3. As associações têm legitimidade ativa para propor ação civil pública visando a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como substituta processual – legitimação extraordinária, mesmo que não se trate de relação de consumo. 4. A concessão de liminar contra o poder público, quando não esgote o objeto da ação é admitida, na interpretação do art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92. 5. **É nula a liminar concedida contra pessoa jurídica de direito público sem a observância da sua oitiva prévia (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ.** 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, parcialmente provido.” (grifo nosso). Na referida Corte pátria, o entendimento é aparentemente prevalente, como se infere, ainda dos seguintes julgados: REsp. nº 88.583/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/11/1996; REsp. nº 74.152/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, julgado em 02.04.1998, DJ 11.05.1998; REsp. nº 285.613/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17.04.2001, DJ 03.09.2001; AgRg no REsp. nº 303.206/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.08.2001, DJ 18.02.2002; REsp. nº 220.082/GO, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.05.2005, DJ 20.06.2005;

informações trafeguem quase de modo instantâneo. Por isso, ainda que haja a necessidade de imediata apreciação da medida liminar, tal circunstância não impede que o julgador promova a intimação do ente público por fax, através de correio eletrônico, enfim, por qualquer meio que demonstre: a) a preocupação do julgador em ouvir as nuances que tangenciam atos revestidos de presunção de legalidade e legitimidade; b) a urgência de uma manifestação prévia que deve ser o quanto antes apresentada pelo ente público.

Nenhum destes atos intimatórios revestir-se-ia de nulidade maior do que a omissão do julgador ao conceder liminarmente um provimento liminar numa ação civil pública sem ouvir a pessoa jurídica de direito público envolvida. A fundamentalidade de certos direitos e valores, como veremos ao longo de todo o trabalho, levou a um considerável ativismo judicial. Tal circunstância apenas reforça a idéia de que, devendo o julgador estar atento às particularidades de cada caso, a vinda de maiores elementos de convicção, mesmo *in limine litis*, trará maior legitimidade ao seu provimento jurisdicional, seja o ente público ouvido em 72 horas, 24 horas ou mesmo em 2 horas...

Relevante no caso é que não se está diante de mera prerrogativa do ente público de ser ouvido, até porque terá sua oportunidade quando da apresentação das diversas modalidades de resposta, mas sim diante de situação na qual o julgador, ao exercer seu poder geral de cautela em desfavor de entes públicos, deve ter elementos de convicção trazidos aos autos pelos principais integrantes da relação processual.

Entender de modo diverso, além de proporcionar uma frontal violação ao ordenamento, poderia ter conseqüências práticas muito piores. Imagine-se um provimento liminar concedido sem a oitiva da Administração Pública, sendo certo que esta dispunha de elementos capazes de desconstituir a urgência: neste caso, possivelmente a interposição de recurso de agravo de instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo (ou, extraordinariamente, a apresentação de pedido de suspensão de execução de decisão liminar, instituto que será estudado mais adiante) teria sucesso, e o cumprimento da decisão do juízo *ad quem*, pelo lapso de tempo entre a interposição do recurso e a decisão, poderia ocorrer, em verdade, após já ter havido prejuízos ao ente público, e, conseqüentemente, à própria sociedade.

No exemplo dado, a situação não ocorreria se, ainda que fixando em algumas horas o prazo para manifestação prévia (e intimasse por fax), o julgador ouvisse a Administração Pública, dando cumprimento ao artigo 2º da Lei nº 8.437/92, evitando tanto a interposição de

desnecessário recurso<sup>127</sup> quanto os eventuais prejuízos causados ao ente público com o cumprimento da decisão liminar.

Como já se ressaltou, normalmente o fato de algumas situações de urgência estarem relacionadas a direitos fundamentais tem proporcionado uma série de decisões liminares sem a manifestação prévia do ente público<sup>128</sup>. Entretanto, teremos oportunidade de constatar que nem sempre a efetivação de políticas públicas atrela-se de forma imediata a direitos fundamentais, situação que justifica cautela ainda maior na apreciação de pedidos liminares e nas úteis informações a serem prestadas pelas pessoas jurídicas de direito público envolvidas antes de se proferir a decisão.

De todo modo, prevêm tanto a Lei nº 7.347/85 (artigo 12, §1º) quanto a Lei 8.437/92 (artigo 4º) o peculiar instituto da suspensão da execução de decisão liminar, pedido formulado perante o Presidente do Tribunal ao qual caberia a atribuição de apreciar recurso interposto contra a decisão que defere o provimento liminar.

#### Na definição de Marcelo Abelha Rodrigues

É, na verdade, uma prerrogativa do Poder Público, assentada no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, e que se manifesta no processo por intermédio de um incidente processual provocado por uma defesa impeditiva, formando um procedimento lateral e destacado do principal, de competência do presidente do Tribunal.<sup>129</sup>

Como se adiantou, não raro as pessoas jurídicas de direito público figuram no pólo passivo das ações civis públicas. Ao que parece, com o próprio nascimento da Lei nº 7.347/85 já antevia o legislador que a tutela de direitos transindividuais em juízo acabaria por atingir com maior freqüência o próprio Estado. Neste sentido, previu-se um instituto processual

<sup>127</sup> Obviamente considerando desnecessário diante do quadro fático de descumprimento da exigência legal, e não o posterior interesse recursal da parte que teve em seu desfavor a decisão liminar proferida.

<sup>128</sup> Assim, inobstante os julgados mencionados na nota 126, em casos excepcionais o mesmo Superior Tribunal de Justiça tem afastado tal entendimento: “*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. MENOR CARENTE. LIMINAR CONCEDIDA SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora do cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de menor carente que necessita de medicamento. 2. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde. 3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Município configurada. 4. Recurso especial desprovido.*” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 439.833/SP. 1ª Turma. Relatora Ministra Denise Arruda. Julgado em 28/03/2006, DJ de 24/04/2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 jul 2009. Diante de tal panorama, não há como negar que o posicionamento sustentado no presente trabalho ainda apresenta grandes divergências jurisprudenciais, notadamente levando-se em conta os direitos envolvidos. A questão do direito à saúde será melhor problematizada no Capítulo 06.

<sup>129</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública (art. 4.º da Lei 8.437/1992 e art. 12, § 1.º, da LACP)*, in MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 370.

capaz de, alterando o curso normal do devido processo legal (modificando-se, possivelmente, o princípio do juiz natural), suspender os efeitos de decisão proferida liminarmente pelo juízo de 1º grau que possa atingir valores de elevado interesse público, como a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública.<sup>130</sup>

Não deixa de ser contraditório que a ação civil pública, por sua natureza um instrumento apto a resguardar preponderantemente o interesse público, tenha em seu diploma legal de regência instituto processual capaz de obstar decisões liminares que em princípio visariam tutelar igualmente o interesse público.

Parece-nos, entretanto, que o aparente conflito, na verdade, deixa transparecer que há hipóteses nas quais valores igualmente ligados a finalidades públicas podem acabar contrapostos, ensejando uma reflexão acerca de qual deles preponderar em determinada situação concreta. Ora, assim como valores fundamentais por vezes se chocam e devem ser sopesados para a estabilidade do ordenamento, também quando um litígio não envolve necessariamente um interesse particular contraposto a um interesse público existem situações de tensão.

O ponto de questionamento da “suspensão de segurança”, entretanto, não está apenas na aparente contradição do interesse público buscado pela decisão liminar e a ofensa a valores previstos pelo legislador como relevantes o suficiente para ensejar seu cabimento, mas o que chama atenção efetivamente é a apreciação da questão por um julgador que não seria a instância revisora imediata da decisão, mas sim o Presidente do Tribunal correspondente.

Sabe-se que, por conta da independência funcional dos Magistrados, não há de se falar na existência de um poder hierárquico entre seus membros, sendo certo que o escalonamento da carreira decorre naturalmente da necessidade de instâncias revisoras. É cediço que a revisão e até mesmo a invalidação de decisões de juízo de grau inferior não decorre tecnicamente de uma relação de hierarquia.

Por outro lado, o instituto da suspensão de execução de decisão liminar não deixa de evidenciar um certo viés hierárquico, no qual o Presidente do Tribunal determina comando diverso daquele inicialmente dado pelo juiz natural da causa. Ainda que não haja um posicionamento dos Tribunais Superiores no ordenamento pátrio pela inconstitucionalidade desta previsão, há quem questione a sua utilização.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Nos termos do §1º do artigo 4º da Lei 8.437/1992 o instituto também é cabível em face da sentença proferida na ação civil pública enquanto não transitada em julgado. Entretanto, para fins de sistematização, abordaremos neste tópico apenas a sua aplicação em face de decisões liminares.

<sup>131</sup> Dentre outros, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Observações críticas acerca da suspensão de segurança...* Op. cit. p. 374.

Talvez por isso, a prática evidencie que os Tribunais não são assíduos utilizadores da suspensão, salvo excepcionalíssimas situações nas quais reste cristalinamente demonstrado que a manutenção dos efeitos da decisão liminar possa trazer ao interesse público (seja a ordem, a segurança, a saúde ou a economia) um prejuízo infinitamente maior do que a sua suspensão, seja por uma irreversibilidade gravosa, seja por uma afronta direta ao ordenamento.

Exemplo deste tipo de situação seria a não observância do artigo 2º da Lei nº 8.437/92, quando o ente público dispusesse de robusta prova capaz de demonstrar o completo descabimento da medida liminar proferida sem sua oitiva, de modo que, acaso o juízo prolator da decisão tivesse observado o prazo para manifestação prévia, jamais a decisão liminar seria proferida. Assim, por todos os argumentos já trazidos sobre a relevância de oitiva do ente público antes da apreciação de pedidos liminares, ao nosso sentir esta seria uma hipótese de cabimento do instituto da “suspensão de segurança”.<sup>132</sup>

Outrossim, cabe destacar que a suspensão da execução de decisão liminar dirigida ao Presidente do Tribunal correspondente não tem o condão de substituir o recurso de agravo de instrumento. Isso porque a natureza processual dos referidos institutos é diversa.

Como o próprio nome diz, a “suspensão de segurança”, tal qual definida na legislação, tem o condão de suspender os efeitos da decisão liminar proferida. Já o recurso de agravo tem por objetivo reexaminar a decisão, de modo a confirmá-la, reformá-la, modificá-la em parte ou mesmo invalidá-la. Por esta distinção, vê-se que as conseqüências da utilização de um ou outro instituto são diversas, porquanto a suspensão de execução da decisão liminar não substitui a decisão (ainda que possa manter seus efeitos suspensos até o trânsito em julgado da ação)<sup>133</sup>, efeito este diverso da decisão proferida em sede de agravo de instrumento, que ao nosso sentir substituirá ou anulará a decisão recorrida.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Deve-se deixar claro que não se sustenta o cabimento do instrumento processual em questão para toda e qualquer inobservância do artigo 2º da Lei nº 8.437/92, mas sim para aquelas situações em que o conjunto de elementos da manifestação prévia que deveria ter sido aguardada levaria inequivocamente a uma decisão liminar diversa da proferida. Nas outras hipóteses de descumprimento, apesar de indesejáveis, evidente que o curso normal da relação processual levaria à interposição do recurso de agravo de instrumento ao juízo naturalmente competente para proceder à revisão judicial da decisão liminar, no qual seria possível invocar a aplicação do artigo 558 do Código de Processo Civil para conceder efeito suspensivo ao recurso, e posteriormente a declaração de nulidade da decisão que não observou o referido dispositivo legal.

<sup>133</sup> Como expressamente prevê o §9º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001: “A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.”

<sup>134</sup> Por outro lado, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no sentido da desnecessidade de interposição de agravo interno no próprio Tribunal onde foi negado o pedido de suspensão, admitindo a formulação de novo pedido de suspensão ao Tribunal Superior: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DE LIMINAR. PEDIDO NEGADO PELO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL ESTADUAL. NOVO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO. DESNECESSIDADE. LEI Nº 8.038/90. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35, DE 24 DE AGOSTO DE 2001. 1. O ajuizamento de novo pedido de suspensão de liminar, após negado o primeiro pelo Presidente do Tribunal de origem, nos processos de incidência da Lei 8.437/92, prescinde da interposição de Agravo

Questão interessante que não pode deixar de ser analisada é quando o ente público interpõe o recurso de agravo de instrumento e, por alguma razão (como, por exemplo, a não observância pelo relator do artigo 558 do Código de Processo Civil para atribuir efeito suspensivo ao recurso) também se utiliza da “suspensão de segurança” por conta de um urgente interesse público em sustar os efeitos da decisão liminar de modo a evitar grave lesão.

Aqui, não raras são as discussões acerca de qual decisão vigoraria no caso de decisão proferida pelo Presidente do Tribunal suspendendo os efeitos da decisão liminar, sobrevivendo o julgamento do recurso de agravo de instrumento interposto contra esta mesma decisão liminar.<sup>135</sup> Ao nosso sentir, dois seriam os argumentos para se sustentar que a decisão proferida no agravo de instrumento prevaleceria: i) como dissemos, a suspensão da execução de decisão liminar não a substitui, atingindo apenas seus efeitos, diversamente do que ocorre com a revisão da decisão através do recurso de agravo; ii) também vimos que a “suspensão de segurança” sai do curso normal do processo, principalmente no que tange ao princípio do juiz natural, razão pela qual na coexistência de dois provimentos judiciais atingindo uma mesma decisão, parece-nos mais adequado que prevaleça aquele advindo do órgão jurisdicional naturalmente competente para a revisão do ato.

Não se trata de entendimento prevalente, mas justifica a ressalva feita quanto ao receio dos Tribunais em admitir a “suspensão de segurança” para situações que não sejam absolutamente claras acerca de um equívoco na decisão proferida pelo juízo de grau inferior.

Diversa, entretanto, a hipótese em que já houve apreciação do pedido de suspensão e interpôs-se recurso de agravo de instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo

---

*Interno, não se exigindo o esgotamento de instância, se se tratar de pedido negado pelo Presidente da Corte. 2. Considerando que o EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto do Meio Ambiente), deverá ser desenvolvido pelo Produtor Independente, vitorioso no processo de contratação, ocasião em que as questões a ele subjacentes serão certamente apreciadas pelo Órgão Ambiental competente, segundo as diretrizes gerais fixadas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, e antes da concessão da Licença Prévia, bem como caracterizados os pressupostos autorizadores da excepcional média, vez que há risco de grave lesão à economia, saúde, e ordem públicas, aqui considerada a ordem pública administrativa, com a suspensão do processo de contratação, impõe-se o provimento do Agravo. 3. Agravo provido.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar (AgR na SL) nº 96/AM. Corte Especial. Relator Ministro Edson Vidigal. Julgado em 15/09/2004, DJ de 01/07/2005. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2009.*

<sup>135</sup> Entendemos que a interpretação mais adequada para o §6º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 (“*A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo*”) é no sentido de que a decisão proferida no agravo de instrumento substitui a decisão liminar, e, por consequência, acaba por afastar a suspensão anteriormente determinada, como se verá adiante, até mesmo porque é no recurso de agravo que se aprecia o mérito da decisão. Neste sentido: “*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DE LIMINAR. ART. 4º DA LEI Nº 8.437/92. 1. A suspensão de liminar ou de antecipação de tutela deve observar os pressupostos previstos no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, não se autorizando o exercício desse poder de forma discricionária. O deferimento do pedido exige o enquadramento em uma das hipóteses previstas em lei. 2. Ao examinar pedido de suspensão de liminar, em agravo regimental, deve o Tribunal limitar-se ao disposto no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, sem adentrar nas razões de mérito, cuja análise deve ser relegada ao âmbito do agravo de instrumento. 3. Recurso especial provido.*” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 842.050/PE. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 12/12/2006, DJ de 27/02/2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

ou, inversamente, quando apresentado pedido de suspensão e o efeito suspensivo já tenha sido apreciado. Na primeira hipótese, não haveria interesse processual no pleito de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo, enquanto na segunda hipótese, acaso o efeito suspensivo tenha sido negado, ainda que se pudesse vislumbrar situação semelhante, haveria de se admitir a possibilidade de pedido de suspensão se persistisse a situação de lesão. Isso porque, reiterando as colocações de Marcelo Abelha Rodrigues

[...] a fumaça do bom direito no agravo de instrumento corresponde às prováveis chances de êxito deste recurso, qual seja, de demonstrar que a decisão do juiz tem grandes chances de estar errada e justamente por isso se pede a sua correção pelo tribunal. Já no pedido de suspensão, a fumaça do direito alegado corresponde à plausível demonstração de que o interesse público seria afetado pelos efeitos da decisão.<sup>136</sup>

Por outro lado, tendo o Relator do recurso de agravo concedido a este efeito suspensivo, não haveria interesse em agir no pedido de suspensão formulado ao Presidente do Tribunal, ainda que, como vimos, sejam distintos os objetos do agravo e da suspensão. Já quanto ao julgamento do agravo de instrumento, se este tenha sido favorável à manutenção da decisão liminar, cabível o pedido de suspensão, a teor do artigo 4º, §5º da Lei nº 8.437/92.

Não se pode deixar de analisar, finalmente, o cabimento na ação civil pública das espécies de provimentos antecipatórios previstas no Código de Processo Civil, por força do que dispõe o artigo 19 da Lei nº 7.347/85 quanto à sua aplicação no que não houver contradição. Ressalte-se que a análise tanto da ação cautelar prevista na lei especial quanto da medida liminar evidenciam não haver incompatibilidade destes institutos com a antecipação de tutela, com a tutela específica e com o exercício pelo julgador do poder geral de cautela.

Vimos que a ação cautelar, em regra, ainda se sustenta para os casos em que o risco de perecimento do objeto da demanda principal justifique a interposição de ação anterior. Assim, resguarda-se a efetividade da tutela pretendida na ação ainda a ser proposta (e que por vezes não dispõe dos elementos suficientes para sua propositura, como no caso do não encerramento de inquérito civil).

Também constatamos que a medida liminar, considerada como aquela apreciada logo no início do litígio, pode ser utilizada quando, já havendo elementos para a propositura da ação principal, constata-se *fumus boni iuris* e *periculum in mora* suficientes para se obter um provimento jurisdicional liminar decorrente do poder geral de cautela do julgador, também se garantindo a efetividade da futura decisão final de mérito.

Tanto num quanto noutro caso, tratamos de situações de cautela (ainda que, no segundo caso, o poder geral de cautela possa, na prática, transmudar-se numa situação

---

<sup>136</sup> Dentre outros, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Observações críticas acerca da suspensão de segurança...* Op. cit. p. 375.

satisfativa), diversas, portanto, daquelas em que há verossimilhança nas alegações, prova inequívoca do direito e fundado receio de dano irreparável (ou de difícil reparação), ou abuso do direito de defesa (ou manifesto propósito protelatório). Neste caso, adequada a formulação dentro da ação civil pública do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Quanto a tão relevante instrumento processual, que se incorporou à legislação pátria com a Lei nº 8.952/94 (e posteriormente modificado pela Lei nº 10.444/92), apresenta-se atualmente como o mecanismo que traz ao autor as melhores possibilidades de antecipação do resultado final pretendido na própria ação principal. Em outras palavras, o grau de satisfatividade da medida, ainda que possa vir a ser modificada ao longo da relação processual, é visivelmente maior do que quando diante de providências de cunho cautelar (conclusão lógica pela própria distinção entre os institutos).

Como já se destacou, há situações em que, pela urgência da necessidade de atuação do julgador, impõem um provimento no início da lide, razão pela qual pode ser denominado um provimento liminar. Tal conclusão evidenciaria que a antecipação dos efeitos da tutela pode ser classificada como uma espécie de medida liminar, quando requerida e apreciada *in limine litis*. Assim, vemos como diferença plausível entre a medida liminar textualmente citada pelo artigo 12 da Lei nº 7.347/85 e a antecipação de tutela regulada pelo Código de Processo Civil o caráter satisfativo desta em detrimento da possibilidade do provimento liminar da lei especial revestir-se, por vezes, de natureza cautelar.<sup>137</sup>

Diante da aplicabilidade do artigo 273 do diploma processual civil, e da sua possibilidade de se caracterizar como uma medida liminar, parece-nos que a interpretação mais adequada do artigo 2º da Lei nº 8.437/92 neste caso seria considerar também a necessidade de oitiva da Fazenda Pública nos casos de pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

A razão seria de ordem lógica: se há o cuidado de ouvir o ente público antes de uma providência cautelar, com muito mais razão a necessidade de sua manifestação antes de uma apreciação que resultará em medida de caráter satisfativo (e não meramente instrumental), na qual já será feita alguma apreciação de mérito. Reitere-se, pois, tudo o que já exposto acerca do não atendimento a este comando legal.

---

<sup>137</sup> A previsão do artigo 12, ao se entender como absolutamente semelhante à antecipação de tutela, seria desnecessária por conta do artigo 19 da lei. Para compatibilizar os dispositivos, deve-se considerar que outras providências liminares diversas da antecipação daquilo que se pede ao final podem ser requeridas liminarmente, evidenciando também a possibilidade do exercício do poder geral de cautela diante da situação concreta. Em outras palavras, ao nosso sentir o artigo 12 estabelece tanto a possibilidade de antecipação de tutela quanto a possibilidade do deferimento de provimentos cautelares, ambos sob o rótulo de “medidas liminares”, por serem concedidas no início da relação processual.

Outrossim, é de se ressaltar que, não sendo apreciado imediatamente no início do litígio, a antecipação de tutela pode vir no curso do processo, inclusive após a instrução, desde que o julgador se convença de que a ausência deste provimento possa resultar ao litigante lesão ou risco de lesão grave e de difícil reparação, já havendo um juízo de probabilidade acerca da verossimilhança do direito em litígio.

Interessante notar que, ao nosso sentir, não seria admissível a antecipação dos efeitos da tutela se não requerida na petição inicial pelo autor da ação (salvo se requerida após a concordância do réu quanto à modificação do pedido, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Civil, aplicável por força do mencionado artigo 19 da Lei nº 7.347/85).

A questão não é pacífica. Como resalta Marcelo Buzaglo Dantas

Questão objeto de controvérsias é a concernente à possibilidade, ou não, de o magistrado conceder a medida liminar *ex officio*. Para alguns, como Galeno Lacerda, é possível, em virtude dos interesses tutelados, que se constituem, nas suas palavras, ‘em direitos indisponíveis da sociedade’. Em sentido oposto, Hugo Nigro Mazzilli assinala que ‘nas ações civis públicas ou coletivas, o juiz depende de pedido do autor tanto para conceder liminar quanto para adiantar a tutela’. A nosso sentir, a resposta a esta complexa questão depende, necessariamente, da natureza jurídica da tutela liminar a ser deferida de ofício pelo juiz, se cautelar ou antecipada. É que, na 1ª hipótese, é perfeitamente possível a concessão de medidas acautelatórias destinadas a preservar a pretensão futura, mesmo que não haja pedido expresso neste sentido, dado que o juiz está investido do chamado poder geral de cautela, que lhe permite conceder medidas acautelatórias independentemente de pedido (CPC, art. 797). Já em se tratando de antecipação do próprio direito material, a lei exige, para o seu deferimento, requerimento expresso do autor (CPC, art. 273, caput).<sup>138</sup>

Por outro lado, a relevância dos direitos transindividuais tutelados através da ação civil pública traz consigo um movimento no sentido da ampliação da cognição e da atuação do julgador no curso da relação processual. Neste sentido, não há como deixar de mencionar que o Projeto de Lei nº 5.139/2009 trazia disposição expressa admitindo a antecipação total ou parcial da tutela pretendida independentemente do pedido do autor, inclusive sem audiência da parte contrária.<sup>139</sup>

Poderia o julgador ir além do que foi pedido, apenas porque a tutela coletiva teria a presunção de relevância social, política ou econômica? Ao nosso sentir, a possível alteração no ordenamento desvirtuaria em muito posições consolidadas do direito processual pátrio,

<sup>138</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela Antecipada e Tutela Específica...* Op. cit. p. 389; LACERDA, Galeano. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Revista Ajuris. v. 15. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, jul. 1988. p. 7-17; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...* Op. cit. p. 378.

<sup>139</sup> É o que dispunha o artigo 17 do projeto, na redação original: “*Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.*” A dispensabilidade da oitiva da parte contrária vinha no §1º: “*Atendidos os requisitos do caput, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia*”. Registre-se que o projeto de lei não contemplava a revogação da Lei nº 8.437/92, razão pela qual entendemos que o artigo 2º desta lei se trata de disposição especial ainda a ser observada, de modo que, mesmo se convertido o projeto em lei, a não oitiva da parte contrária aplicar-se-ia apenas às pessoas de direito privado, e não aos entes públicos, por todas as razões exaustivamente expostas no corpo do trabalho.

sendo que o princípio da congruência não poderia ser meramente desconsiderado. Abre-se um perigoso espaço para arbitrariedades, que somente serão afastadas com uma atuação dos julgadores absolutamente comprometida com sua missão constitucional, como se verá em capítulo próprio.

Ainda tratando dos provimentos antecipatórios, não seria possível deixar de tecer alguns comentários acerca da tutela específica. Neste particular, antes mesmo de um maior desenvolvimento do instituto, com o advento da Lei nº 8.078/90, e sua posterior incorporação ao Código de Processo Civil no artigo 461,<sup>140</sup> a tutela específica já vinha prevista na Lei nº 7.347/85, no seu artigo 11:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Objetiva-se com o provimento jurisdicional, sempre que possível, o retorno ao *status quo ante*, ou seja, o desfazimento da situação de lesão ou ameaça de lesão ao direito. Para a sua efetividade, é facultado ao julgador a utilização de meios coercitivos, que serão melhor analisados em tópico próprio. Por outro lado, as previsões legais atuais, tanto do diploma consumeirista (em seu artigo 84) quanto do Código de Processo Civil, apontam para duas situações distintas: a tutela específica da obrigação, ou então a obtenção do resultado prático equivalente. Neste segundo caso, estar-se-á diante de medidas sub-rogatórias, porquanto inviável o cumprimento voluntário pelo destinatário do provimento jurisdicional (ainda que sob influência das medidas coercitivas).

De todo modo, é relevante destacar o objetivo do legislador e a evolução do instituto da tutela específica de modo a, mesmo não sendo possível o exato retorno à situação anterior, chegar o mais próximo possível desta situação, com resultados equivalentes. Considerando a complexidade e relevância dos direitos coletivos, e a importância da ação civil pública para sua tutela, a busca por provimentos jurisdicionais diversos da mera resolução em perdas e danos desponta como objetivo fundamental.

Os estudos da parte III evidenciarão com clareza o que ora se sustenta demonstrando que em alguns casos, até mesmo o princípio da congruência (consagrado no Código de Processo Civil nos artigos 128, 459 e 460) acaba sendo relativizado quando a solução encontrada pelo julgador atende melhor aos anseios do caso concreto.

---

<sup>140</sup> O artigo foi alterado pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994 (altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar), passando a ter a seguinte redação: "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento."

Mais uma vez, vê-se que a releitura do papel do julgador é necessária não apenas quanto à apreciação de questões afetas às arenas políticas, mas em pequenas situações como a própria análise do provimento jurisdicional mais adequado para os direitos coletivos tutelados.

### 2.2.3. Fase instrutória

Sem o propósito de esgotar as nuances dos provimentos antecipatórios da ação civil pública (o que, por sinal, ensejaria um trabalho exclusivo sobre o tema), adentramos num campo onde muitos debates também podem ser identificados no ordenamento pátrio: a instrução do processo coletivo, focado aqui especificamente nas ações civis públicas que envolvem a implementação das políticas públicas.

Parece-nos relevante abordar especificamente duas questões: a utilização do inquérito civil como meio de prova na ação civil pública ajuizada, bem como a aplicação pelo julgador da inversão do ônus da prova.

Num primeiro momento, há de se destacar a importância do inquérito civil para a tutela de interesses transindividuais. Previsto no artigo 8º, §1º, e artigo 9º da Lei nº 7.347/85, o inquérito civil posteriormente também foi contemplado no plano constitucional no artigo 129, III do Texto Maior de 1988, tendo por objetivo principal uma “instrução administrativa” preparatória à propositura de ação civil pública.<sup>141</sup> Na definição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

O inquérito civil, previsto pelos artigos 8º e 9º da Lei nº 7.347/85, é procedimento administrativo destinado a reunir elementos para eventual ajuizamento da ação civil pública. É instrumento de utilização privativa do Ministério Público.<sup>142</sup>

Como visto em linhas anteriores, ainda que algumas pessoas de direito privado disponham de legitimidade para o manejo da ação civil pública, por uma série de razões estas acabam preferindo noticiar ao Ministério Público fatos que posteriormente serão tutelados em juízo pelo órgão. Neste sentido, também vimos que o poder requisitório do *Parquet* traz

---

<sup>141</sup> MAZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público*. in MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 222.

<sup>142</sup> In NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *O Ministério público e a responsabilidade civil por dano ambiental*. Revista Justitia, São Paulo, v. 55, n. 161, p. 61-74, jan./mar. 1993. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/links/edicao.php?ID=161>>. Acesso em: 09 set 2009.

grande relevância ao inquérito civil no que tange à vinda de informações para o deslinde de diversos litígios.

Não por acaso, a formalização de termos de ajustamento de conduta com os responsáveis por lesões ou ameaça de lesões a direitos transindividuais, ao longo dos anos de existência da Lei nº 7.347/85, vem se mostrando caminho bastante salutar na tutela coletiva, evitando-se a judicialização de conflitos.

Por outro lado, como ressaltamos que uma das premissas do presente estudo está na análise do conflito já judicializado, parece-nos relevante apreciar o grau de relevância do inquérito civil como meio de prova na ação civil pública, e ainda, com maior atenção, este panorama quando o réu da ação é um ente público.

Pela singela porém objetiva definição de inquérito civil mencionada, deduz-se tratar de atividade intrinsecamente administrativa, ainda que para sua realização sejam assegurados mecanismos permitindo a requisição de informações e dados técnicos, de modo a se chegar tanto quanto possível à verdade dos fatos. Revestindo-se, deste modo, de caráter ligeiramente inquisitorial, em regra não há exercício de contraditório neste procedimento, talvez até pelo fato de que não são impostas sanções administrativas no seu curso.<sup>143</sup>

Em outras palavras, entendendo o *Parquet* pela existência de elementos caracterizadores de violação a direitos transindividuais, a “sanção” decorrente do inquérito civil será o ajuizamento da ação civil pública<sup>144</sup>, dentro da qual o suposto responsável pelos fatos exercerá amplamente o direito de defesa e contraditório. A questão que se coloca, entretanto, é saber se o inquérito civil pode ser utilizado como meio de prova e em que medida.

Num primeiro momento, não há como esquecer que o inquérito civil que se desdobra na ação civil pública, ao estar previsto no artigo 8º da lei (artigo este que trata da instrução da

---

<sup>143</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUTIÇA. REsp. nº 886.137/MG. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 15/04/2008, DJe de 25/04/2008: “*PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LESÃO AO MEIO AMBIENTE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. 1. Impõe-se o não-conhecimento do recurso especial, pois não basta a mera indicação do dispositivo supostamente violado. As razões do recurso especial devem exprimir, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais o recorrente visa reformar o decisum. Incidência da Súmula 284/STF. 2. Inexiste ofensa ao contraditório no inquérito civil – preparatório da ação civil pública –, pois representa mera peça informativa que pode ser colhida sem a observância do princípio do contraditório. Precedentes: REsp 849.841/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 28.8.2007, DJ 11.9.2007, REsp 644.994/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17.2.2005, DJ 21.3.2005. 3. In casu, a nulidade foi bem afastada pelo Tribunal de origem pois, nem sequer foram aproveitadas as provas colhidas no inquérito civil uma vez que o juiz sentenciante determinou a elaboração de perícia judicial a fim de comprovar o dano ao meio ambiente. Recurso especial não-conhecido.*” (nossos grifos). Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

<sup>144</sup> Evidentemente que, havendo celebração de termo de ajustamento de conduta, a questão muda de figura, considerando a anuência do possível réu da ação civil pública em se comprometer à prática ou abstenção de determinados atos, havendo expressa cominação de sanções em caso de descumprimento, que poderão ser executadas nos termos do que dispõe o §6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, incluído pela Lei nº 8078/90.

petição inicial), nos leva a uma primeira conclusão de que seu objetivo maior é demonstrar os fatos constitutivos do direito alegado (*in casu*, de direitos transindividuais tutelados em juízo pelo *Parquet* através da legitimidade extraordinária de que dispõe).

Tanto é verdade que a utilização da ação cautelar prevista na mesma Lei nº 7.347/85 tem o condão de assegurar a efetividade de uma posterior solução dada à ação principal intentada, talvez porque o próprio inquérito civil, muito embora disponha de elementos para evidenciar a necessidade da cautela, ainda não tenha informações suficientes para demonstrar os fatos constitutivos do direito.

Assim, a utilidade inicial do inquérito é trazer elementos “pré-constituídos” à petição inicial para demonstrar os fatos alegados. Isto não significa que o inquérito civil tenha a mesma singeleza de um conjunto de documentos utilizado por um particular para embasar sua petição inicial numa ação qualquer e assim atender aos requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil.

Muito além de se prestar a este fim, o inquérito civil, em boa parte dos casos, se pauta em substancial prova técnica colhida administrativamente, com a complementação através de relatórios, pareceres de técnicos especializados e de professores universitários, depoimentos de especialistas, dentre outros elementos que, não raro, sequer são obtidos no curso da instrução processual da ação civil pública. Também é por esta circunstância que vem se ressaltando a necessidade do ordenamento atual de reinterpretar a função do inquérito civil como meio de prova nas ações coletivas.<sup>145</sup>

Neste debate, levanta-se principalmente o argumento da dificuldade na realização da prova pericial nas ações civis públicas, em boa parte por conta da previsão do artigo 18 da Lei nº 7.347/85 quanto ao não adiantamento de honorários periciais e despesas (o que tem levado a decisões das mais diversas com o intuito de não retardar ou mesmo paralisar o curso da ação<sup>146-147-148</sup>), tendo como reflexo muitas vezes uma instrução processual pior do que aquela realizada no curso do inquérito civil.

---

<sup>145</sup> Veja-se, por exemplo, ALONSO JR, Hamilton. *A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais*, in MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos...* Op. cit. p. 291-308.

<sup>146</sup> Lei nº 7.347/85, Art. 18: “*Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais*”. (Redação dada pela Lei nº 8.078/90).

<sup>147</sup> Após decisões esparsas de diversos Tribunais ora pela interpretação literal do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, ora pela necessidade de adiantamento das despesas com relação à prova pericial, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a previsão legal expressa do dispositivo deve ser relativizada, sendo o ônus financeiro do adiantamento das despesas atribuído à parte que requereu a prova pericial. Veja-se o REsp. nº 933.079/SC, onde ficou assentado: “*PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 18 DA LEI 7.347/85. 1. Na ação civil pública, a questão do adiantamento dos honorários periciais, como estabelecido nas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao art. 18 da Lei 8.078/90, foge inteiramente das regras gerais do CPC. 2. Posiciona-se o*

Temos que a situação merece efetiva reflexão, até porque está ligada de modo intenso ao tema central do estudo. Há que se considerar a fé pública que reveste os atos do órgão ministerial, sendo certo que a mesma presunção de legalidade e legitimidade dos atos emanados dos entes públicos que não raro são réus de ações civis públicas também deve aqui ser aplicada para os atos do *Parquet* no inquérito civil.

Precisas neste ponto as palavras de Hamilton Alonso Jr. ao dizer que

(...)a maioria das provas técnicas trazidas para o inquérito possui esta presunção *iusuris tantum* de validade, autenticidade e veracidade, sendo tal presunção decorrente também do próprio teor do artigo 364 do Código de Processo Civil, cabendo à parte contrária impugnar esses atributos de legitimidade (arts. 387 e 390 do CPC), sob pena de valorização maior ainda no panorama probatório.<sup>149</sup>

Assim, se em linhas anteriores sustentamos (até com certa insistência) a necessidade da oitiva do ente público antes da apreciação de pedidos liminares porque a vinda de suas informações se mostra fundamental à cognição do julgador, o mesmo se deve dizer do material advindo do inquérito civil e que instrui a petição inicial da ação civil pública.

Neste sentido, parece-nos que a sua consideração pelo julgador para a apreciação tanto de provimentos antecipatórios quanto de medidas cautelares não importaria em qualquer violação ao direito da parte contrária à ampla defesa e ao contraditório.

Diferentemente, entretanto, nos parece a sua utilização como meio de prova capaz de substituir, por exemplo, a realização de uma perícia técnica. Aqui, ao nosso sentir, mesmo com os contratempos acerca do elevado custo de perícias sobre lesões a direitos transindividuais (sejam aqueles referentes ao direito ambiental ou a outras áreas), a

---

*STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários advocatícios, seguindo a regra de que na ação civil pública somente há condenação em honorários quando o autor for considerado litigante de má-fé. 3. Em relação ao adiantamento das despesas com a prova pericial, a isenção inicial do MP não é aceita pela jurisprudência de ambas as turmas, diante da dificuldade gerada pela adoção da tese. 4. Abandono da interpretação literal para impor ao parquet a obrigação de antecipar honorários de perito, quando figure como autor na ação civil pública. 5. Recurso especial provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Relatora para acórdão Ministra Eliana Calmon. Julgado em 12/02/2008, DJe de 24/11/2008.)*”. No caso citado, o voto-vista do Ministro Castro Meira é bastante elucidativo acerca da diferença entre ônus da prova e ônus financeiro de adiantamento de despesas (disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2009). Outros precedentes da Corte: REsp nº 538.807/RS; AgRg no Ag nº 216.022/DF; REsp nº 686.347/RS.

<sup>148</sup> A solução pretendida pelo projeto de Lei no 5.139/2009, *concessa maxima venia*, também não nos pareceu muito adequada: “Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito. Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.” Ou seja, ao invés de repartir o ônus de arcar com as despesas ou atribuí-la a uma das partes antes da realização da prova, abre-se o risco, na prática, de designação de profissional do Poder Judiciário não tão capacitado para a diligência, a fim de que os Tribunais não tenham que arcar com o adiantamento das despesas processuais com perito, em pleno descompasso com a complexidade dos litígios envolvendo direitos transindividuais. Este risco somente seria afastado se os Tribunais fossem dotados de profissionais efetivamente capacitados para a realização de perícias, mas a realidade fática envolvendo outras demandas que não as de natureza coletiva mostra que este não parece ser o melhor caminho, pois na maioria das vezes a perícia é realizada por profissionais que não integram o quadro do Poder Judiciário.

<sup>149</sup> ALONSO JR, Hamilton. *A valoração probatória do inquérito civil...* Op. cit. p. 292.

necessidade da prova pericial requerida pela parte é inafastável, até por conta de uma possível hierarquia entre as provas.<sup>150</sup>

A primeira das razões que nos leva a esta conclusão está no fato de que o exercício do poder requisitório pelo Ministério Público, atrelado ao caráter inquisitorial do procedimento, já influencia na colheita dos elementos do inquérito civil, inobstante a presunção de legitimidade dos atos praticados nesta seara. Não se diga que a abertura à parte de momento para o exercício do contraditório e da ampla defesa com relação às informações que embasaram a propositura da ação, já no curso da relação processual (ou seja, com o conflito judicializado e uma conclusão prévia do *Parquet* de que dispõe de elementos suficientes para buscar em juízo a tutela coletiva), legitimariam o afastamento da produção de outras provas para formar o convencimento do julgador.

Além de caracterizar uma possível afronta ao devido processo legal, não há como negar que a mera manifestação da parte em juízo sobre os elementos já colhidos de forma unilateral pouco mudaria a cognição do juiz, excepcionando-se raras hipóteses em que se constatassem vícios na condução do inquérito civil.

Deste modo, com toda sua utilidade, ainda nos parece temerário adotar as peças do inquérito como efetivo meio de prova apto a substituir a prova pericial quando o réu da ação civil pública, sem o caráter protelatório, insistir na sua produção. Diferente é caso em que, aberta esta oportunidade de manifestação, o demandado dispense a realização de tal prova e concorde com o julgamento do processo de acordo com os elementos que já integrem os autos.

Como já se tratou da valoração do inquérito como meio de prova, da importância da realização da prova pericial e de aspectos envolvendo a instrução nas ações civis públicas, algumas linhas devem ser destinadas também ao ônus da prova. Aqui, há de se ressaltar que muitas são as vozes no sentido da ampla aplicabilidade das disposições da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) às ações civis públicas, por conta dos artigos 90 do

---

<sup>150</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUIÇA. REsp. nº 644.994. 2ª Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 17/02/2005, DJ de 21/03/2005: “PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL DE REPARAÇÃO DE DANOS – INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. NATUREZA INQUISITIVA. VALOR PROBATÓRIO. 1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a opinio actio do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. 2. ‘As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório’ (Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003). 3. As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador. 4. Recurso especial conhecido e provido”. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

diploma consumeirista e 21 da lei nº 7.347/85.<sup>151-152</sup> Sustenta-se que, ao se tratar da defesa de interesses transindividuais e individuais homogêneos, haveria de se interpretar de modo ampliativo a legislação em vigor, de modo a possibilitar a tutela efetiva de tais direitos.

Por outro lado, especificamente com relação à distribuição do *onus probandi*, não há como desconsiderar que os mencionados dispositivos legais fazem referência ao Título III do Código de Defesa do Consumidor, que trata da “defesa do consumidor em juízo”, não havendo nesta parte, por exemplo, menção expressa à inversão do ônus da prova.

Já vimos que a questão referente às despesas suportadas pelas partes na realização de prova pericial é um tanto quanto tormentosa, considerando que a redação do artigo 18 da Lei nº 7.347/85 muitas vezes diverge do contexto do caso concreto. Exatamente por isso, sua leitura tem sido feita *cum grano salis* pela jurisprudência.<sup>153</sup>

Ora, se com relação às despesas da prova requerida existem debates, com muito mais razão a distribuição do ônus da prova também demanda cautela. A posição mencionada nas linhas anteriores sustentando a aplicação irrestrita da Lei nº 8.078/90 a toda e qualquer ação civil pública deve ser ponderada.

Em primeiro lugar, o direito básico do consumidor à facilitação de sua defesa, inclusive com a inversão do ônus da prova (artigo 6º do diploma consumeirista) quando demonstrada sua hipossuficiência, denota a preocupação do legislador em equilibrar a relação processual, primando por uma prestação jurisdicional adequada e, em certa medida, justa.

Poder-se-ia, como dito, sustentar que a relevância dos direitos transindividuais também levaria à necessidade de se tentar equilibrar a relação processual, distribuindo o ônus da prova de acordo com o caso. Assim, uma aplicação irrestrita às ações civis públicas dos direitos assegurados ao consumidor levaria quase sempre à inversão do ônus da prova.

Ocorre que esta não nos parece a interpretação mais adequada da legislação em vigor. Há de se considerar que, muito embora a Lei nº 8.078/90 tenha trazido substanciais considerações referentes à tutela coletiva, há diversas situações em que não se está diante de uma relação de consumo, razão pela qual a análise da igualdade entre as partes na relação

---

<sup>151</sup> Lei nº 8.078/90: “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. Lei nº 7.347/85: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.” (Incluído pela Lei nº 8.078/90).

<sup>152</sup> Por todos, veja-se RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 208. E ainda, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas...* Op. cit. p. 238.

<sup>153</sup> Vide notas nº 147 e 148.

processual deve, em boa parte, levar em conta a espécie de direitos transindividuais que se discute em juízo.

Não raros são os casos em que, em sede de ação civil pública, a contraposição das partes litigantes deixa de evidenciar uma desigualdade entre as partes no que tange ao *onus probandi*. Como exemplo, uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face de uma pessoa jurídica de direito público, em regra, não trará consigo um desequilíbrio capaz de levar indistintamente à inversão do ônus da prova.

Tanto a hipótese retrata esta ausência de desigualdade que, ao estudarmos os provimentos liminares, vimos a necessidade de oitiva prévia da Fazenda Pública não como uma espécie de inversão do ônus da prova, mas sim como a evidência de que a parte contrária pode trazer aos autos elementos igualmente relevantes.<sup>154</sup>

Diversa é a situação na qual se determina, por decisão judicial, a inversão do ônus da prova. Neste caso, transfere-se à parte contrária a necessidade de demonstrar situação diversa daquela que está sendo alegada, e, no caso específico das ações civis públicas, tal situação pode levar não à equalização das condições das partes para litigar, mas a um possível desequilíbrio, dependendo evidentemente do caso concreto.<sup>155</sup>

Não é incomum que, em demandas versando sobre matéria ambiental, a relevância de um direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sirva de sustentáculo para decisões que, mencionando a responsabilidade objetiva do suposto poluidor, promovem a inversão do ônus da prova determinando que o réu demonstre uma conduta negativa, vale dizer, um elemento excludente dos fatos narrados ou ao menos do nexos causal, para afastar sua responsabilização.

---

<sup>154</sup> Com propriedade, destaca CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil...* Op. cit. p. 347: “É de se afirmar, em primeiro lugar, que a visão subjetiva do ônus da prova tem mais relevância psicológica do que jurídica. Em verdade, no momento da produção da prova pouco importa quem está produzindo este ou aquele meio de prova. Isto se dá em razão do princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez levadas ao processo, as provas não mais pertencem a qualquer das partes, e sim ao juízo, nada importando, pois, quem as produziu.”

<sup>155</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova*, in *Temas de Direito Processual*, 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988. p.73 e seguintes. Ressalva o professor, entretanto, que tanto a literatura alemã como a italiana consideram as normas relativas à distribuição do ônus da prova como regras de julgamento. Em outras palavras, no momento da apreciação do mérito pelo julgador é que este verificará quem acabará prejudicado pela inexistência de prova para determinado fato. Assim, a utilização da chamada “inversão” ocorreria através da análise do ônus da prova como regra de julgamento. Entretanto, este não é o posicionamento que prevalece no ordenamento pátrio. Conforme destaca MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis*, in *Direito Processual Coletivo...* Op. cit. p. 28: “A maioria da doutrina e da jurisprudência, no entanto, parece adotar posicionamento mais consentâneo com o princípio do contraditório, para afirmar que a inversão deva ocorrer em momento anterior ao da colheita da prova e que as partes precisam tomar ciência prévia da inversão, a fim de que possam envidar ou não os esforços necessários para se desincumbir do respectivo ônus da prova.”

Ora, ainda que se aplique subsidiariamente o Código de Processo Civil, e que haja disposição no sentido de que cabe ao réu demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autoral (artigo 333,II), tal circunstância evidencia apenas algo que normalmente é ínsito à relação processual: o ônus de cada parte demonstrar os fatos que alega.

Este não é o caso da inversão do ônus da prova, na qual atribui-se presunção de veracidade às alegações de uma das partes, incumbindo à outra o ônus da desconstituição de tal presunção. Assim, se a inversão é justificável em situações de desigualdade patente (como nos casos de hipossuficiência dos consumidores), o mesmo não se diga para toda e qualquer ação envolvendo a tutela de direitos transindividuais. Neste ponto, estamos com Paulo de Bessa Antunes quando afirma que

A inversão do ônus da prova em matéria submetida à responsabilidade objetiva, e na qual a incerteza científica seja uma trivialidade, é uma carga demasiadamente pesada que não pode ser decidida por uma opção judicial, mas deve, se for o caso, emanar de uma decisão política do parlamento, isto é, da lei.<sup>156</sup>

Abordando de certa forma a questão da legitimidade democrática do julgador para a distribuição do ônus da prova, entende o ambientalista que a aplicação indistinta do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas pode trazer um resultado injusto, quando na verdade a inversão do ônus da prova teria exatamente o condão de trazer equilíbrio.

É verdade que nas questões de direito ambiental, notadamente pela complexidade e interdisciplinaridade das questões que o envolvem<sup>157</sup>, a produção probatória muitas vezes traz grande dificuldade às partes e conseqüentemente ao juízo na busca de elementos concretos para uma cognição exauriente. Esta a principal peculiaridade que torna tão relevante o inquérito civil nesta área, como já visto.

Por outro lado, a inversão do ônus da prova sem uma disposição legal expressa neste sentido para toda e qualquer ação civil pública nos parece entendimento equivocado, seja pelo fato de que nem toda discussão envolve direitos do consumidor, seja porque as remissões

---

<sup>156</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Prova Pericial*, in MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 464.

<sup>157</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Transposição das águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia*, in MILARÉ, Édis.(Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 522: “o Direito Ambiental retira de certas disciplinas tradicionais seus fundamentos, princípios e instrumentos, que servem para, presentemente, lhe dar autonomia. É o caso do Direito Constitucional (o meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana, como princípio da ordem econômica e componente da ordem social, p. ex.), do Direito Administrativo (as autorizações, licenças ambientais e sanções administrativas, p. ex.), do Direito Civil (o regramento do dano ambiental, p. ex.), do Processo Civil (a ação civil pública ambiental, p. ex.), do Direito Tributário (os mecanismos tributários de proteção ao meio ambiente, p. ex.) e do Direito Penal (os crimes ambientais, p. ex.).”

recíprocas das leis não permitem deduzir que também a questão probatória deve ser regulada pelo diploma consumeirista e não pelo Código de Processo Civil.<sup>158</sup>

Tal constatação, de fato, tem levado a diversos problemas no trato com a tutela coletiva, na medida em que, se não se considerar os elementos trazidos no inquérito civil, e se a parte contrária não trazer também provas precisas sobre o caso concreto, a atividade jurisdicional restará comprometida quando não se estiver diante de questões unicamente de direito.

Neste caso, há de se ponderar que, dentre uma das deficiências da Lei nº 7.347/85 está a questão da instrução probatória. Como já dito diversas vezes ao longo do estudo, tal diploma legal representou significativo avanço na tutela coletiva de direitos, mas considerando situações processuais contemporâneas, acaba por deixar algumas lacunas.

Talvez por isso venha-se estudando a necessidade de alterações legais com relação à distribuição dos ônus da prova no curso das ações civis públicas. Sustenta-se, dentre outras questões, que o julgador distribua a responsabilidade pela produção da prova levando em conta conhecimentos técnicos, informações específicas ou maior facilidade na sua demonstração, podendo inclusive alterar esta distribuição de ônus no curso do processo.<sup>159</sup>

Ao que nos parece, tais concepções proporcionariam significativo avanço na produção de provas nas ações civis públicas, evitando indesejáveis contratempos que com frequência trazem à tutela coletiva um certo afastamento à duração razoável do processo (hoje erigida ao plano constitucional, nos termos do artigo 5º, LXXVIII da Constituição da República, e que,

---

<sup>158</sup> Não é o que pensa, por exemplo, JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. *O papel do Judiciário na proteção do meio ambiente, in MILARÉ, Édís.(Coord.). A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 581. Segundo a jurista, “O princípio da precaução leva à questão da inversão do ônus da prova, conforme o art. 6º, VIII, do CDC, que trata de norma geral processual das relações de consumo, mas que se aplica à Lei da Ação Civil Pública – LACP, por força de seu artigo 21”. Sobre questões envolvendo o princípio da precaução, veja-se o Capítulo 08.

<sup>159</sup> O já citado Projeto de Lei nº 5.139/09, dispunha no artigo 20, em sua redação original: “Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente: I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva; II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo; III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas; IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração; V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas; VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa; VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório”. Percebe-se que os estudos advindos do Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos, bem como os estudos da professora Ada Pellegrini Grinover e do professor Aluisio de Castro Mendes (que, como já dito, resultaram em dois anteprojetos que tiveram sensível influência na elaboração do PL 5.139/09), foram bastante atentos à questão da instrução probatória nas ações coletivas.

se num primeiro momento trata-se de uma garantia individual, por outro lado deve ser observada na tutela coletiva considerando a relevância dos direitos envolvidos).

Em contrapartida a este incremento da participação do julgador na distribuição do ônus da prova, fica claro que será necessário maior comprometimento com a exposição dos fundamentos cognitivos do juiz na decisão, notadamente pelo fato de que muitas vezes estará alterando a ordem natural da relação processual no que tange à instrução probatória, não podendo com isso causar desigualdades prejudiciais ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelos litigantes.

#### 2.2.4 Medidas coercitivas

Pela sua relevância no estudo das ações civis públicas em que figuram entes públicos, as medidas coercitivas não podem deixar de ser examinadas. A execução de decisões judiciais (antecipatórias ou finais), como veremos, apresenta particularidades de acordo com a espécie de direito coletivo envolvido, mas a utilização de instrumentos de sub-rogação ou coerção para a efetivação das medidas judiciais também apresenta contornos próprios.

Neste sentido, é forçoso reconhecer que o direito processual atualmente em vigor proporciona ao julgador uma série de caminhos para fazer valer as suas decisões. Alguns podem estar relacionados com as dificuldades práticas do caso concreto, enquanto outros voltam-se para o destinatário da decisão que se recusa a cumpri-la.

Não raro o julgador vê-se diante de situações em que certa obrigação de fazer ou não fazer, ou ainda uma obrigação de entregar coisa, por alguma razão, não se mostra mais possível (as questões ambientais são apenas um exemplo). Se há algum tempo a tendência era a conversão pura e simples da obrigação em perdas e danos, hodiernamente a busca por outras soluções decorre inclusive da fundamentalidade de alguns direitos envolvidos.

Por outro lado, sendo inviável o retorno ao *status quo ante*, passa-se a falar em medidas de compensação, apesar de não ser este o principal objetivo da atuação do Estado-juiz. A este respeito, Carlos Alberto de Salles ressalta, com propriedade que

As medidas compensatórias, nesse sentido, consistentes em condenação em valor, pecuniário ou não, deixam de cumprir aquela função de repor o bem lesado em sua indivisibilidade, não atendendo ainda ao conjunto de interesses a ele relacionado. O simples equivalente em forma de pecúnia, nesse caso, falha ao desvirtuar a natureza do bem coletivo e em não compensar todos os interesses indiretamente afetados pela lesão ao bem comum. Mesmo admitindo-se a solução da compensação em equivalente não-pecuniário, tendo em vista o grande número e

categorias de interesses envolvidos, em graus variáveis, a medida compensatória em espécie não atingiria de forma proporcional todos os interesses lesados.<sup>160</sup>

Como muitas vezes o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer depende do próprio obrigado para que seja possível a tutela específica, deve o julgador utilizar mecanismos de coerção, objetivando a dissuasão do devedor no prosseguimento da conduta ilícita. Em outras palavras, a não observância da ordem judicial deve trazer ao destinatário da medida coercitiva um prejuízo maior do que o cumprimento.

Analisando os dispositivos legais referentes ao tema, já vimos que o artigo 11 da Lei nº 7.347/85 previa o instituto da tutela específica bem antes de sua previsão no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. A redação atual do artigo 461, §5º do diploma processual civil (com as modificações feitas pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002), não deixa dúvidas acerca do objetivo maior de se evitar a resolução em perdas e danos:

Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Tratando do tema, o professor Teori Albino Zavascki destaca:

A notável valorização que se deu à busca da tutela específica está acentuada, sobretudo, nos dispositivos que conferiram ao juiz uma espécie de *poder executório genérico*, habilitando-o a utilizar, inclusive de ofício, além dos mecanismos *nominados* nos §§4º e 5º, outros mecanismos de coerção ou se sub-rogação *inominados*, que sejam aptos a induzir ou a produzir a entrega *in natura* da prestação devida ou de seu sucedâneo prático de resultado equivalente.<sup>161</sup>

Com este panorama legislativo, admitindo diversos mecanismos para se assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, pode-se dizer que, dentre as medidas de coerção mais utilizadas na busca do cumprimento da tutela específica, estão as astreintes. Apesar da frequência com que é utilizada, não há como negar que, dependendo do campo e dos direitos envolvidos, não raros são os casos em que os custos com eventuais reparações chegam a ser estudados pelo próprio descumpridor da norma (e incluídos dentro de seu custo de capital), tornando-se inclusive algo rotineiro (as relações de consumo podem muito bem ilustrar esta situação)<sup>162</sup>. Sob este viés econômico, a atuação do Estado-juiz e dos legitimados para a utilização da ação civil pública deve ser diligente a ponto de inibir esta prática.<sup>163</sup>

<sup>160</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Execução específica e ação civil pública*, in MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 87.

<sup>161</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo...* Op. cit. p. 21.

<sup>162</sup> Ressalve-se que a observação é pertinente para ações civis públicas em que figure no pólo passivo pessoas de direito privado, sendo certo que este tipo de análise econômica não é feito por entes públicos. A hipótese se amolda, com mais perfeição, à tutela de direitos individuais homogêneos, normalmente com uma situação clara de hipossuficiência daqueles

Há casos em que, por conta deste descumprimento, os prazos fixados para o atendimento à determinação judicial são extremamente curtos, tornando por vezes inexecutável a obrigação. Além disso, a fixação de valores astronômicos para as multas, muitas vezes também acaba por consubstanciar fator de descrédito da medida coercitiva, uma vez que a flagrante desproporcionalidade acaba levando a questão às instâncias superiores, onde se consegue reduzir o valor das astreintes através de recursos, em prejuízo do próprio cumprimento da obrigação, que acaba relegado a segundo plano na discussão.

O mesmo se diga quando o destinatário da medida coercitiva é o Poder Público. Como acaba sendo mais difícil se atingir diretamente as autoridades responsáveis, a aplicação de medidas para efetivação da tutela jurisdicional mostra-se um tanto quanto polêmica. Neste particular, a criatividade jurisdicional tem levado a caminhos extremamente perigosos.

Uma das medidas de coerção que vem crescendo exponencialmente no ordenamento, e que em verdade tem se transformado em instrumento de sub-rogação, é o bloqueio de verbas públicas. Explique-se: inobstante a impenhorabilidade do patrimônio público e a exigência do artigo 100 da Constituição da República com relação a pagamento de valores através de precatórios, os julgadores, diante de reiterados descumprimentos pelos entes públicos de provimentos jurisdicionais de urgência, têm efetuado o bloqueio de contas públicas, com o levantamento de quantias para que a parte contrária promova o resultado prático equivalente à obrigação de fazer inadimplida.

O campo onde mais se tem identificado esta prática é o do direito à saúde. Serão vistas na parte III com mais detalhes as principais questões sobre o tema, mas com relação ao bloqueio de verbas públicas, já se pode adiantar que o entendimento é chancelado pelo Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos.

---

que seriam os legitimados ordinários, substituídos no processo por um legitimado extraordinário, mais apto e melhor estruturado para buscar a efetivação do direito e das decisões judiciais proferidas.

<sup>163</sup> No mesmo sentido do texto, ao tratar do instituto da *fluid recovery* (recuperação fluida decorrente da tutela de direitos individuais homogêneos), Marcelo Abelha Rodrigues pondera que sua natureza seria punitiva, e não uma mera liquidação residual pelos legitimados extraordinários. Exatamente pelo fato de em alguns casos o número de liquidações individuais não ser compatível com a gravidade do dano é que surge a *fluid recovery*, impedindo que o condenado na ação coletiva esteja em posição de vantagem, quando confronta “o resultado obtido com a conduta danosa e a reparação a qual foi submetido judicialmente.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC*, in MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Deste modo, relevante tanto a aplicação de medidas coercitivas adequadas na execução das decisões envolvendo tais situações como, especificamente diante de direitos individuais homogêneos, a utilização, já na liquidação de sentença, da reparação fluida.

Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido.<sup>164</sup>

Se por um lado a medida vem sendo utilizada com sucesso num primeiro momento, por outro não há como deixar de ponderar que a questão deve ser tida como hipótese excepcional de intervenção jurisdicional, ante à fundamentalidade dos direitos envolvidos. Não há como reconhecer a legitimidade de tal conduta diante de situações corriqueiras, nas quais inexistente outro valor constitucional a ser ponderado com a impenhorabilidade do patrimônio público, a separação de poderes e o procedimento dos precatórios.

A ressalva deve ser feita porque, se no âmbito dos Tribunais Superiores a questão realmente é vista sob o prisma constitucional, no juízo *a quo* não raras são as decisões em que os valores bloqueados são entregues ao titular da relação de direito material sem qualquer controle ou fiscalização quanto à sua aplicação na obtenção do resultado prático equivalente à obrigação não satisfeita pelo ente público.

Nunca é demais lembrar que a Constituição da República, no seu artigo 70, parágrafo único, estabelece o dever de prestação de contas a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize bens e valores públicos. Ora, ainda que se entenda que se está diante de medida de sub-rogação da obrigação de fazer por uma solução que busque o resultado prático equivalente, não há como negar que, sendo a prestação de contas algo recorrente para a utilização de valores públicos, com muito mais razão esta deve ser observada em situações excepcionais que fogem aos procedimentos ordinários de transferência de recursos públicos a particulares.

A partir do momento em que houver uma fiscalização constante na aplicação desta medida de bloqueio, a sua utilização restringir-se-á aos casos em que efetivamente se constate excepcionalidade e urgência. Como será melhor desenvolvido nos próximos capítulos, o comprometimento dos julgadores com a coerência e a fundamentação de suas decisões, bem como com as próprias dificuldades da Administração Pública analisadas globalmente (e não

---

<sup>164</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento (AI AgR) nº 553.712/RS. 1ª Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 19/05/2009, DJe de 04/06/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=553712&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 fev. 2010. No voto do Ministro Relator, é citado outro precedente da Corte no qual se entendeu que “o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional.” (RE nº 271.286 AgR /RS. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000, DJ de 24/11/2000).

apenas diante daquele caso concreto posto à sua frente), é vital para a efetivação dos direitos fundamentais.

A multiplicação de decisões pautadas na excepcionalidade tem o perigoso risco de inverter o panorama, tornando rotina aquilo que deveria ser exceção. É evidente que os entes públicos contribuem sobremaneira para este posicionamento mais rígido e “invasivo” do Poder Judiciário, ao descumprirem decisões que estabelecem medidas coercitivas mais brandas.

A dificuldade, porém, está em tentar compatibilizar tanto a necessidade de cada caso concreto com os anseios da sociedade globalmente considerada, do contrário a medida poderá, a longo prazo, tornar-se apenas mais uma das medidas coercitivas infrutíferas quando o destinatário é o ente público.

Outras medidas aplicadas, como a determinação de multa pessoal ao agente público como pessoa física pelo descumprimento da obrigação, e a prisão por crime de desobediência, também são amplamente discutidas, pela sua duvidosa admissibilidade no ordenamento. No que tange às chamadas “multas pessoais”, indaga-se: como verificar quem é o efetivo responsável pelo cumprimento da decisão judicial?

Certamente, através de uma maior integração entre os Poderes. Como será visto ao longo da parte II, a aproximação dos julgadores aos problemas do Estado, conhecendo melhor os trâmites da Administração Pública, hoje mostra-se fundamental para o sucesso da judicialização de questões originariamente políticas. Veremos que o bônus do incremento na atuação do Estado-juiz traz consigo o ônus de melhor estudar as demandas sociais, não apenas sob a ótica do litígio atomizado, mas principalmente analisando a estrutura molecular das questões.

Por fim, com relação à cominação de prisão como medida coercitiva em feitos de natureza cível, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça pela sua inadmissibilidade, como se vê:

PENAL. HABEAS CORPUS. ORDEM DE PRISÃO. DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. Constitui ilegalidade a ameaça concreta de prisão decorrente de decisão de magistrado no exercício da jurisdição cível, quando não se tratar das hipóteses de depositário infiel e devedor de alimentos (Precedentes do STJ). Habeas corpus concedido.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 73.505/PI. 5ª Turma. Relator Ministro Félix Fischer. Julgado em 29/08/2007, DJ de 08/10/2007. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602836448&dt\\_publicacao=08/10/2007](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602836448&dt_publicacao=08/10/2007)>. Acesso em: 05 fev. 2010.

Prevalece o entendimento no sentido de que a eventual cominação de crime de desobediência como medida coercitiva em litígios de natureza cível demanda a abertura de inquérito penal para apuração, com o devido trâmite no juízo criminal competente, se presentes elementos que justifiquem a propositura de ação penal.

### 2.2.5 Sentença, liquidação e execução

Vimos que na utilização da ação civil pública, entende-se cabíveis todas as espécies de provimentos admissíveis no ordenamento.<sup>166</sup> Deste modo, poderá da sentença advir obrigações de fazer ou não fazer; provimentos de caráter declaratório; condenações de natureza pecuniária; ou ainda condenações para entrega de coisa. Nas palavras do professor Leonardo Greco

Os interesses coletivos *lato sensu* podem ser perseguidos por todas as espécies de ações, ou seja, por quaisquer procedimentos desde que aptos a tutelá-los, conforme estatui o artigo 83 do Código do Consumidor. O caráter coletivo não diz respeito à espécie de pedido ou de direito material, nem ao tipo de procedimento, mas ao modo peculiar como esses direitos se vinculam aos seus titulares ou como estes se relacionam entre si. Desse modo, também por todas as espécies de execuções podem ser eles postulados.<sup>167</sup>

Assim, advindo um provimento final de mérito na ação civil pública, a identificação do procedimento executivo mais adequado decorre da interpretação conjunta das disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), da Lei nº 7.347/85 e do Código de Processo Civil. Não havendo disposições procedimentais específicas na lei da ação civil pública, inevitável a utilização dos outros diplomas legais para a execução dos julgados.<sup>168</sup>

Por outro lado, esta ausência de um procedimento específico de execução para a tutela coletiva acaba por tornar mais evidentes as deficiências existentes na execução do processo

---

<sup>166</sup> Vide notas 116 e 119. Ademais, também o Projeto de Lei nº 5.139/2009, consolidando estudos doutrinários sobre o tema, mencionava expressamente em seu artigo 23: “*Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*”

<sup>167</sup> GRECO, Leonardo. *Execução nas ações civis públicas*, in Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.317-356.

<sup>168</sup> Abra-se aqui um parêntese para esclarecer que optamos por não analisar a controvertida aplicação do instituto da coisa julgada à tutela coletiva, considerando que os debates daí decorrentes estenderiam demasiadamente a apreciação da questão, mas não trariam grande contribuição para o objeto central do estudo que seria a implementação de políticas públicas e sua relação com a ação civil pública. Assim, o presente tópico aborda a liquidação e a execução de sentença, presumindo-se, portanto, que a decisão exequenda já transitou em julgado.

civil comum.<sup>169</sup> É bem verdade que as últimas reformas processuais têm auxiliado bastante a efetividade do processo executivo,<sup>170</sup> mas há de se reconhecer que a tutela coletiva demandaria um procedimento próprio, atento às peculiaridades das espécies de direitos envolvidos.<sup>171</sup>

Como já destacado ao tratarmos das medidas coercitivas, a relevância dos litígios de grupo tem demandado a busca pela tutela preventiva, de modo a se evitar a ocorrência do dano, buscando-se apenas em último caso a reparação. E, ainda que se busque a reparação, alguns campos da tutela coletiva (como o do direito ambiental) também demonstram que a conversão dos danos em ressarcimento pecuniário não é o principal objetivo, razão pela qual medidas compensatórias (que, nos termos das disposições legais sobre a tutela específica, assemelhar-se-iam ao “resultado prático equivalente”) têm sido utilizadas quando a prestação jurisdicional não tenha se efetivado em tempo hábil a evitar a lesão ao direito.

Estas peculiaridades, por si só, já demonstrariam a necessidade de um procedimento executivo próprio, algo que é reforçado quando diante da tutela de direitos individuais homogêneos. Neste caso, como se ressaltou, a ação civil coletiva distingue-se da ação de

---

<sup>169</sup> Mais uma vez precisas as palavras do professor Leonardo Greco quando aduz: *“Vou mais longe: também os procedimentos tradicionais do processo de conhecimento não são adequados às ações coletivas, que exigem um contraditório plurilateral e uma instrução aberta à participação de todos os interessados, que o processo linear não permite. Na execução das ações coletivas é mais acentuada a percepção das deficiências do processo tradicional, que está estruturado com base em relação jurídica eminentemente econômica entre o credor e o devedor e que se contenta com a execução ressarcitória, dando pouca ênfase à tutela específica.”* GRECO, Leonardo. *Execução nas ações civis públicas*. Op. cit. p. 318.

<sup>170</sup> Aponta o professor Teori Albino Zavascki duas “ondas de reformas” no direito pátrio. Uma delas, iniciada em 1985, promoveu a instituição no ordenamento brasileiro de instrumentos antes desconhecidos, objetivando atender demandas coletivas, direitos transindividuais e própria ordem jurídica abstratamente considerada. Outra, iniciada em 1994, teve o condão de aperfeiçoar mecanismos já existentes no direito processual, adaptando-os, entretanto, aos novos tempos. Como exemplos desta segunda onda, menciona a Lei nº 8.952/94, que modificou dispositivos do processo de conhecimento e cautelar; a Lei nº 8.953/94, que alterou dispositivos do processo de execução; a Lei nº 9.139/95, que reformulou o recurso de agravo, cabível contra as decisões interlocutórias; e a Lei 9.079/95, que tratou da ação monitória. Ainda segundo o professor: *“Novas e importantes alterações foram produzidas no Código de Processo a partir de 2001, especialmente pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre recursos e reexame necessário; pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001, e pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, sobre dispositivos do processo de conhecimento e da execução.”* E tratando da tutela específica, destaca: *“Nos demais casos, o seu regime processual é o previsto nos arts. 461 e 461-A do CPC, segundo os quais tanto a atividade cognitiva quanto a executiva são promovidas no âmbito de uma única relação processual. Vista à luz do sistema, essa mudança processual quebra uma das características básicas do regime estabelecido pelo Código de 1973, o da rígida e praticamente incomunicável distribuição das atividades jurisdicionais cognitivas e executivas em ações e procedimentos separados. Tal tendência foi acentuada com a edição da Lei 11.232, de 22.12.2005, que eliminou, também para obrigações de pagar quantia, as ações autônomas de liquidação e de execução, com o que tais atividades são desenvolvidas no âmbito da mesma relação processual em que foi proferida a sentença.”* ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo...* Op. cit. p. 19-20.

<sup>171</sup> Para DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 390, há de se considerar a efetividade do processo como marca das modernas preocupações sociais, buscando-se a “máxima coincidência” entre o que a parte obtém do processo e aquilo que teria obtido caso o direito fosse realizado sem conflito, levando-se em conta ainda o tempo e o modo de realização desse direito. Assim, concluem pela *“importância de se repensar a execução e as técnicas de efetivação das decisões judiciais frente aos imperativos da tutela coletiva”*.

cumprimento, momento no qual é promovida a liquidação e a execução de sentença decorrente de litígio que verse sobre direitos individuais homogêneos.

Aliás, com relação à liquidação, se esta não traz grandes pormenores na tutela dos direitos transindividuais, o mesmo não se diga com relação aos direitos individuais homogêneos. Na tutela coletiva de direitos individuais, além de promover a apuração do valor do crédito, apura-se ainda a sua titularidade, razão pela qual é denominada de “liquidação imprópria”.<sup>172</sup>

Com o advento da Lei nº 11.232/2005,<sup>173</sup> o legislador buscou eliminar um processo autônomo de liquidação, incorporando o instituto à própria relação processual principal, como sendo uma fase do processo. Assim, as disposições do Código de Processo Civil aplicam-se à liquidação dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, ao passo que diante de direitos individuais homogêneos a busca individual pela liquidação dar-se-á em processo autônomo.<sup>174</sup>

Prevê o diploma consumerista a possibilidade de execução e liquidação da sentença coletiva tanto pela vítima ou seus sucessores quanto pelos legitimados extraordinários à propositura da ação (artigo 97). De acordo com o professor Leonardo Greco, “*a legitimação das vítimas é ordinária e individual. Cada um somente pode liquidar e executar a sentença quanto à prestação que lhe cabe, não quanto às dos demais*”.<sup>175</sup>

No caso da execução coletivamente ofertada pelos legitimados extraordinários, esta abrangerá os indivíduos que já tiverem sido contemplados em sentença de liquidação, sem

---

<sup>172</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v.8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 321; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 385; WAMBIER, Luis Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.373. Para DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 387, é na liquidação que serão apurados: “*a) os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença; c) os fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido.*”

<sup>173</sup> BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 dez. 2005.

<sup>174</sup> DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 383. Os autores ressaltam a possibilidade de liquidação através de processo autônomo mesmo diante de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, como por exemplo a liquidação e execução de um termo de ajustamento de conduta (TAC) em inquérito civil. A ressalva é pertinente na medida em que o artigo 5º, §6º da Lei nº 7.347/85 expressamente atribui ao termo de ajustamento de conduta eficácia de título executivo extrajudicial. Assim, mesmo não estando judicializado o conflito coletivo, é possível vislumbrar situações de liquidação e excludoriedade de títulos, o que demandaria um processo autônomo independentemente da natureza do direito coletivo tratado.

<sup>175</sup> GRECO, Leonardo. *Execução nas ações civis públicas...* Op. cit. p. 321.

prejuízo ao ajuizamento de outras execuções pelas vítimas ou sucessores que tiverem sua liquidação realizada posteriormente à execução coletiva (artigo 98).

A Lei nº 8.078/90 prevê ainda o prazo de um ano para que os indivíduos lesados habilitem-se para liquidação e posterior execução. Findo este prazo, atribui-se aos legitimados extraordinários a possibilidade de deflagrarem a liquidação e execução, que reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347/85 (artigo 100, e seu parágrafo único). Trata-se do instituto da *fluid recovery*, uma liquidação coletiva proveniente de uma sentença condenatória proferida em ação que verse sobre direitos individuais homogêneos.<sup>176</sup>

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover “o dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o caput do art. 100 previu a *fluid recovery*”.<sup>177</sup>

Entretanto, forçoso ressaltar que o prazo estipulado de um ano não tem o condão de inibir o lesado de promover a liquidação e execução individual, sendo certo que, já tendo sido deflagrada a liquidação e execução pelo legitimado extraordinário, cabe a suspensão da execução coletiva para a dedução do valor da nova execução individual,<sup>178</sup> ou, já tendo sido esta promovida, tal circunstância não obstará a complementação em liquidação individual pelo lesado.<sup>179</sup>

Não havendo previsão legal mais específica do que aquelas oriundas do Código de Defesa do Consumidor para a execução de litígios envolvendo direitos individuais homogêneos, não há como negar sua aplicabilidade para a execução de outros direitos que não apenas aqueles decorrentes das relações de consumo. Neste caso, a remissão do artigo 21 da Lei nº 7.347/85 ao Título III da Lei nº 8.078/90 não demanda qualquer controvérsia, até mesmo porque as disposições do Código de Processo Civil não se ajustariam com a mesma efetividade à execução da tutela coletiva de direitos individuais.

Já com relação aos direitos difusos e coletivos, a execução segue o sistema do Código de Processo Civil. Conforme Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

[...]a execução deve ocorrer como fase de um único processo sincrético, após o trânsito em julgado da decisão e caso o devedor não tenha adimplido espontaneamente a condenação. A execução das sentenças de fazer e de não-fazer segue as determinações do art. 461 do CPC; a das decisões que determinam a entrega de coisa, as diretrizes do 461-A do CPC e a efetivação

<sup>176</sup> A este respeito, veja-se RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ponderações sobre a fluid recovery...* Op. cit.; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

<sup>177</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...* Op. cit. p. 893.

<sup>178</sup> Como sustenta GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...* Op. cit. p. 895.

<sup>179</sup> Segundo GRECO, Leonardo. *Execução nas ações civis públicas...* Op. cit. p. 322.

das sentenças pecuniárias deve observar as disposições relacionadas ao cumprimento da sentença (art. 475-I a art. 475-R). [...] A efetivação da sentença coletiva dependerá, pois, da natureza do direito coletivo *lato sensu* que venha a ser afirmado.<sup>180</sup>

De se notar que dentre as poucas previsões da Lei nº 7.347/85 sobre a fase de execução, prevê o artigo 15 uma espécie de legitimidade extraordinária subsidiária concorrente<sup>181</sup> para qualquer co-legitimado promover a execução do julgado, ainda que não tenha sido o autor da ação. A disposição legal, apesar do exíguo prazo de 60 dias para que já seja possível esta substituição, vai ao encontro da busca pela efetividade do processo e da tutela coletiva.

Por fim, de se lembrar que, quando na sentença coletiva for possível identificar não apenas a tutela de um direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, mas também uma situação individual, será possível vislumbrar tanto a execução coletiva quanto a execução individual.<sup>182</sup> Neste caso, após o indivíduo demonstrar em liquidação a titularidade de seu crédito, como já destacado.

---

<sup>180</sup> DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil...* Op. cit. p. 390-391.

<sup>181</sup> GRECO, Leonardo. *Execução nas ações civis públicas...* Op. cit. p.320.

<sup>182</sup> Pense-se, por exemplo, na hipótese de um dano ambiental causado a um determinado rio, atingindo o direito difuso da coletividade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e atingindo igualmente os direitos individuais homogêneos de pescadores que comprovadamente demonstrarem que subsistem da pesca naquele rio. Neste caso, a tutela coletiva buscará a reparação tanto do direito difuso quanto dos direitos individuais homogêneos, sendo possível a coexistência de execuções distintas, nas quais os pescadores individualmente poderão, após o reconhecimento por sentença do dano, liquidar e executar seu direito após comprovar onexo causal de sua situação individual, enquanto os entes legitimados extraordinariamente a tutelar os direitos difusos buscarão a liquidação e execução coletiva.

## **PARTE II – O início da tensão**

### **3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

#### **3.1 O papel do Poder Judiciário na democracia brasileira**

Como se verá no estudo do exercício da discricionariedade administrativa, a idéia de uma tripartição de poderes decorre da necessidade tanto de se impedir a concentração de atribuições num único órgão (o que historicamente levou a deturpações no exercício do poder) quanto de controle dos excessos promovidos por aqueles que governam, por aqueles que legislam e por aqueles que julgam. Não há dúvidas de que num sistema no qual situações de abusividade devam ser contidas (de modo a evitar a lesão ou ameaça de lesão a direitos), a previsão de mecanismos de intervenção entre os Poderes assegura um certo equilíbrio.

Considerando que esta divisão de atribuições, por outro lado, não ocorre de forma estanque, a instituição de um sistema de *checks and balances* promove a inter-relação entre os Poderes na consecução das finalidades públicas. Possibilita-se o exercício ordinário de atividades por cada Poder, mas ao mesmo tempo institui-se instrumentos específicos de controle entre eles.

Assim, por exemplo, há a possibilidade de o chefe do Poder Executivo vetar no todo ou em parte texto de lei que considere inconstitucional (art. 66, §1º da Constituição Federal em vigor); a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal e a edição de súmulas com efeito vinculante à Administração Pública direta e indireta (artigos 102 e 103-A do Texto Maior); a possibilidade de o Poder Legislativo julgar os chefes dos Poderes Executivo e Judiciário nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II da Constituição); enfim, diversos são os mecanismos expressamente previstos na Constituição Federal que possibilitam o controle de abusos, através de atividades que, originariamente, não seriam afetas àquele Poder que intervém.

Por mais que seja desejável uma divisão de atribuições entre os Poderes com certo equilíbrio, não há como negar que o advento do Texto Maior de 1988 marcou a elevação de importância do Poder Judiciário para a consecução de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Muito embora a tripartição de poderes tenha acompanhado a evolução do Estado brasileiro de longa data, historicamente a relevância de atribuições das funções típicas estatais ora se concentrou nas mãos do governante (*rectius*: Poder Executivo), ora se concentrou nas mãos do legislador, razão pela qual o papel do Estado-juiz sempre ficou restrito a “dizer o direito”, não lhe sendo legítima a interpretação das leis que pudesse ultrapassar, de certa forma, o real objetivo do legislador, nem, por outro lado, adentrar em questões que se referissem à esfera da Administração Pública.<sup>183</sup>

Tal panorama foi-se modificando ao longo do tempo, e sem dúvida alguma a Constituição da República de 1988 consagrou a relevância do Estado-juiz para a consecução de uma série de objetivos inerentes à própria democracia. Para o exercício imparcial da jurisdição, assegura-se ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira, e, a seus membros, inamovibilidade, vitaliciedade e independência funcional (respectivamente, artigos 99 e 95 da Carta Política), sendo certo que a composição dos membros deste Poder, excepcionando-se os membros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, advém da realização de concurso público de provas e títulos.

Note-se que o argumento principal nas discussões envolvendo o avanço e ampliação na apreciação pelo Poder Judiciário de questões intrinsecamente ligadas aos demais Poderes sempre foi uma suposta falta de legitimação democrática, considerando que não há eleição dos seus membros pelo povo, o que, em tese, faria com que não fossem representantes populares. Ainda que tal premissa não seja equivocada, veremos no Capítulo 5 que há diversos argumentos que tentam justificar a legítima atuação do Estado-juiz em questões que envolvam atividades típicas de Estado, e nesta linha de análise conclui-se inclusive que tal atuação se mostra necessária quando diante de omissões ou de situações envolvendo a efetivação de alguns direitos, como os direitos fundamentais.

Em outras palavras: o princípio da separação de poderes seria tão intenso a ponto de permitir o sacrifício de direitos em prol de uma democracia tripartite? Ou existiriam argumentos que pudessem levar à ponderação de princípios e valores constitucionais de modo a relativizá-los, quando em choque, ao invés de sacrificar um direito em detrimento de um princípio? Mas, ainda que se admitisse a ponderação de interesses e valores constitucionais, quem estaria legitimado a fazê-la, e, principalmente, quando isto seria possível?

Se estas questões têm atormentado constitucionalistas e estudiosos do direito público em geral, ao tratarmos das ações coletivas podemos perceber que tal debate ganha contornos

---

<sup>183</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas...* Op. cit. p. 589.

igualmente relevantes, por se estar diante de direitos cujos titulares muitas vezes são indeterminados ou apenas determináveis, ou ainda, quando determinados (nos casos de interesses individuais homogêneos), a própria relevância social da questão acaba por revestir o litígio de grande importância.

A evolução de tais debates (que, evidentemente, decorrem de novas demandas e interesses públicos e do próprio desenvolvimento da sociedade), levou ao incremento de estudos relacionados à possibilidade de apreciação pelo Estado-juiz de alguns temas sensíveis, por conta do seu papel na efetivação não apenas de um acesso à justiça, mas, nas precisas palavras do professor Leonardo Greco, do efetivo “acesso ao direito”<sup>184</sup>, trazendo ao julgador a função de não mais dizer apenas quem tem razão, mas de tentar buscar mecanismos efetivos de assegurar ao vencedor do litígio a satisfação do direito.

Passa-se a um Estado de Direito no qual exsurge o Poder Judiciário como um grande garantidor de direitos fundamentais, sempre demandado quando falhos os demais Poderes em sua missão democrática. Não por acaso, tal mudança de perspectiva da atuação do Estado-juiz vem sendo percebida por diversos doutrinadores. O administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, apreciando esta mudança de concepção, aduziu com propriedade:

[...] parece difundido o reconhecimento de que o Poder Judiciário realmente transcendeu o seu papel clássico e adquiriu uma função política, cabendo-lhe não apenas aplicar a norma ao caso concreto como adaptá-la, integrar a ordem jurídica e, até, examinar a norma legal diante de padrões principiológicos de assento constitucional.<sup>185</sup>

Indo um pouco além, Roger Stiefelmann Leal destaca que

O Poder Judiciário não ficou inerte ante esse crescimento do Executivo e o acentuado aumento do número de leis e atos com força de lei. Passou a ser encarado como o escudo da sociedade, o protetor dos direitos individuais contra os avanços do Estado em “domínios alheios”, assumindo, em certas ocasiões, papéis políticos estranhos à concepção doutrinária clássica. Visto desse enfoque, o Poder Judiciário passou por mudanças de duas ordens: internas ou funcionais e externas ou institucionais. Tais mudanças, de certo modo, permitiram uma maior ingerência dos órgãos jurisdicionais, dando causa ao que se poderia chamar de judicialização da política.<sup>186</sup>

Tais lições demonstram ser certo que o exercício da atividade jurisdicional, com o tempo, ganhou importância tão grande na efetivação do Estado Democrático que o fato de não ser ordinariamente composto por membros eleitos pelo povo não vem retirando a legitimidade

<sup>184</sup> GRECO, Leonardo. *O acesso ao direito e à justiça*, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Campos, 2005. Disponível também em <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=420](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=420)>.

<sup>185</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p.32.

<sup>186</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. v. 29. SÃO PAULO: Revista dos Tribunais, 1999. p. 230-237.

de boa parte das intervenções do Poder Judiciário nos demais Poderes, ainda que estes fossem, em tese, os legítimos realizadores das chamadas políticas públicas.

Entretanto, como visto nos capítulos anteriores, se por um lado os instrumentos processuais que revestem o trâmite das ações civis públicas trazem ao Estado-juiz um arsenal de possibilidades para buscar esta satisfação do direito, por outro evidenciam que nem sempre esta discussão se resolve apenas no plano do *iter* processual: não raros são os casos em que a intervenção entre os Poderes (ainda que admitíssemos como válido o argumento de legitimidade democrática do Poder Judiciário para atuação) torna o objeto do litígio absolutamente sensível, demandando a reflexão sobre a extensão e os limites que se imporiam ao Estado-juiz ao se imiscuir em tais questões.

De todo modo, mesmo com a inevitável constatação da relevância atual do Poder Judiciário para assegurar o Estado Democrático de Direito, a apreciação dos casos envolvendo políticas públicas em geral depende de reflexões mais profundas, que começam na constatação de um fenômeno a que se convencionou chamar de judicialização da política e de politização da justiça, passando pelo estudo do exercício tanto da discricionariedade administrativa (que, muitas vezes, seja por excessos, seja por omissões, traduz-se numa atuação que segue caminhos equivocados, pondo em risco direitos fundamentais e demandando a atuação do Estado-juiz), quanto de uma suposta discricionariedade judicial, além da apreciação de situações concretas que expõem intervenções ora satisfatórias ora indevidas.

## **3.2. A judicialização da política**

### **3.2.1 Uma visão global**

Reflexões sobre os fenômenos da judicialização da política e a expansão do ativismo judicial iniciaram-se há algumas décadas com a obra organizada por C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder<sup>187</sup>, na qual uma coletânea de artigos advindos do encontro sobre a judicialização da política ocorrido na Universidade de Bologna (Itália) em junho de 1992 proporcionou um amplo debate sobre a expansão da atividade judicial em todo o mundo.

---

<sup>187</sup> TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Op. cit.

Os autores procuraram trazer cuidadosamente definições sobre o que seria a judicialização, suas origens intelectuais, descrições de sua ocorrência em ordenamentos específicos, bem como sua evolução sob a perspectiva ideológica, contando para tanto com a contribuição de cientistas políticos, professores, juízes e demais operadores do direito. Por tal razão, não haveria como qualquer estudo sobre o tema deixar de apreciar obra tão relevante.

Destacam Tate e Vallinder que nos Estados Unidos, na década de 90, várias decisões judiciais provenientes de diversas cortes estatais passaram a abordar questões relacionadas com a revisão de políticas governamentais nas áreas de serviços públicos básicos.<sup>188</sup> Com a queda do comunismo totalitário na Europa Oriental e o fim da União Soviética, os Estados Unidos, por serem a “casa” da judicialização da política, acabaram por influenciar diversos ordenamentos, fazendo com que a expansão do ativismo judicial pudesse ser constatada em todo o mundo.

A ruptura com sistemas de governo totalitários, aliada à influência norte-americana nos processos de democratização da América Latina, Ásia e África, foi apenas um dos fatores que influenciou na formação de Estados de Direito pautados num Poder Judiciário forte e atento à atuação da Administração Pública. Principalmente após as duas grandes guerras mundiais, a expectativa com relação a como proteger os direitos fundamentais dos cidadãos passou a estar no centro da reestruturação de diversos ordenamentos.<sup>189</sup>

Assim, boa parte dos ordenamentos reestruturados após regimes ditatoriais foram arquitetados com base na solidez de um sistema de freios e contrapesos, permitindo o controle mútuo entre os Poderes e evitando excessos que possibilitassem a repetição de falhas do passado.<sup>190</sup>

Além destas questões históricas, também sob o plano filosófico e da ciência política algumas modificações teóricas influenciaram o desenvolvimento da judicialização. Se por um lado antes das grandes guerras as teorias do direito natural cediam espaço ao utilitarismo de

---

<sup>188</sup> TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power...* Op. cit. p.02.

<sup>189</sup> O caso específico da Alemanha, por exemplo, deixou enormes traumas pelo fato de que o Legislativo formado anos antes da 2ª Guerra adveio de uma maioria que, se por um lado foi composta após eleições formalmente democráticas, por outro constituiu uma maioria com atuação absolutamente anti-democrática, que levou à formação de um governo de coalizão no qual Hitler veio a ser apontado chanceler, com a posterior dissolução do *Reichstag* e realização de eleições nas quais o partido nazista era absoluta maioria. TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power...* Op. cit. p. 19-20.

<sup>190</sup> C. Neal Tate (*The Global Expansion of Judicial Power...* Op. cit. p.09), cita o ordenamento das Filipinas como um caso em que os efeitos do restabelecimento da democracia trouxeram consigo uma grande ênfase no papel de um Poder Judiciário forte, com autoridade para revisar dentro de sua margem de discricionariedade as ações da maior parte dos órgãos governamentais.

Bentham,<sup>191</sup> posteriormente o que se viu foi uma releitura das teorias do direito natural. Seria exagero afirmar que houve um retorno à defesa indistinta do jusnaturalismo, mas não seria equivocado afirmar que algumas idéias defendidas por Kant passaram a orientar a concepção de que, de fato, haveria um conjunto de valores morais prévio à constituição do ordenamento jurídico, que acabariam por orientar a conduta dos homens no sentido de que tais valores fossem respeitados.

Os imperativos categóricos de Kant, bem como sua distinção em mundo sensível e mundo inteligível, na análise metafísica dos costumes humanos<sup>192</sup> (por sinal sempre muito criticada pelas teorias positivistas) na verdade são trazidos novamente a lume, exatamente com o objetivo de evidenciar a legitimação dos chamados direitos fundamentais. Surgem os direitos humanos e com eles a necessidade de que nos Estados de Direito a tutela destes valores morais fosse assegurada ainda quando legisladores e administradores falhassem nesta missão.<sup>193</sup>

Como destacamos, a relevância do sistema norte-americano após as grandes guerras trouxe ao mundo a imagem de um Poder Judiciário capaz de ser o grande guardião dos valores fundamentais de um ordenamento. Neste sentido, a expansão global do ativismo judicial passou a ser verificada através de uma ampliação nas arenas políticas de procedimentos judiciais e da própria forma de se tomar decisões.

Esta transposição de procedimentos originariamente judiciais ao campo da política é um dos sentidos em que Vallinder considera a “judicialização” da política.<sup>194</sup> O outro seria a ampliação dentro das cortes do trato com questões envolvendo temas que ordinariamente seriam afetos ou à Administração Pública ou às Casas Legislativas, o que também seria uma forma de judicialização.

Assim, vemos que o início dos estudos acerca da judicialização da política partiram da constatação de um duplice movimento, caracterizado por: a) levar às Cortes judiciais a apreciação de temas sensíveis envolvendo questões políticas (o que Vallinder chama de

---

<sup>191</sup> Vide BENTHAM, J. *An introduction to the principles of morals and legislation*, in J.H.Burns e L.H.A. Hart (Orgs.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*. Londres: The Athlone Press, 1970.

<sup>192</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos* (Trad. Leopoldo Holzbach). São Paulo: Martin Claret, 2006.

<sup>193</sup> A título exemplificativo, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos datam de 1945 e 1948 respectivamente, demonstrando a preocupação mundial com valores fundamentais após os prejuízos à humanidade decorrentes das guerras.

<sup>194</sup> TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power...* Op. cit. p.13.

*judicialization from without*); e b) implementar no meio político procedimentos cada vez mais próximos aos judiciais (*judicialization from within*).

Como será visto adiante, não é apenas a existência de um regime democrático que, por si só, permitirá a judicialização da política e a conseqüente expansão do ativismo judicial, mas uma série de condições que, conjuntamente, permitem esta maior participação dos julgadores na formação de uma sociedade mais harmônica.

### 3.2.2 Condições que favorecem a expansão da atividade jurisdicional

Justificando o incremento da judicialização tratado por Vallinder, C. Neal Tate aponta alguns fatores que estimularam a expansão do ativismo judicial em diversos ordenamentos. A relevância deste diagnóstico torna importante apreciar estas condições.

Vimos que a redemocratização de diversos ordenamentos foi sem dúvida alguma o maior dos fatores capazes de fomentar o processo de judicialização. Ou seria possível vislumbrar que um regime ditatorial atribuiria amplos poderes às Cortes para apreciar seus atos e controlar suas decisões políticas, descentralizando questões que possivelmente o tornariam vulnerável?

Além disso, também ficou claro que a existência de um sistema pautado na separação de poderes e no mútuo controle exercido entre julgadores, administradores e legisladores proporciona maior relevância aos próprios Poderes na consecução dos valores fundamentais de um ordenamento, ao mesmo tempo em que evita (ao menos tem tese) abusividades e distorções.

A dificuldade está, entretanto, em saber a exata medida da intervenção de um poder em outro, pois muitas vezes a avaliação de questões políticas originariamente pertence a um único Poder, sendo certo que, não sendo arbitrária sua atuação, o exercício de um controle externo transmudar-se-ia numa interferência indevida, abusiva e capaz de atingir este equilíbrio decorrente do sistema de *checks and balances*.

Assim, como um primeiro aspecto, menciona-se a existência de uma democracia fundada na separação de poderes, que possibilita e estimula a judicialização de questões. Entretanto, isto não é capaz de, por si só, assegurar que tal fenômeno ocorra, razão pela qual o influxo de outros fatores também é identificado.

Outra condição mencionada por Tate<sup>195</sup> é a existência de uma política de direitos, notadamente a existência de uma declaração de direitos fundamentais no próprio texto constitucional. Se foi visto que o advento dos direitos humanos, o retorno a valores morais e teorias naturais, e o objetivo quase que mundial de proteção aos cidadãos exsurgiu após conseqüências trágicas de regimes totalitários, não há dúvidas de que a previsão constitucional de direitos fundamentais desmitifica a tese de que políticas públicas somente podem ser apreciadas por representantes governamentais diretamente eleitos pelo povo.

Afasta-se a idéia de uma atuação política meramente discricionária e, quando diante de direitos fundamentais, a omissão estatal na defesa de tais direitos (ou a não realização de prestações positivas para assegurá-los) leva a uma maior atuação das Cortes. Se em países desenvolvidos as questões políticas suscetíveis de debates quanto à separação de poderes não envolvem necessariamente direitos fundamentais, nos países em desenvolvimento ou em reestruturação democrática a situação é diversa: o próprio ordenamento brasileiro é capaz de evidenciar que, muitas vezes, a intervenção judicial não é apenas recomendável, mas um tanto quanto necessária<sup>196</sup>.

Além destes dois aspectos, também a percepção de diversos grupos de interesses da sociedade quanto à reputação dos membros da Administração Pública e das Casas Legislativas é fator que pode influir na judicialização. Instituições sociais, grupos econômicos de investidores e segmentos da sociedade civil, ao constatarem má administração do interesse público, corrupção, favorecimentos e outras mazelas que assolam o desenvolvimento social, acabam por anuir com a atuação do Poder Judiciário mesmo em questões que originariamente não lhe estariam afetas.

---

<sup>195</sup> TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power...* Ob. Cit. p. 29.

<sup>196</sup> LANDFRIED, Christine. *Germany* (Capítulo 17), in TATE, C. NEAL e VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power...* Op. cit. p. 307-324. Estudando aspectos acerca do ordenamento alemão, a Autora constatou que, numa visão geral sobre as leis federais declaradas inválidas que se relacionam com políticas públicas, a Corte Constitucional invalidou o maior número de normas no campo das políticas sociais, seguido de políticas financeiras e legais. Assim, concluiu-se no levantamento realizado por Landfried que a maior parte das leis declaradas inválidas pertencia a áreas da política nas quais a Lei Fundamental Alemã estaria aberta a uma variedade de interpretações. A análise da autora é interessante na medida em que se percebe que campos como o das políticas educacionais, das políticas de saúde e de meio ambiente são aqueles em que menos se constatou a intervenção das Cortes. Também WALLACH, H. G. Peter. *Reunification and Prospects for Judicialization in Germany*, in TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. Op. cit. p. 326, percebeu que a função subsidiária dos Tribunais, decorrente de uma postura sensata dos administradores alemães em alguns campos, refletiu-se com mais intensidade nestas três áreas, que em verdade são ligadas a direitos fundamentais. O panorama, como se verá mais adiante, é exatamente inverso no ordenamento brasileiro, no qual o surgimento da judicialização da política e o incremento do ativismo judicial mostraram-se presentes, dentre outras, justamente nas áreas de saúde, educação e meio ambiente.

O respeito aos membros das Cortes, e a concepção de que o Poder Judiciário seria o único capaz de intervir com eficiência nos abusos decorrentes da atuação dos demais Poderes faz com que a sociedade reconheça certa legitimidade na judicialização das questões, ainda que ela própria tenha, de certo modo, sido responsável pela composição dos demais Poderes, elegendo seus representantes. Esta talvez a razão principal pela qual o argumento contra-majoritário da falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário perca sua força: no fundo, a própria sociedade assente com a intervenção judicial, mesmo atingindo atos de representantes por ela eleitos.<sup>197</sup>

Por fim, como um último fator apontado por Tate para fomentar a judicialização, está uma delegação implícita às Cortes feita pelas próprias instituições majoritárias, que diante de situações delicadas, e receosas da repercussão social que certa posição adotada poderá ter, preferem não decidir algumas questões. Neste contexto, preferem as arenas políticas manterem-se omissas e forcem uma apreciação jurisdicional a arriscarem um posicionamento que venha repercutir negativamente em sua imagem perante à sociedade.

Apesar de, em alguma medida, ser inusitado este aspecto, não raros são os casos de omissões legislativas ou omissões estatais na implementação de políticas ou na efetivação de direitos por não serem “politicamente convenientes”. Não só o ordenamento brasileiro retrata esta situação,<sup>198</sup> mas é comum perceber que, em diversas áreas, negociações políticas entre membros de situação ou oposição para a aprovação de leis ou implementação de programas de governo acabam por relegar o interesse público a uma posição subsidiária ou residual.

A existência de uma ou algumas destas condições é capaz de proporcionar a judicialização, e, inversamente, ainda que presentes todos os fatores ora analisados, não há garantia de que se estará diante de um ordenamento pautado num ativismo judicial. Trata-se de diagnóstico que pode trazer um panorama exemplificativo do fenômeno, mas que deve ser complementado com o estudo pontual de cada ordenamento jurídico.

---

<sup>197</sup> TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power...* Ob. Cit. p. 31-32.

<sup>198</sup> TATE, C. Neal (*The Global Expansion of Judicial Power...* Ob. Cit. p. 31-32) cita, dentre outros, o ordenamento norte-americano e o ordenamento canadense. No primeiro, questões relacionadas à legalização do aborto foram deixadas por diversos estados à apreciação pelas Cortes, exatamente por conta da sensibilidade do tema e pelo desgaste político que um posicionamento claro acerca do tema, pelos legisladores e administradores, poderia causar junto à sociedade.

### 3.2.3 A judicialização no Brasil

Confirma Débora Alves Maciel<sup>199</sup> o que já se ressaltou nas linhas anteriores, no sentido de que o fenômeno chamado de judicialização da política foi estudado a partir das pesquisas realizadas por C. N. Tate e T. Vallinder<sup>200</sup>, quando se constatou uma expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. O incremento da atuação dos órgãos jurisdicionais como instâncias revisoras de atos emanados das áreas executiva e legislativa, associado a uma maior predisposição destas em implantar procedimentos tradicionalmente de caráter judicial aproximou a idéia de uma judicialização da política, e, ao mesmo tempo, de uma politização da justiça.

No Brasil, como menciona a supracitada Autora, a introdução de tais conceitos decorreu de pesquisas realizadas por Ariosto Teixeira<sup>201</sup> e Marcos Faro de Castro<sup>202</sup>, que inicialmente criticavam tal fenômeno porque, há época, a atuação do Supremo Tribunal Federal em questões sensíveis, foco do estudo inicial dos Autores, era revestida de pouco ativismo.<sup>203</sup>

Passada pouco mais de uma década do surgimento de tais idéias, o panorama é absolutamente diverso. Verifica-se a cada dia um incremento substancial de debates (políticos, jurídicos e sociais) acerca de questões sensíveis. A consolidação do Estado Democrático de Direito no país, notadamente com a efetivação de uma série de direitos (e a necessidade de se assegurarem outros), trouxe à tona intensas controvérsias acerca do papel dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na consecução de finalidades públicas.

Atento ao fenômeno, o professor Ricardo Lobo Torres registra que

---

<sup>199</sup> MACIEL, Débora Alves, e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises, in Lua Nova: Revista de cultura e política. n. 57. CEDEC: São Paulo, 2002.

<sup>200</sup> TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power...* Op. cit.

<sup>201</sup> TEIXEIRA, Ariosto. A judicialização da política no Brasil. Dissertação de Mestrado. Brasília: UNB, 1997.

<sup>202</sup> CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, in Revista Brasileira de Ciências Sociais. vol. 12. n. 34. São Paulo, 1997.

<sup>203</sup> No Capítulo 06 serão vistas questões específicas sobre o direito à saúde, mas desde já é relevante mencionar as considerações de Ingo Sarlet e Flávio Pansieri, no sentido de que “o Poder Judiciário realmente apenas na metade da década de 1990 - devemos frisar isso, cerca de sete ou oito anos após a promulgação da Constituição de 1988 - é que abandonou a postura mais tímida em relação à judicialização da política e também em relação à própria efetividade do direito à saúde. Na verdade, até então, a posição dominante era, inclusive no STJ, de que o direito à saúde era norma programática e, portanto, não tinha aplicabilidade alguma, a não ser na medida da lei que o concretizasse.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência pública relacionada ao direito à saúde. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: jan. 2010.

Nos últimos anos vem se afirmando no Brasil, a exemplo do que já ocorria nos países democráticos, o fenômeno da *judicialização da política*. Consiste na interferência do Judiciário sobre as questões políticas ínsitas à elaboração legislativa, principalmente na via do controle da constitucionalidade. Com o novo relacionamento entre Estado e Sociedade, que se surpreende no renascimento do liberalismo, com a necessidade de controle da maioria e com a expansão da atividade legislativa tornou-se imperiosa a censura judicial para o equilíbrio democrático. O juiz deixa de ser o aplicador formalista da lei para se tornar também agente das transformações sociais, utilizando no exercício de suas funções os instrumentos da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade para enfrentar as novas questões colocadas pelo pluralismo de interesses da sociedade moderna.<sup>204</sup>

Diante de necessidades sociais cada vez mais prementes, o que seria uma mera aplicação prática de um sistema de *checks and balances* para controle de excessos passou a ter um contexto de maior importância quanto a uma atuação intercambiária entre os Poderes.

O aprimoramento de procedimentos passou a demonstrar que, em alguns casos, a judicialização da política poderia configurar a utilização de métodos típicos da decisão judicial nas disputas e demandas das arenas políticas, através dos mecanismos identificados por Vallinder e que não seria retórico reiterá-los: i) *from without*: ampliação das áreas de atuação dos Tribunais, permitindo a revisão judicial de questões políticas; ii) *from within*: através da inserção nos Poderes Executivo e Legislativo de mecanismos próprios do Judiciário, como Tribunais Administrativos e Comissões de Inquérito (CPI's).<sup>205</sup>

Na verdade, sob um ponto de vista político, tal fenômeno reflete o desejo de os legisladores e administradores adotarem conduta positiva e ativa, efetivamente realizando as políticas públicas (através de sua atuação legislativa e concreta). Assim, evita-se que tais pormenores, em virtude de suas omissões, passem a ser apreciados pelo Estado-juiz, e, conseqüentemente, demonstra que quanto maiores os mecanismos de atuação política, menores as intervenções dos demais Poderes.

Parece-nos que efetivamente este seria o caminho desejável. É de se destacar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estatuído no art. 5º, XXXV do Texto Maior de 1988, se por um lado consagra a possibilidade de se levar ao Poder Judiciário questões de lesão ou ameaça a direito a qualquer tempo, por outro intrinsecamente se reveste de objetivo subsidiário, vale dizer, a idéia primordial de um Estado Democrático de Direito é o convívio social harmônico, com o respeito às leis e instituições, e com uma atuação estatal presente na garantia dos direitos fundamentais da sociedade.

<sup>204</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais...* Op. cit. p. 327.

<sup>205</sup> MACIEL, Débora Alves, e KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política...* Op. cit, p. 114.

Tal constatação, entretanto, não quer dizer que se sustente um paternalismo estatal, mas sim que, diante de situações relacionadas à cidadania e à dignidade do indivíduo, o Estado se mostre presente. Em outras palavras, a crise do Estado-Providência não tem o condão de afastar a obrigatoriedade estatal de assegurar condições mínimas de dignidade aos cidadãos, e justamente por isso, quando se vislumbrar omissões, o Estado-juiz deverá estar presente, mesmo não sendo primordialmente a sua função.

Deste modo, a atuação do Poder Judiciário, originariamente, deveria ser instrumento subsidiário de pacificação social, e não a regra geral para garantir a ordenação pública. Por isso, *v.g.*, as prestações positivas a serem asseguradas pelo Estado devem advir de uma conduta ativa tanto dos legisladores na atuação política de criação normativa, quanto dos administradores na implementação concreta dos objetivos políticos.

Entretanto, se por um lado a judicialização da política tem o viés de minimizar as intervenções entre os Poderes como forma de controle, assegurando através da instituição de mecanismos tipicamente jurisdicionais a atuação estatal positiva, por outro reside na omissão do Estado em assegurar uma série de direitos o cerne da politização da justiça. Vê-se que a ampliação do campo sob o qual se exercerá a atividade jurisdicional decorre, fundamentalmente, da dificuldade estatal de implementação de prestações positivas, levando a situações de lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Frise-se ainda que as discussões inerentes à extensão desta ampliação da atividade jurisdicional envolvendo questões de caráter eminentemente político englobam a reflexão de aspectos como a possibilidade (ou não) de criação do direito pelo juiz; a possibilidade de intervenção quando não há violação de direitos fundamentais; a possibilidade (ou não) de viabilizar políticas públicas sem um corpo técnico especializado e adequado para traçar suas diretrizes de implementação; e, não menos importante, a tradicional e já citada questão sobre a legitimidade democrática de juízes não eleitos pelo povo para traçar diretrizes que, concretamente, influenciam nas políticas de uma sociedade.

### **3.3. A politização da justiça**

Como são expressões correlatas, não raros são os casos em que se fala numa judicialização da política quando em verdade se quer abordar a politização da justiça. Não há como negar que ao se falar em judicialização, efetivamente se está querendo demonstrar que

determinada questão passa a ser levada a um contexto jurisdicional, que, de modo prevalente, é exercido pelos Tribunais.

Sob este ponto de vista, judicializar a política seria levar ao Poder Judiciário questões políticas, apesar de, preponderantemente, se chamar este movimento de politização da justiça (algo que também não estaria equivocado pelo simples fato de que a apreciação de questões que intrinsecamente não se refeririam às Cortes, em verdade caracterizaria uma espécie de politização da atividade jurisdicional).

Ao que nos parece, ao serem internalizadas no ordenamento brasileiro, as formas de judicialização identificadas por Vallinder como *judicialization from without* e *judicialization from within* ganharam, respectivamente, os nomes de politização da justiça e judicialização da política (ainda que, originariamente, o autor sueco não adotasse esta distinção terminológica). Deste modo, visando afastar divergências conceituais, entenderíamos a politização da justiça como um movimento na direção “arenas políticas-Tribunais”, levando-se novas questões à apreciação do Estado-juiz, enquanto a judicialização da política, ao nosso sentir, referir-se-ia ao movimento no sentido “Tribunais-arenas políticas”, com a implementação de instrumentos tipicamente judiciais no Estado-legislador e no Estado-administrador.

De uma forma ou de outra, as novas necessidades sociais levam às organizações estatais o dever de aprimorarem suas estruturas, de modo a melhor concretizarem objetivos públicos fundamentais que, inegavelmente, se instrumentalizam numa série de direitos. O cerne da discussão é saber até que ponto estaremos diante de uma intervenção devida, ou, inversamente, abusiva (*rectius*: invasiva).

Registra a professora Gisele Cittadino<sup>206</sup> que o constitucionalismo democrático priorizaria os valores da dignidade humana, da solidariedade social, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre os poderes do Estado. Então, quando se estiver diante de valores compartilhados por toda uma “comunidade de intérpretes”, ao Judiciário será possível a apreciação de questões que decorrem de uma interpretação aberta destes novos valores.

Apesar de tais considerações, mesmo o controle de constitucionalidade de leis a atos normativos no Brasil, que mescla os sistemas concentrado e difuso, acaba não fugindo de críticas, porquanto, como registra Gilmar Ferreira Mendes:

O modelo de convivência entre controle difuso e concentrado produziu, na democracia brasileira, o fenômeno da judicialização da política com contornos desconhecidos nas democracias maduras.

---

<sup>206</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva* - elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Derrotadas nas arenas majoritárias, as minorias políticas procuram revogar na Justiça as decisões da maioria. A politização dos atores judiciais criou o ambiente atual, em que vigoram cerca de um milhão de liminares.<sup>207</sup>

### Atento ao fenômeno, Boaventura de Souza Santos ressalta

As relações entre o sistema judicial e o sistema político atravessam um momento de tensão sem precedentes cuja natureza se pode resumir numa frase: a judicialização da política conduz à politização da justiça. Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política. Tal pode ocorrer por duas vias principais: uma, de baixa intensidade, quando membros isolados da classe política são investigadores e eventualmente julgados por actividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição social destacada lhes confere; outra, de alta intensidade, quando parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente. No momento em que ocorre, não é fácil saber se um dado processo de judicialização da política é de baixa ou de alta intensidade. Só mais tarde, através do seu impacto no sistema político e judicial, é possível fazer tal determinação.<sup>208</sup>

O registro de ambos os juristas demonstra que situações há nas quais os próprios membros de um Poder suscitam a intervenção de outro como forma de exercício de um controle nem sempre legítimo ou adequado. Resta-nos ponderar quando este controle envolve meras disputas políticas, e quando efetivamente advém de omissões ou de abusos decorrentes de uma má atuação.<sup>209</sup>

### 3.4 O ativismo judicial

É de se notar também, sob um outro prisma de análise, que a judicialização da política não se confunde com o ativismo judicial, apesar de originarem-se de um mesmo processo. Em verdade, com a evolução da judicialização da política, vimos que a postura do Poder Judiciário modificou-se, o que desencadeou um releitura do papel do juiz na consecução das finalidades públicas.

<sup>207</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *apud* MACIEL, Débora Alves, e KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política...* Op. cit., p. 117.

<sup>208</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A judicialização da política*. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>> Acesso em: 10/11/2009.

<sup>209</sup> Esta constatação não é exclusivamente brasileira. A própria Christine Landfried (*Germany* - Capítulo 17- Op. cit.) identificou no ordenamento alemão que quanto mais questões políticas são decididas pela Corte Constitucional, mais as alternativas políticas ficam reduzidas. Entretanto, neste caso membros do Parlamento contribuem para esse desenvolvimento, dando excessiva atenção a uma interpretação estrita da legislação – justamente para levar ao Poder Judiciário questões que, na verdade, se referem ao inconformismo de vertentes políticas – o que se agrava ainda mais porque juízes também contribuem muitas vezes ao excederem suas próprias atribuições.

No Capítulo 01, viu-se que a postura dos Tribunais evoluiu em consonância com as modificações do Estado, de modo que o advento do Estado-Providência marcou profundamente o papel social da atividade jurisdicional, notadamente por conta de omissões ou escolhas mal realizadas pela Administração Pública (o que será ainda melhor desenvolvido no Capítulo 04).

Analisando as mudanças na postura do julgador conforme a evolução do Estado, o professor François Ost propõe, através do que chama de uma “visão lúdica do direito”, a identificação de três modelos de juiz, a quem chama de Júpiter, Hércules e Hermes.<sup>210</sup>

O juiz Júpiter advém de um ordenamento legalista, pautado nas codificações. “Dizer o direito” é característica deste julgador, que se baseia no modelo piramidal das leis,<sup>211</sup> no qual a ciência jurídica adota as formas legais, sejam códigos ou constituições modernas. Este aspecto de juridicidade traduz-se no direito em forma de decisões nas quais a figura monumental da pirâmide irradia, do alto de seu foco, toda a idéia de justiça. Em outras palavras, a busca da justiça seria a busca da aplicação das leis codificadas.

Embora Kelsen negasse uma vinculação de seu modelo a aspectos teológicos ou ligados à mitologia, o professor Ost destaca que este direito jupiteriano estaria marcado pelo sagrado e pelo transcendental (e que, em verdade, estaria inspirado, mesmo implicitamente, num modelo de teologia política)<sup>212</sup>.

O mesmo já não se pode dizer do juiz Hércules: como um semi-deus, encara as conseqüências do liberalismo econômico, submetendo-se ao trabalho exaustivo de julgar, e tentando carregar o mundo em seus braços. A queda do Estado Liberal e o surgimento do Estado-Providência fazem com que a pirâmide se inverta, dando lugar a uma espécie de funil, carregado por este juiz-provedor, atento às necessidades sociais e com novos desafios.

---

<sup>210</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. (Tradução, para o espanhol, de Isabel Lifante Vidal). In: DOXA. Cuadernos de filosofia del derecho [Publicaciones periódicas]. n. 14. Espanha: Universidad de Alicante, 1993.

<sup>211</sup> O modelo de ordenamento baseado numa estrutura piramidal advém, notadamente, da obra de Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. (*Reine Rechtslehre* - Tradução de João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1996. Kelsen pretendia construir uma ciência jurídica objetiva e clara, que se abstivesse de julgar segundo quaisquer critérios de justiça as normas que buscava descrever e explicar. Assim, pretendia separar o direito da moral, da justiça e demais ciências, como a sociologia do direito. Para tanto, a ciência jurídica não deveria emitir qualquer juízo de valor sobre as normas válidas, por isso a estrutura em forma de pirâmide com o objetivo de organizar hierarquicamente as normas, e sistematizá-las sem interferência de outros campos.

<sup>212</sup> Isso porque não haveria como desconsiderar que supor uma norma como fundamental para ocupar o mais alto ponto da pirâmide necessariamente dependeria, também, da suposição (ou ficção) de que uma autoridade imaginária (que poderia ser a soma de vontades individuais) quer esta norma como suprema e assente com esta validade. Como características deste modelo, o François Ost destaca o monismo jurídico, a soberania estatal (como resultado de um processo de identificação nacional e centralização administrativa na figura de um soberano), a racionalidade dedutiva e linear (que se reflete na hierarquia de normas), e uma concepção de tempo voltada para o futuro, na qual a codificação repousa na idéia de progresso da história. OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez...* Op. cit. p. 175.

Nunca nada será perdonado al juez-asistencial de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone (art. 319.3 del Código civil belga); apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el estado de angustia de la mujer embarazada (art. 348 y ss. de Código penal belga); intervenir en caliente en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un catorce de agosto a medianoche) si la huelga de los pilotos aéreos de la compañía nacional, prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita; juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley, imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico.<sup>213</sup>

Não é mais a lei que cria autoridade, mas as decisões judiciais. A jurisprudência desponta como irradiadora do ordenamento, e como dito, a pirâmide inverte-se. A singularidade do caso concreto sobrepõe-se à generalidade e abstração das leis. O mandato de Júpiter pautado na transcendência das leis é substituído pela imanência dos interesses em conflito, voltada para as situações fisicamente concretas. A pirâmide evoca o sagrado, o ideal. O funil (a pirâmide invertida) remonta à matéria, à balança dos cálculos e das compensações cotidianas.

Como veremos no Capítulo 06, ao tratar da discricionariedade judicial, Ronald Dworkin também identifica esta evolução comportamental do julgador. Encampa em seu pensamento uma visão crítica da figura do juiz Hércules, aquele que tenta carregar o mundo nas mãos, como um semi-deus, uma vez que reconhece suas dificuldades em cumprir com tão exaustivo fardo. Como este seria o julgador que tenta criar o direito, que busca soluções não contempladas no ordenamento pela missão que tem de resolver todos os casos que lhe são levados (mas nem sempre isso é possível), Dworkin critica a discricionariedade judicial, bem como a possibilidade de criação do direito pelo julgador.

Tentando compatibilizar as figuras extremas de Júpiter e Hércules,<sup>214</sup> François Ost propõe a figura de Hermes. Este modelo não é propriamente o do juiz intérprete, mas sim o do juiz mediador, aquele sensível às dificuldades de se tentar abraçar todas as situações concretas. Procura-se equilibrar a visão jupiteriana do direito codificado com a visão jurisprudencial de Hércules, buscando interpretar a lei de acordo com a vontade do legislador.

Es a Hermes, dios de la comunicación y de la circulación, dios de la intermediación, personaje modesto en el oficio de representante y portavoz que es olvidado en beneficio de la prosecución del juego mismo, a quien confiamos la tarea de simbolizar esta teoría lúdica del Derecho.<sup>215</sup>

<sup>213</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez...* Op. cit. p. 176.

<sup>214</sup> “Quizá puede observar que, con todo, Hércules y Júpiter no son más que dos imágenes del Derecho, dos modelos, dos tipos ideales bastante alejados de la realidad jurídica. Se admitirá, sin embargo, que ellos representan, uno y otro, dos figuras típicas de la imaginaria jurídica y es sabido que sería un grave error subestimar la eficacia de este tipo de representaciones.” OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez...* Op. cit. p. 180.

<sup>215</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez...* Op. cit. p. 182.

De se notar que Ronald Dworkin ressalta o ponto fraco de Hermes na impossibilidade de identificação desta vontade do legislador. Para Dworkin, se Júpiter se humaniza, Hércules poderia também, em sentido inverso, despir-se parcialmente de sua condição humana e elevar-se a qualquer forma de racionalidade superior. Este seria um juiz racional, que levaria os direitos fundamentais à sério, que dominaria o império do direito, que se consagraria em toda ocasião, e particularmente nos casos difíceis, tentando encontrar a resposta correta que se impõe<sup>216</sup>.

A religião de Hermes é a unidade do direito, que deve se fortalecer em cada um de seus juízos: unidade num sentido duplo de coerência narrativa que melhor se adapta ao estado passado e presente do direito, e a hierarquia mais adequada dos princípios de moral política compartilhados pela comunidade em cada momento de sua história.<sup>217</sup>

Tal missão, entretanto, também não se mostra fácil. A sensibilidade das questões levadas à juízo mostram que, se por um lado a hercúlea tarefa de assegurar a todos aquilo que é pleiteado estaria num plano lúdico, por outro uma visão despida da relevância e das peculiaridades que revestem as necessidades sociais seria uma postura indesejável do Estado-juiz. A identificação deste complexo panorama não fugiu aos olhos do professor Ost, quando destaca que

Si es verdad que somos al mismo tiempo los herederos del Derecho liberal generado por el Estado de Derecho y del Derecho social producido por el Estado asistencial, si es verdad también que estas dos formas de Estado han entrado ellas mismas en crisis, sin por ello haber desaparecido, si es verdad, en fin, que de estos trastornos surge un Derecho postmoderno cuyos contornos no se delinearán nitidamente, se comprobará entonces el grado de complejidad de la situación presente.<sup>218</sup>

Das lições que identificaram a evolução do Estado, e das lições que analisaram esta mudança no perfil do julgador (seja através de uma “visão lúdica”, seja através da constatação do fenômeno da judicialização), percebemos que acompanhar a postura do julgador diante das novas situações que lhe são apresentadas tem sido uma preocupação constante dos estudiosos.

É relevante notar que, especificamente no caso brasileiro, a expansão do ativismo não se limitou apenas à Corte Constitucional, como em outros ordenamentos. Aqui, seja pelo

---

<sup>216</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire* (O império do direito), *apud* OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez...* Op. cit. p. 180.

<sup>217</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez...* Op. cit. p. 180.

<sup>218</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez...* Op. cit. p. 183. Para o professor, esta complexidade decorre da multiplicidade de atores jurídicos (que seriam todos os intérpretes do direito, e não apenas os julgadores), da imbricação sistemática de funções (como aquelas relacionadas ao poder público). da multiplicação do níveis de poder, e por conta destes fatores, da própria mudança nas modalidades de atos jurídicos.

sistema híbrido de controle de constitucionalidade (mesclando o controle difuso com o controle concentrado), seja pela efetiva ampliação do fenômeno da judicialização da política, fato é que a apreciação judicial de questões sensíveis hoje pode ser identificada em qualquer dos níveis de nossos Tribunais, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto por juízes de 1º grau.

Não por acaso, conforme as precisas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso

Essa gradativa expansão da eficácia das decisões judiciais se amolda, pois, à atenuação do rígido esquema de separação entre os Poderes, à medida que mais e mais as decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados, e principalmente perante os demais Poderes do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que sob esse aspecto vai aproximando os produtos legislativo e judiciário.<sup>219</sup>

As diversas reformas processuais desenvolvidas ao longo dos últimos anos trouxeram ao julgador um arsenal de possibilidades para conferir efetividade e executoriedade às suas decisões, e a consequência disso é uma significativa expansão do ativismo, notadamente quando diante de direitos fundamentais. Atento ao fenômeno, destaca o professor Luis Roberto Barroso

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>220</sup>

Vê-se, portanto, que mesmo com a judicialização de questões políticas, o ativismo judicial depende de uma postura específica dos julgadores na apreciação dos casos concretos,

<sup>219</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, in MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7347/85 – 15 anos*, Op. cit. p. 789. Ilustra ainda o Autor: “Exemplo recente é a iminente inserção das súmulas vinculantes no texto constitucional, conforme emenda em andamento, no bojo da reforma do Judiciário, valendo observar que já o Executivo reconhece a força vinculativa das súmulas, como se colhe do Decreto federal 1.605, de 23.08.1995, autorizando a não interposição de recursos judiciais em relação a certas matérias sobre as quais haja entendimento assentado nos Tribunais Superiores”. A previsão do jurista ao tempo da obra confirmou-se com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Dentre outras alterações, incluiu no Texto Maior o artigo 103-A, com a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 dez. 2004.

<sup>220</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática...* Op. cit. p.05.

confrontando a relevância constitucional dos temas envolvidos e as conseqüências de suas decisões.

Neste sentido, assim como C. Neal Tate nos clarificou aspectos da judicialização ao tratar das condições que a fomentam, também Luis Roberto Barroso nos traz evidências do ativismo judicial, que seriam: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>221</sup>

A primeira destas características de identificação do ativismo advém da já citada “normatização de princípios”, que, intensificada pela Constituição Federal de 1988, proporcionou uma verdadeira releitura da aplicação da lei à luz dos valores constitucionais. Ao mesmo tempo, passou-se a rever a conduta a ser assumida pelo prestador da atividade jurisdicional quando valores fundamentais entram em choque. A idéia de uma supremacia do interesse público sobre o privado cede espaço ao princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade),<sup>222</sup> bem como às técnicas de ponderação necessárias para a concreta aplicação de tal princípio.

Já a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos decorre da existência no ordenamento brasileiro de um sistema híbrido, no qual é possível o controle incidental pelos julgadores de 1º grau, o que efetivamente possibilita várias reflexões acerca dos principais objetivos do Texto Constitucional. Há uma releitura dos diversos ramos da ciência jurídica à luz da Constituição, o que traz maior relevância a valores fundamentais que, diante do amplo processo de judicialização já abordado, expõe a necessidade de uma atuação ativista dos julgadores para a consecução de tais valores.

Ressaltou-se também que no início do estudo da judicialização da política, época praticamente coincidente com o advento da Carta Política de 1988, os Tribunais, desde o Supremo Tribunal Federal até os demais, adotavam uma postura de contenção, evitando adentrar em temas que ordinariamente não lhe eram afetos. Atualmente, porém, o panorama é

---

<sup>221</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática...* Op. cit. p.05.

<sup>222</sup> Para o constitucionalista, ainda que de origens distintas (a razoabilidade advém do direito anglo-saxão, ao passo que a proporcionalidade tem suas origens no direito alemão), não há razão prática para distinguir razoabilidade e proporcionalidade, princípios utilizados no ordenamento pátrio como sinônimos. Neste sentido, BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em 10 nov. 2009.

totalmente diverso. Como dissemos, não apenas a Corte Constitucional, mas também juízes de 1º grau não têm se furtado de tratar de questões sensíveis, nem de se utilizarem de uma série de medidas para efetivação de suas decisões.

Em outras palavras, por decorrência da judicialização, o ativismo judicial no país intensificou-se numa escala outrora nunca vista, o que se exemplifica com provimentos jurisdicionais envolvendo o direito à saúde (como fornecimento de medicamentos e determinações de internação), o direito à educação (como a determinação de matrícula em creches e escolas), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (com medidas compensatórias ou tutelas inibitórias), dentre outros.<sup>223</sup>

Tal contexto não afasta a cautela que se deve ter no trato de tais questões, razão pela qual entendemos que o ativismo judicial não pode ser despido de critérios e limites, para que não se transmude em arbitrariedade. Se é verdade que a judicialização decorre de uma série de fatores (dentre os quais se identifica a omissão da Administração Pública ou do Legislativo), por outro lado uma atuação desregrada poderia levar apenas à transferência de arbitrariedades de um Poder para outro, em detrimento da própria sociedade.

De qualquer forma, é certo que a análise acerca da existência de uma possível discricionariedade judicial trará debates ainda mais intensos sobre os reflexos do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito. Antes disso, entretanto, parece-nos caminho necessário o estudo do exercício da discricionariedade por aqueles que originariamente teriam esta atribuição (*rectius*: os administradores públicos).

---

<sup>223</sup> Estudo específico de casos envolvendo estes três campos serão abordados na Parte 3, nos Capítulos 06,07 e 08.

## 4 O ESTADO-ADMINISTRADOR: A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

### 4.1 Discricionariedade administrativa

Ao se falar do exercício discricionário de atribuições pelo Estado-administrador, o primeiro ponto a se considerar é que a “importação” do direito francês da idéia de discricionariedade não se amolda com perfeição ao princípio da separação de poderes consagrado no ordenamento brasileiro.

Aqui, considerando que o nosso sistema Presidencialista se aproxima ao norte-americano, mas que o *checks and balances* não promove a atuação estanque dos três Poderes, a idéia de uma discricionariedade administrativa tal qual nos sistemas europeus, preponderantemente parlamentaristas e sem o grau de interferência do Poder Judiciário como no Brasil, traz inegáveis contratempos. As próximas linhas poderão expor melhor o que ora se argumenta.

#### 4.1.1 O contexto histórico da discricionariedade

Ingressar no estudo da atuação da Administração Pública envolve uma necessária e breve passagem pelo desenvolvimento da atividade administrativa e da própria discricionariedade. Neste sentido, inevitável recorreremos às palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, o pensamento de Jean Jaques Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apóia na idéia de igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertencia. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a idéia da soberania popular, é a idéia da democracia. De outro lado, o pensamento do barão de Montesquieu, acima de tudo pragmático, fundava-se na observação de um fato, por ele afirmado como uma constante indelével e cuja procedência realmente não admite contestação, isto é: todo aquele que tem poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí, sua clássica formulação de que, para contê-lo, é necessário

que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute.<sup>224</sup>

As lições do administrativista retratam com clareza que, num primeiro momento, as escolhas realizadas pelo monarca pautavam-se unicamente no seu arbítrio. Por isso, a superação de um Estado Absolutista com o desenvolvimento de idéias que ensejaram a formação de um Estado de Direito tentou justamente afastar a concentração de poderes das mãos de um único governante.

Com a evolução das teorias de justificação do poder, afastando-se de divindades e aproximando-se da soberania popular, tornou-se mais nítida a necessidade de haver um sistema de controle no exercício dos poderes. Assim, o pensamento de Montesquieu, citado por Bandeira de Mello, expõe o embrião de um sistema de freios e contrapesos através do qual os Poderes controlam a atuação uns dos outros, o que atualmente é bastante visível com a tripartição em Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, consagrada em diversos ordenamentos jurídicos atuais.

De todo modo, se por um lado o afastamento da concentração de poderes junto aos monarcas contribuiu para minimizar o arbítrio, por outro a consolidação do Estado de Direito, somada ao desenvolvimento industrial, trouxe consigo o estabelecimento de relações mais dinâmicas. Abordando a questão no campo dos direitos transindividuais (e da ação civil pública), o Procurador da República Alexandre Amaral Gavronski aponta com propriedade:

Com efeito, a revolução industrial e a produção em série que ela viabilizou desde o final do século passado, somadas a um incremento populacional nunca antes visto na história da humanidade, ocasionado principalmente pelo desenvolvimento da medicina e pela melhoria das condições básicas da vida das populações, deram origem às relações de massa. As transações comerciais e os contratos passaram a não mais resultar de contatos diretos entre os envolvidos. Os bens (e mais modernamente os serviços) de consumo, produzidos em série, deixaram de ser elaborados para atender necessidades individualizadas. O capital avançou sobre a sociedade e fez-se necessário que o Estado garantisse direitos sociais sob pena de desagregação social. A incessante procura pelo lucro imediato mostrou-se perigosamente ameaçadora contra a natureza e contra o próprio homem.<sup>225</sup>

Vê-se que a dinamização das relações jurídicas ensejou que a própria atividade administrativa passasse a demandar rotinas mais céleres, não apenas para a tutela de direitos sociais, mas para a efetivação do interesse público de um modo geral. A necessidade de se realizarem escolhas imediatas, e de acordo com o caso concreto, expôs um fato: nem sempre a

---

<sup>224</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 11-12.

<sup>225</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*, in Milaré, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos...* Op. cit. p. 18-19.

lei, que regula situações gerais e abstratas, é capaz de trazer todas as soluções, ou as melhores soluções. Surge, neste contexto, a discricionariedade administrativa.

Apesar de tratarmos das políticas públicas num tópico específico, não podemos deixar de ressaltar neste início que a sua execução pelo Poder Executivo, por vezes, traz ao Estado-administrador a possibilidade de optar por alguns caminhos. Transpondo para a realidade contemporânea, é inegável, por exemplo, que excetuando as hipóteses de controle de um Poder sobre os demais, a escolha entre a aplicação de recursos no campo da segurança pública, da educação ou da saúde (*rectius*: recursos diversos daqueles que, pela Constituição ou por lei, são vinculados a essas áreas) decorre da própria natureza da atividade administrativa, razão pela qual esta escolha se reveste de certa margem de discricionariedade.

Note-se que no exemplo dado estamos falando de três campos que se relacionam com direitos sociais, e que ainda assim evidenciam não haver apenas um único caminho a ser seguido, como sustentam aqueles que criticam a discricionariedade.

Há o argumento de que, pelo poder-dever de o administrador adotar a melhor solução no caso concreto (pois o interesse público é indisponível), não haveria um leque de opções, mas um único objetivo a ser perseguido. Mesmo diante de tal premissa, é justamente neste contexto que surge a discricionariedade, razão pela qual novamente mencionamos Celso Antonio Bandeira de Mello, que com propriedade observa:

É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal. Então, a discricionariedade nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente.<sup>226</sup>

Apesar das brilhantes colocações do festejado jurista, nos exemplos práticos (e no ordenamento brasileiro a situação pôde ser constatada em diversos litígios), muitas foram as providências questionáveis tomadas pelo administrador, por vezes colocando em risco direitos fundamentais. Os debates acerca dos limites à discricionariedade administrativa cresceram na mesma proporção em que se passou a discutir a necessidade de controle pelo Poder Judiciário para a garantia de uma série de direitos.

Não por acaso, destaca Eduardo Appio que

A acepção restrita de atos políticos é a mais adequada diante da atual conformação do princípio da separação entre os Poderes, o qual consiste em uma linha demarcatória móvel que define o espaço de cada uma das forças políticas do país em um determinado momento histórico. A história, portanto, condiciona a fixação deste marco político, motivo pelo qual

<sup>226</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional...* Op. cit. p. 35.

não se pode falar em superação completa do desenho formulado por Montesquieu, quando se consideram as contingências históricas.<sup>227</sup>

Seguindo o desenvolvimento histórico do ordenamento pátrio, não restam dúvidas de que a redemocratização do país e o advento da Constituição da República de 1988 trouxe uma série de discussões acerca das atribuições de cada Poder no Estado Democrático de Direito. Como visto, o despontar do Ministério Público como órgão de elevado *status* constitucional, atrelado à expansão de atribuições do Poder Judiciário na apreciação de lesões ou ameaça de lesões a direitos redesenhou a discussão acerca do papel político exercido exclusivamente pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Neste sentido, o exercício da atividade administrativa também passou a estar constitucionalmente tutelado, com a previsão de princípios balizadores da Administração Pública, como os expressos preceitos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CFRB artigo 37), além de outros reconhecidos pelo ordenamento.<sup>228</sup>

Percebe-se um influxo de idéias que levaram a um movimento inverso de incremento do controle externo dos atos da Administração com o correspondente decréscimo da liberdade do administrador. Passa-se a repensar a idéia de discricionariedade administrativa, como se analisa adiante.

#### 4.1.2 A evolução da discricionariedade no Brasil: a discricionariedade como um poder-dever

As omissões ou excessos historicamente cometidos pelo administrador trouxeram consigo um incremento da atuação jurisdicional em diversos campos. O espaço de escolha da Administração Pública, como já dito, passa a ser rediscutido, falando-se hoje num poder-dever de se adotar, dentre várias soluções, aquela que melhor se conforme ao interesse público pretendido.

---

<sup>227</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 105.

<sup>228</sup> Poder-se-ia citar, dentre outros, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da autotutela, o princípio da continuidade dos serviços públicos, os já mencionados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, enfim, há uma gama de valores que regem a atividade administrativa. Vide, dentre outros, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Em outras palavras, passa-se a discutir qual a extensão da insindicabilidade de atos da Administração Pública, havendo uma tendência a se considerar cada vez menos ampla esta independência de atuação quando em choque com valores de maior relevância. Assim, dentro do estudo da denominada discricionariedade administrativa, passa-se a considerar que esta não seria necessariamente uma possibilidade de mera escolha entre diversas opções, mas sim o poder-dever da Administração de, dentre vários caminhos, optar por aquele que na verdade seria o único capaz de legitimar a escolha.

Não se teria mais, em tempos atuais, a mera distinção de discricionariedade administrativa em contraposição ao exercício da atividade vinculada como satisfatória para justificar determinadas condutas do administrador. Como se sabe, a vinculação decorreria da expressa previsão legal de como a Administração Pública deve proceder, ao passo que o atuar discricionário decorre da idéia de que, não havendo uma subsunção legal expressa e específica, permitir-se-ia ao administrador, utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade, agir de acordo com a escolha que lhe parecesse mais adequada.

Reiterando a observação do professor Eduardo Appio quanto ao contexto histórico como limitador da atuação da Administração, é forçoso reconhecer que, se em outros tempos o sólido argumento da impossibilidade de controle jurisdicional do mérito de atos administrativos poderia ser utilizado como um dogma quase intransponível, atualmente a questão ganha contornos diversos.

Como mencionado, os sucessivos equívocos do administrador na condução de questões envolvendo justamente uma margem de escolha e atuação insindicável, atrelado à crescente constitucionalização de princípios e valores fundamentais do ordenamento, inegavelmente trouxe consigo um aumento na intervenção entre os Poderes para fins de controle de abusos.

#### Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso

Na verdade, hoje já se questiona a existência de uma *vera e pura* discricionariedade na Administração Pública, como antes e tradicionalmente se sustentava, porque, ao contrário do que se passa entre os particulares (aos quais é dado fazer tudo o que não seja proibido), já o agente público – dada a indisponibilidade dos valores e interesses que lhe estão afetos – só poder fazer o que vem prescrito na norma de regência, e no modo como aí venha indicado, devendo pautar sua ação pelo que lhe pareça ser a escolha certa, pelo *critério de excelência*. [...] Hoje já vai se formando um consenso no sentido de que, dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de *efetiva discricção* nos atos e condutas da Administração Pública, quase se podendo falar que os atos discricionários hoje já estão sujeitos a uma sorte de... liberdade vigiada!<sup>229</sup>

Outro não é o entendimento de José Eduardo Martins Cardozo, ao ressaltar que

<sup>229</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento...* Op. cit. p. 767 e 776.

[...]devemos ter por *a priori* indiscutível que, ao menos no âmbito do Direito Administrativo, o conceito de discricionariedade somente pode envolver um tipo de ação administrativa que se defina como autorizada e limitada pela lei e, em alguma medida, passível de ser revista pela função jurisdicional do Estado. Somente desse modo a afirmação do seu significado não desbordará dos naturais pressupostos que governam esse particular campo de conhecimento do fenômeno jurídico e dos princípios que prefiguram os denominados Estados de Direito.<sup>230</sup>

O parâmetro de verificação da correta atuação do administrador passa a ser estabelecido através da idéia de que, se a discricionariedade for considerada um poder de escolha, há consigo o dever de que esta seja a escolha mais adequada. De fato há casos em que esta verificação é viável, muitas vezes pela grande discrepância entre a finalidade pública almejada e a escolha realizada.

Entretanto, ainda que se considere que, diversamente de ser uma faculdade, a discricionariedade seja um poder-dever, há situações em que a margem de escolha aberta ao administrador não aponta com clareza um único caminho a ser seguido como a solução mais adequada. Neste contexto, como afirmar que a intervenção jurisdicional levará a uma escolha melhor? Como legitimar a sindicabilidade de atos administrativos nos quais a sua substituição pela atuação do Estado-juiz decorre de mera divergência de posicionamento?

Neste ponto, sequer seria preciso lembrar que a ciência jurídica traz consigo debates muitas vezes infundáveis, sem uma única conclusão acerca de um entendimento melhor ou pior, abrindo assim, caminhos interpretativos que, apesar de diversos, nem sempre significam estar equivocados. O argumento, de todo modo, não é suficiente para resolver a questão.

Esta nos parece ser a grande dificuldade de simplesmente concluir que os atos administrativos atualmente seriam todos sindicáveis pelo Poder Judiciário, sem a cautela de pormenorizar as situações. Como veremos mais à frente, o campo das políticas públicas é o palco da vez neste debate contemporâneo.

#### 4.1.3 Discricionariedade x arbitrariedade

Passando pela evolução da discricionariedade administrativa, fácil perceber que não se trata de atuação arbitrária da Administração Pública. Ainda que o livre-arbítrio, pela sua natureza, implicasse na situação em que há uma margem de escolha<sup>231</sup>, é de se destacar que

<sup>230</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. *A discricionariedade e o Estado de Direito*, in GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 49.

<sup>231</sup> Livre-arbítrio é assim definido por Aurélio: “*Possibilidade de exercer um poder sem outro motivo que não a existência mesma desse poder; liberdade de indiferença*”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Folha de São Paulo/Nova Fronteira, 1988. Antônio Houaiss, por sua vez, define como

um sentido pejorativo historicamente tomou conta da idéia de arbitrariedade, passando esta a ser vista não apenas como um espaço de opções, mas sim como um campo de escolha despido de critérios.

Deste modo, temos que, apesar de semanticamente próximas, as palavras discricionariedade e arbitrariedade no campo do direito distinguem-se pela utilização ou não de critérios (ou condicionantes) na realização das escolhas e atendimento à legalidade. Ou seja, quando se realiza uma escolha de modo desarrazoado ou sem algum tipo de critério (*rectius*: através do puro exercício de livre-arbítrio), afastando-se das previsões legais balizadoras da atuação do administrador, estaríamos diante de um ato arbitrário. Por outro lado, utilizando-se de critérios como a conveniência e a oportunidade na prática de determinado ato, e observando-se fielmente o princípio da legalidade, estaríamos diante de discricionariedade.

Decorrência marcante do fardo histórico maléfico do conceito de arbitrariedade está no surgimento de elementos<sup>232</sup> para o ato administrativo, como a existência de motivos e a finalidade, além da exigência de motivação dos atos administrativos e jurisdicionais<sup>233</sup>. Assim, o fato de haver margem de escolha ao administrador para utilizar-se de conveniência e oportunidade na realização de atos não afasta o seu dever de adotar a solução que esteja mais próxima da finalidade pública do ato, sob pena de atuar de modo arbitrário, e, conseqüentemente, *contra legem*.

---

sendo “possibilidade de decidir, escolher em função da própria vontade, isenta de qualquer condicionamento, motivo ou causa determinante”. HOUAISS Antônio e VILLAR Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

<sup>232</sup> Sobre a controvérsia acerca da terminologia adotada para classificar competência, finalidade, forma, motivo e objeto dos atos administrativos como “requisitos” ou “elementos”, veja-se CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 86.

<sup>233</sup> BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Artigo 93: “IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X- as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.” Com relação à motivação dos atos administrativos, costuma-se distinguir o motivo como elemento que compõe o ato administrativo da motivação, sendo esta a exteriorização dos motivos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (*Direito Administrativo...* Op. cit. p.158), por exemplo, entende que a motivação deve obrigatoriamente revestir os atos administrativos, ao passo que outros administrativistas, como CARVALHO FILHO, José dos Santos (*Manual de Direito Administrativo...* Op. cit. p.94), entende que os motivos dos atos administrativos só precisam ser exteriorizados se a lei assim exigir.

Ainda que se faça esta distinção, o abuso na utilização do poder-dever discricionário (caracterizando vícios do ato administrativo, como o abuso de poder<sup>234</sup>) proporcionou um incremento nos debates acerca da possibilidade de controle, culminando com uma nova interpretação acerca da discricionariedade administrativa à luz dos princípios constitucionais do ordenamento.

Não há dúvidas de que o ato arbitrário é passível de imediato controle jurisdicional, seja porque o princípio da legalidade é o maior expoente da atuação da Administração Pública, seja porque nem na atuação discricionária é admissível a inexistência de critérios, inobstante a margem de escolha conferida ao administrador.

Assim, possivelmente pela confusão feita por administradores públicos quanto às idéias de arbitrariedade e discricionariedade (levando a soluções ilegais ou despidas de critérios), o exercício da discricionariedade administrativa, que outrora era entendido como insindicável pelo Poder Judiciário, passou a ser gradualmente controlado em juízo por conta da necessidade de fixação de limites à atuação do Estado-administrador quando a lei abre um campo de opções.

#### 4.1.4 Limites à discricionariedade administrativa

Vê-se, então, que tanto por um contexto histórico quanto pelo surgimento de novos direitos e valores fundamentais ao ordenamento (dentre os quais se inserem os direitos transindividuais tutelados pela ação civil pública) o exercício da discricionariedade administrativa passou a ser visto *cum grano salis*, aplicando-se limites nesta atuação.

Um primeiro ponto a ser destacado está no enquadramento dado aos conceitos indeterminados, considerando o espaço cognitivo deixado pelo legislador àquele a quem foi conferida a atribuição de agir. Será visto em tópico próprio que a integração dos conceitos jurídicos indeterminados realizada pelo Estado-juiz, para alguns, configuraria o exercício de discricionariedade judicial, ao passo que para outros seria da própria natureza da atividade

---

<sup>234</sup> O ato administrativo praticado com abuso de poder distingue-se quando há excesso de poder ou desvio de poder, uma vez que diversos os elementos do ato que são atingidos. Diz-se que o ato administrativo foi praticado com excesso de poder quando atingido o seu elemento competência, na medida em que o agente público foi além de suas atribuições. Já o ato praticado com desvio de poder é aquele no qual o agente até teria competência para agir, mas desvirtua a finalidade pública do ato, viciando-a. Para um melhor estudo do tema, veja-se CARVALHO FILHO, José dos Santos (*Manual de Direito Administrativo...* Op. cit. p.31).

jurisdicional integrar a norma ao caso concreto, não havendo de se falar em atuação discricionária.<sup>235</sup>

Tal debate também tem seus contornos quando diante dos atos emanados pela Administração Pública. Segundo Gerson dos Santos Sicca

Há, portanto, uma orientação corrente da doutrina brasileira, no sentido de enquadrar a aplicação dos conceitos indeterminados no espaço da discricionariedade, afirmação que não impede, contudo, a utilização de determinadas técnicas de controle, aplicadas com maior ou menor intensidade, de acordo com os interesses postos em causa e os fatos relevantes selecionados para o deslinde das variadas controvérsias.<sup>236</sup>

Vê-se que, acompanhando o movimento histórico do ordenamento brasileiro, há uma tendência a não afastar de atos considerados discricionários (mesmo aqueles decorrentes da aplicação de conceitos indeterminados) a possibilidade de controle. Neste ponto, entretanto, surge outro debate: o controle da discricionariedade administrativa estaria restrito a aspectos de estrita legalidade ou seria possível adentrar no chamado mérito administrativo?

O primeiro aspecto a se considerar está na análise da finalidade do ato administrativo praticado. Há consenso no sentido de que um dos elementos de validade do ato é a finalidade, e que esta será sempre pública.<sup>237</sup> Por outro lado, não há como deixar de ponderar que, estipulando-se sempre pública a finalidade do ato, em verdade cria-se um mecanismo objetivo que possibilita o exercício de controle do próprio mérito do ato.

É comum no Direito Administrativo que se mencione uma impossibilidade de controle judicial da subjetividade de elementos dos atos administrativos, como por exemplo o objeto e o motivo, ao passo que a finalidade e a forma, estando dentre aqueles aspectos capazes de serem aferidos objetivamente, poderiam ser apreciados. Entretanto, fato é que, excetuando-se as análises acerca do abuso de poder (seja por excesso de poder ou por desvio de finalidade), qualquer outra confrontação acerca do ato praticado estará fugindo de uma análise meramente objetiva, e adentrando no campo de mérito.

<sup>235</sup> Sobre a polêmica, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 88. Para o Autor: “(...) a discricionariedade começa onde cessa a interpretação. Enquanto houver interpretação está-se desvendando uma vontade, um pensamento estranho, isto é, está-se descobrindo algo que preexiste, reconstituindo um pensamento alheio. A atividade interpretativa de alguém é operação que se propõe a absorver, a desentranhar, uma vontade anterior, uma significação já existente, uma realidade previamente dada.”

<sup>236</sup> SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 163.

<sup>237</sup> Dentre outros, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, além dos já citados DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...* Op. cit. e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo...* Op. cit.

Exemplifique-se com a crescente utilização em juízo do princípio da razoabilidade, que, se por um lado pode ser invocado para a tutela de valores fundamentais do ordenamento, por outro pode trazer ao julgador poderoso mecanismo de intervenção e controle baseado numa análise puramente de mérito. Como veremos ao tratar da atuação do Estado-juiz, a justificação democrática das decisões judiciais está num efetivo confronto entre a norma e o caso concreto, partindo de critérios dotados do máximo de objetividade que a situação permita, afastando-se de expressões retóricas e decisões de conteúdo vazio.

Somente neste contexto é que seria possível sustentar o controle da atuação discricionária da Administração Pública fora dos critérios objetivos que revestem os atos administrativos.

Ainda com relação aos limites no atuar discricionário do Poder Público, inevitável a constatação de que o campo das políticas públicas traz a todo tempo controvérsias acerca da possibilidade de controle jurisdicional, seja porque há quem atribua ao administrador o caráter discricionário da escolha acerca das políticas públicas a serem implementadas, seja porque há quem considere inafastável do administrador o dever constitucional de implementar uma série de programas previstos expressamente no Texto Maior.

Deste modo, passar apenas pelo estudo da discricionariedade administrativa tornariam inócuas as conclusões deste estudo, porque a utilização da ação civil pública envolvendo a tutela de direitos transindividuais muitas vezes traz à tona a discussão acerca de qual seria o papel do administrador diante de políticas públicas.

## **4.2 Políticas públicas**

Inicialmente, é de se ressaltar que os atos administrativos, como se sabe, estão vinculados à lei, sofrendo influxo dos princípios constitucionais. Por outro lado, os atos políticos decorrem de prescrições diretamente previstas pelo constituinte, que podem estabelecer, por exemplo, a obrigatoriedade de prestações positivas. Assim, não raro as vinculações constitucionais estabelecidas aos atos políticos os revestem de peculiaridade distintiva dos atos administrativos em geral, e, ao mesmo tempo em que podem acarretar sua exigibilidade por conta do mandamento constitucional, por outro lado esta característica também serve para conter intervenções de controle externo.

Em outras palavras, a distinção afigura-se relevante para que se perceba que a própria Constituição pode impor limites à atuação jurisdicional do Estado-juiz, de modo a assegurar um núcleo essencial de atribuições de cada Poder.<sup>238</sup> À vista de tais considerações, além de se debater a possibilidade de sindicabilidade de atos administrativos, o estudo da questão envolvendo a intervenção do Poder Judiciário em atos políticos da Administração Pública é ainda mais sensível, porquanto relacionado com uma estruturação de atribuições de cada Poder traçada diretamente pelo texto constitucional.

#### 4.2.1 Conceito e evolução

Não há como adentrar em tão relevante debate sem ter como premissa a conceituação do que seriam políticas públicas, até porque a concepção adotada pode levar a conclusões distintas ao final.<sup>239</sup>

De acordo com o professor paranaense Eduardo Appio, citando o autor Jean Carlos Dias, “*as políticas públicas são programas de intervenção estatal a partir de sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado.*”<sup>240</sup>

Mais à frente, ao trazer o seu próprio conceito de políticas públicas, o autor aduz que

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.<sup>241</sup>

Trata-se de conceituação que evidencia a tentativa de compatibilização entre objetivos estatais pautados na implementação de programas de governo e os objetivos públicos

---

<sup>238</sup> A este respeito, veja-se APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Op. cit. p. 105. Em sentido contrário, entendendo não haver distinção entre atos administrativos envolvendo políticas públicas e os demais atos administrativos, FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 90.

<sup>239</sup> Como será visto no tópico seguinte, já podemos adiantar que não somos adeptos do raciocínio de que políticas públicas sempre estarão ligadas de forma direta a direitos fundamentais. A ressalva é pertinente porque a maior ou menor vinculação das políticas públicas com os direitos fundamentais, à luz do Direito Constitucional contemporâneo, levará a conclusões diversas acerca da admissibilidade ou não de controle jurisdicional de atos da Administração Pública em situações concretas.

<sup>240</sup> DIAS, Jean Carlos. *Políticas Públicas e questão ambiental*, in *Revista de Direito Ambiental*, ano 8, n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 117, *apud* APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas...* Op. cit. p. 133.

<sup>241</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas...* Op. cit., p. 136.

pautados nas necessidades sociais. Deste modo, a intervenção estatal na sociedade para a materialização de certas políticas, inobstante ter como finalidade última o interesse público, não raro coloca em xeque a própria concepção do que seria o interesse público, se este seria a reunião de anseios da coletividade ou seria aquilo que o Estado-administrador se propôs a assegurar.<sup>242</sup>

O professor Rodolfo de Camargo Mancuso traz a sua concepção de políticas públicas como sendo

[...] a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.<sup>243</sup>

Vê-se que o conceito esposado estrutura-se na premissa de controle jurisdicional, notadamente quando se fala que o programa ou meta estarão previstos em normas de índole constitucional ou legal. Se é certo que o princípio da legalidade rege a Administração Pública, a conclusão de que as políticas públicas decorrem de comandos normativos é irrefutável.

Entretanto, a menção de que sempre haverá submissão ao controle pelo Estado-juiz em toda e qualquer situação, e de forma ampla e exauriente, parece-nos uma conclusão um pouco apressada para ser tratada na conceituação de políticas públicas. Veremos mais à frente que a questão suscita debates, e, justamente por isso, seria prematuro tratar da possibilidade de controle externo na sua própria definição.

Por sua vez, Maria Paula Dallari Bucci ressalta que

As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas.<sup>244</sup>

As considerações até então realizadas apontam para uma dificuldade inicial em se tentar compatibilizar as noções de direito e política. Como já visto, a evolução de um Estado pautado na legalidade, no qual a preponderância dos atos legislativos ditavam os rumos do ordenamento, para um sistema jurídico-administrativo mais permeável a decisões políticas, trouxe consigo também a identificação de escolhas mal realizadas (muitas vezes por conta das

<sup>242</sup> Sobre a possível contraposição entre interesse público e interesse social, remetemos o leitor ao Capítulo 01, quando se tratou da questão à luz dos direitos coletivos. Veja-se, ainda, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos...* Op. cit.

<sup>243</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento...* Op. cit. p. 776-777.

<sup>244</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

próprias deficiências do modelo representativo, no qual nem sempre os representantes escolhidos são os mais aptos a buscar os interesses público e social), fato que incrementou a participação do Poder Judiciário nas questões políticas.

Outrossim, ao mesmo tempo em que a judicialização de questões possibilitou o controle de distorções, a incapacidade do Estado de promover o bem-estar social, nos moldes desejados pelo Estado-Providência, influenciou sobremaneira a massificação e o incremento de conflitos, tornando ainda mais relevante a implementação de políticas públicas, não mais para se assegurar apenas o bem estar, como também para garantir a ordem e a pacificação social.

A complexidade de compatibilização entre o direito e a política é retratada pela professora Maria Paula Dallari Bucci, quando destaca a necessidade de o ordenamento, através da comunicação, tentar equalizar o relacionamento entre as várias partes do mosaico social: *“indivíduos de classes sociais opostas, grupos sociais com interesses divergentes, partidos competidores, organizações concorrentes – e desse relacionamento resulte numa ação politicamente coordenada e socialmente útil.”*<sup>245</sup>

Passa-se de uma época na qual o dirigismo estatal caracterizava-se por forte intervencionismo, planejamento e marcante aplicação do direito público para a implementação de programas normativos finalísticos, para um processo político-social não mais pautado na subordinação de cidadãos ao Estado, mas voltado para a coordenação de ações privadas e estatais, sob a orientação do Estado.<sup>246</sup>

Curioso notar é que o movimento de afastamento de um Estado paternalista, incapaz de assegurar todas as medidas relacionadas ao bem estar social, para um Estado Democrático de Direito, ocorreu ao mesmo tempo em que a relevância dos direitos fundamentais e de uma visão principiológica do ordenamento se desenvolveu. A aparente contradição coloca em evidência uma situação na qual se sabe da incapacidade estatal de promover o bem estar, mas ao mesmo tempo se exige que todos os esforços políticos sejam direcionados para este fim.

Pondera o professor Rodolfo de Camargo Mancuso que

*O critério de exigibilidade vai se deslocando do singelo enunciado expresso na norma legal/constitucional em si mesma, para o campo do programa governamental estabelecido nessa norma, e por isso torna-se impositiva para o Poder Público a busca dos meios idôneos para implementar efetivamente os objetivos estabelecidos, donde resulta que a ineficiência na consecução desse mister sujeita o Poder Público à sindicabilidade de seus atos e omissões, e conseqüente responsabilização de seus agentes.*<sup>247</sup>

<sup>245</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* Op. cit. p. 244.

<sup>246</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* Op. cit. p. 245.

<sup>247</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento...* Op. cit., p. 781.

De todo modo, ainda que se constate este movimento em direção ao controle do Estado-administrador na implementação de programas governamentais, a distinção acerca dos momentos distintos de **formulação** e de **execução** das políticas públicas também não pode passar despercebida, na medida em que o controle da ineficiência estatal não pode desconsiderar que se tratam de momentos distintos, e, portanto, sujeitos à uma esfera de análise diversa.

Com relação à **formulação** de políticas públicas, além de ressaltar que sua incumbência originariamente está com o Parlamento (na formulação legislativa) e com o Poder Executivo (na formulação de diretrizes gerais prévias à execução), destaca Eduardo Appio a dificuldade de opção por um sistema em que se admita o controle externo da formulação de políticas públicas. Segundo o autor

O controle judicial da formulação de políticas públicas pressupõe a substituição da vontade dos membros dos demais Poderes pela vontade dos juízes, ou seja, a substituição de um ato de vontade de agentes estatais eleitos pela vontade dos não-eleitos. Somente a própria Constituição Federal poderá fornecer um argumento forte o suficiente para imprimir ao jogo político esta nova variante, sem que este fenômeno implique a ruptura com o equilíbrio político no país.<sup>248</sup>

Percebe-se, pois, que, no campo da formulação de políticas públicas, o receio de se ferir a legitimidade daqueles eleitos pelo povo com a missão precípua de promoverem atos políticos acaba afastando do Poder Judiciário a atribuição de, no caso concreto, atuar com vistas à efetivação deste mister.

O mesmo não se diga, entretanto, quando diante da fase de execução das políticas públicas, quer-se dizer, no momento da implementação daquilo que já prescrito através do legítimo exercício de atuação política (e aqui tanto por decorrência de formulações legislativas, quanto através de diretrizes estabelecidas em programas de governo materializadas em atos da Administração Pública).

Nesta segunda hipótese é que, de fato, se identifica uma tendência à admissibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas. Dentre alguns dos cenários identificáveis, consideramos relevante aquele em que algumas políticas já prescritas no próprio Texto Constitucional são refutadas pela Administração, notadamente pela insuficiência de recursos para sua implementação.

Se este argumento, em princípio, justificaria eventuais omissões na execução de políticas públicas, o panorama histórico que levou à politização da justiça demonstrou que,

---

<sup>248</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas...* Op. cit. p. 158.

em casos concretos, esta não era a conclusão acertada. As condutas omissivas do Estado-administrador em muitas situações evidenciaram-se intencionais, tratando-se de omissões com caráter igualmente político, no sentido de se priorizar outros programas de governo.

Não há como negar que, exatamente por esta omissão intencional é que se passou a verificar no ordenamento uma tentativa de “blindagem” por parte da Administração Pública: ao mesmo tempo em que justifica sua omissão na insuficiência de recursos, procura sustentar a insindicabilidade de seus atos pelo Poder Judiciário ao argumento da violação do princípio da separação de poderes. É evidente que, num panorama como este, a reação tanto da sociedade quanto do Poder Judiciário mostrou-se tão intensa a ponto de também se fazer necessário o controle inverso, ou seja, de igualmente se verificar a atuação jurisdicional nesta intervenção.

De todo modo, o primeiro critério que nos parece relevante se estabelecer está na identificação de a política não implementada atingir ou não direitos fundamentais.<sup>249</sup> Neste caso, é conclusão lógica do Estado Democrático de Direito (como por sinal já vimos ao tratar da judicialização e da expansão do ativismo judicial), que não é legítimo ao Poder Judiciário furtar-se de prestar a atividade jurisdicional quando procurado em decorrência de lesões ou ameaça de lesões a direitos, ainda que por conta de uma conduta omissiva. Assim, considerando que esta omissão pode trazer consigo situações anti-isonômicas, cabe ao Estado-juiz tentar garantir a aplicação do constitucional princípio da igualdade.

Por outro lado, nem sempre esta intervenção é capaz de levar à isonomia: ao revés, não raros são os casos de situações nas quais aquele que busca a prestação da atividade jurisdicional acaba, ao final, colocando-se em situação mais favorável que o cidadão que aguarda o atendimento de seu direito na via administrativa.<sup>250</sup>

Diverso é o caso em que não há uma omissão acintosa da Administração, mas mera escolha de programa específico de governo, levando em consideração, dentre outros aspectos, os recursos públicos disponíveis para a atuação estatal. Mais uma vez, a verificação das razões que levaram o administrador a optar por um caminho e não por outro devem sopesar os

---

<sup>249</sup> A relação entre políticas públicas e direitos fundamentais será melhor desenvolvida no tópico seguinte.

<sup>250</sup> Exemplo claro de tal situação, que será melhor desenvolvido na parte III, está nos provimentos jurisdicionais relacionados ao direito à saúde, quando tratam da realização de procedimentos cirúrgicos. Afora casos absolutamente emergenciais, a ordem judicial que determina ao ente público a imediata realização do procedimento coloca o litigante em situação de vantagem àqueles cidadãos que, pelas próprias regras do Sistema Único de Saúde, aguardam sua vez em filas estabelecidas pela Administração Pública de acordo com a urgência do caso e com a disponibilidade de recursos (leitos, material cirúrgico e de internação, etc). Vide, neste sentido, nota nº 325.

direitos e valores envolvidos. Constatando-se estar diante de situações de igual valor, a substituição da vontade do Estado-administrador pela vontade do Estado-juiz pode não se mostrar legítima.

Também nos casos em que não há omissão, mas que a Administração Pública optou por implementar determinada política pública, mas sem condições de assegurá-la a todos os destinatários da prescrição constitucional ou legal, há uma tendência a se admitir a intervenção jurisdicional, seja para afastar situações de desigualdade entre os cidadãos, seja porque haveria um prévio dever da Administração em analisar sua capacidade de financiamento do projeto implementado.<sup>251</sup>

Assim, a idéia de uma “reserva do possível”, apesar de acolhida em algumas situações específicas, não é vista nem pela doutrina nem pela jurisprudência com bons olhos. Se por um lado a tese ainda não é completamente afastada porque o largo histórico do ordenamento pátrio de má gestão dos recursos públicos levou a um super-endividamento dos entes federativos (o que, por conseqüência, expõe à própria sociedade e aos Tribunais a dificuldade de se reerguer um ente público “quase-falido”), por outro é repudiada quando se constata no caso concreto que a lesão a direitos decorreu da falta de planejamento na implementação de novos programas de governo<sup>252</sup>.

<sup>251</sup> Neste sentido, APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas...* Op. cit. p. 175.

<sup>252</sup> Sem querer adentrar no estudo pontual de casos da parte III, mas com o intuito de ilustrar o debate, veja-se duas decisões distintas do mesmo Tribunal, uma admitindo a aplicação do princípio da reserva do possível, e outra afastando o argumento estatal da ausência de recursos: “*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDANDO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E CONSEQUENTEMENTE DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL*. 1. ‘A concessão da ordem, em sede de Mandado de Segurança, reclama a demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado’ (RMS 24.988/PI, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18 de fevereiro de 2009). 2. No caso em foco, o compulsar dos autos denota que não há prova pré-constituída a embasar o pleito deduzido neste writ of madamus. Deveras, a prescrição medicamentosa do remédio Enbrel por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde (fl. 15) não é suficiente para comprovar que a resposta do paciente ao tratamento será melhor do que aquela obtida com os medicamentos oferecidos pelo SUS (acitretina e ciclosporina) (fl. 18). 3. A produção da prova subjacente à assertiva de que o tratamento do paciente com a droga Enbrel surtirá mais efeito é de grande complexidade e, à toda evidência, demanda a realização de perícia técnica, cuja dilação probatória é incompatível com rito célere do mandado de segurança. [...]. Apenas a título de argumento obter dictum, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência. 6. **O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infundáveis necessidades de todos os cidadãos.** 7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. 8. **O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.** 9. Recurso ordinário não provido.” – nossos grifos. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança nº 28.962/MG 1ª Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 25/08/2009, DJe de 03/09/2009). Em sentido diverso: *CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE*

Como balizador de tais situações concretas, então, teríamos a identificação dos direitos envolvidos. A partir daí, seria possível verificar se a intervenção do Estado-juiz mostra-se adequada ou se trata de mera substituição de vontade. Tratando-se de direitos fundamentais, será possível perceber que sua relevância acaba levando a uma atuação jurisdicional mais incisiva, ao passo que em algumas situações, os direitos em jogo, mesmo relacionados com à implementação de políticas públicas, não permitirá um controle externo legítimo dos atos da Administração Pública.

Deve-se ressaltar que, ao utilizar este raciocínio, partimos da premissa de que a concepção de políticas públicas pode ou não relacionar-se diretamente aos direitos fundamentais, não sendo conceitos que possam ser tomados como sinônimos. É o que se passa a expor.

#### 4.2.2. Direitos Fundamentais e Políticas Públicas: uma tênue distinção

Vimos que, em regra, a formulação e execução de políticas públicas são ordinariamente atribuídas aos Poderes Legislativo e Executivo, aqueles que por sua própria natureza são dotados de legitimidade para a prática de atos políticos. Constatou-se ainda que, se no campo da formulação não há um espaço seguro para a intervenção do Estado-juiz, o mesmo não se pode dizer quanto à execução dos programas de governo.

Ainda que seja possível admitir esta constatação, a frequência com que se verifica uma correlação feita indistintamente entre direitos fundamentais e políticas públicas tem levado, ao nosso ver sem a devida dose de temperança, a um incremento substancial de situações nas quais o Estado-juiz avoca para si a função de administrador público. Neste sentido, sustentamos que a concepção de políticas públicas nem sempre estará relacionada de modo direto a direitos fundamentais.

---

*DA INVOCAÇÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF. 1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexó causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição. 2. Recurso Especial improvido. – nossos grifos. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 1.051.023/RJ 1ª Turma. Relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em 11/11/2008, DJe de 01/12/2009)*

Sem qualquer dificuldade, pode-se traçar um paralelo de políticas públicas atreladas a direitos fundamentais. Isso porque áreas estratégicas, constituídas de atividades típicas de estado (como a segurança pública, o exercício do poder de polícia, dentre outras), podem trazer consigo relação direta com valores fundamentais contemplados pelo Texto Maior.

Como conseqüência, já pudemos perceber que as omissões ou falhas da Administração Pública na execução de políticas que são relacionadas a direitos fundamentais têm levado à intensa tutela judicial, onde se identifica com freqüência a utilização do instrumento processual da ação civil pública, em regra pela relevância dos direitos envolvidos. Neste sentido, irreparáveis as considerações de Humberto Martins, Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

A pergunta que se deve fazer neste momento é: o administrador público possui, em todos os casos, carta branca para escolher as prioridades, ou seja, para decidir quais valores serão contemplados e, conseqüentemente, quais serão postergados em face da escassez dos recursos públicos? Tal pergunta deve ser respondida com cautela. A regra é que, por atribuição constitucional, cabe ao Poder Executivo definir os programas de governo que serão tratados com prioridade; boa parte deles, referendados pela vontade manifestada nas urnas. Todavia, há um núcleo de direitos que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito. O termo “em hipótese alguma” frisa que nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Explica-se. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da ‘democracia’ para extinguir a Democracia. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.<sup>253</sup>

Ocorre que situações há nas quais a relação de uma política pública com algum direito fundamental se dá apenas de forma mediata, sendo certo que valores maiores, dentre os quais poderiam se inserir a separação de poderes e a reserva orçamentária, trazem como conseqüência a possibilidade de que a substituição da vontade do administrador por um comando judicial seja ilegítima.<sup>254</sup>

<sup>253</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 1.185.474/SC. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 20/04/2010, DJe de 29/04/2010. Trecho de voto do Relator. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000486284&dt\\_publicacao=29/04/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000486284&dt_publicacao=29/04/2010)>. Acesso em: 01 mai. 2010. O precedente será melhor analisado no Capítulo 07.

<sup>254</sup> No REsp. mencionado na nota 252, mesmo no caso em que se entendeu inaplicável a tese da reserva do possível, o Ministro Relator para o acórdão, Teori Albino Zavascki, em suas razões de voto, evidenciou que o argumento não pode ser desconsiderado quando diante das políticas públicas: “Faz sentido considerar tal princípio para situações em que a concretização constitucional de certos direitos fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições iguais, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Assim, parece-nos que programas de governo que se desdobram na execução de políticas públicas podem sim estar diretamente ligados a direitos fundamentais, mas também podem não estar. Não há uma correlação necessária entre políticas públicas e direitos fundamentais, apesar de a maior parte daquelas visar, em última análise, um valor considerado relevante pela ordem constitucional.

Sob este aspecto, alguns questionamentos que, pela sua complexidade, não serão plenamente satisfeitos no presente trabalho, trazem a reflexão de situações que atingem diretamente o papel do Estado-administrador e do Estado-juiz nas ações civis públicas envolvendo o tema: direitos sociais são considerados direitos fundamentais? Em caso positivo, todos os direitos sociais seriam fundamentais? E os programas de governo, sempre contemplam direitos sociais ou direitos fundamentais?

Árdua é a tarefa de encontrar respostas para tais indagações, justamente porque o movimento já visto de expansão do ativismo judicial e da politização da justiça tem trazido consigo uma evolução no estudo do ordenamento jurídico, proporcionando uma releitura de institutos sob uma “lente constitucional”. Conseqüentemente, a mudança de entendimento acerca de comandos constitucionais outrora tidos como programáticos, para a sua consubstanciação em verdadeiras obrigações do Estado, levou a um incremento por vezes desmedido no controle de atos da Administração, substituindo-se a vontade daqueles legitimamente escolhidos para a formulação das políticas públicas em situações nas quais a consecução de valores fundamentais ocorre de forma mediata.

#### 4.2.3 A legitimidade para realização de políticas públicas

As considerações anteriores mostraram que originariamente incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo a realização das políticas públicas. “Realização” num sentido amplo para englobar a formulação (incumbência Parlamentar) e a execução (atribuição da Administração Pública) das políticas públicas. A este respeito não há grandes questionamentos.

Entretanto, como pondera mais uma vez a professora Maria Paula Dallari Bucci

Outro elemento a causar perplexidade no conceito de política pública, formulado no âmbito da sociologia política e de difícil transposição para o direito, são as omissões, que também podem integrar a política pública. Seja a omissão do governo intencional, seja resultado de impasse político ou consequência da não-execução das decisões tomadas, ainda assim a atitude do governo e da Administração, num quadro conjuntural definido, pode constituir uma política pública.<sup>255</sup>

Noutros termos, quer-se dizer que algumas omissões podem se caracterizar não como falha estatal de assegurar prestações positivas à sociedade, mas uma estratégia política que possa vir a ter como fim último a consecução de outras finalidades públicas. A análise destas omissões, entretanto, guarda estreita correlação com a legitimidade para efetivação das políticas públicas. Ou seja, partindo-se da premissa de que o Poder Legislativo formula certas políticas, e de que a Administração Pública promove sua execução, qual seria o limite na realização destas escolhas, capaz de não configurar um abuso desta legitimidade?

Já se adiantou que o principal limitador das escolhas promovidas pelo Estado-administrador na consecução de políticas públicas é a identificação de direitos fundamentais. Quanto mais intensa a evidência de valores fundamentais, menor o campo de opções do administrador. Ou melhor, hoje sustenta-se que, diante de direitos fundamentais, não haveria sequer espaço para escolhas, ainda que de natureza política.<sup>256</sup>

Com base nesta perspectiva, não seria legítima a mera argumentação de que a omissão na concretização de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais decorreria de uma opção política para a implementação de outros projetos destinados a áreas diversas. Então, a alegação de falta de recursos públicos, sem a efetiva demonstração de sua insuficiência, não tem sido justificativa admissível diante das omissões estatais.

E mais: teremos oportunidade de observar, ao longo do estudo, que mesmo a demonstração da insuficiência de recursos pode não ser argumento suficiente para afastar o controle jurisdicional, quando, por exemplo, esta insuficiência decorrer de falta de planejamento para a execução de políticas públicas já formuladas, ou quando decorrer da

<sup>255</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* Op. cit. p. 251.

<sup>256</sup> “*Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.*” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 1.185.474/SC. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 20/04/2010, DJe de 29/04/2010. Trecho de voto do Relator, ao citar a ementa do acórdão recorrido, prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000486284&dt\\_publicacao=29/04/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000486284&dt_publicacao=29/04/2010)>. Acesso em: 01 mai. 2010. O caso concreto será detidamente analisado no Capítulo 07.

aplicação em outras áreas não tão prioritárias como são aquelas que envolvem direitos fundamentais (e mesmo os direitos sociais).

Além disso, não há como negar que num ordenamento marcado por falta de planejamento, má gestão de recursos e corrupção, a intolerância com o conceito de discricionariedade administrativa e liberdade de escolha na efetivação das políticas públicas cresce. O professor Boaventura de Souza Santos, por exemplo, identifica este fenômeno não apenas sob o ponto de vista histórico, decorrente de gestões governamentais anteriores, mas como decorrência da modificação da própria concepção de Estado.

Reiterando o estudo sobre a evolução estatal, apontado no Capítulo 01, recorremo-nos das suas lições que retratam com clareza o momento em que o Estado-administrador dá ensejo, ele mesmo, à contestação de sua legitimidade na realização de escolhas políticas:

Uma das grandes conseqüências do Estado regulador e do Estado-providência foi que as decisões do Estado passaram a ter um conteúdo econômico e financeiro que não tinham antes. A regulação da economia, a intervenção do Estado na criação de infra-estrutura (estradas, saneamento básico, eletrificação, transportes públicos) e a concessão dos direitos econômicos e sociais saldaram-se numa enorme expansão da administração pública e do orçamento social e econômico do Estado. Especificamente, os direitos sociais, tais como o direito ao trabalho e ao subsídio de desemprego, à educação, à saúde, à habitação e à segurança social, envolveram a criação de gigantescos serviços públicos, uma legião de funcionários e uma infinidade de concursos públicos e de contratações, empreitadas e fornecimentos envolvendo avultadíssimas quantias de dinheiro. Tais concursos e contratações criaram as condições para a promiscuidade entre o poder econômico e o poder político. O afrouxamento das referências éticas no exercício do poder político, combinado com as deficiências do controle do poder por parte dos cidadãos, permitiu que essa promiscuidade redundasse num aumento dramático da corrupção.<sup>257</sup>

Esta expansão da corrupção, segundo o professor, é capaz de se desenvolver de forma mais rápida nas sociedades democráticas, por três fatores: a) a amplitude da classe política, que se por um lado diminui a concentração de poder, por outro aumenta as relações entre agentes políticos e agentes econômicos (e, por isso, maiores são a probabilidade e as oportunidades de corrupção); b) a relevância da comunicação social na investigação da criminalidade política (principalmente quando menos ativa esta persecução pelos órgãos estatais competentes); e c) a competição pelo poder político entre os variados partidos e grupos de pressão, fomentando denúncias recíprocas, em especial quando as relações com o poder econômico são relevantes para a progressão na carreira (ou quando destas relações surgem conflitos).<sup>258</sup>

<sup>257</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Op. cit. p. 08-09.

<sup>258</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Op. cit. p. 09.

Não há como negar que boa parte destes fatores, senão todos, podem ser identificados com certa frequência no ordenamento pátrio, nas mais variadas esferas de poder. Num cenário como este, seria quase que leviano sustentar uma legitimidade absoluta e intangível do Estado-administrador para realizar escolhas políticas e a partir daí implementar programas governamentais, quando o pano de fundo mostra-se bastante complexo.

Entretanto, há de se destacar que não se trata de regra geral. O quantitativo de entes federativos na democracia brasileira não permite uma generalização segura acerca das vicissitudes ou qualidades da Administração Pública. Por isso a importância de uma análise mais apurada dos diversos fenômenos relacionados à judicialização de questões e à implementação de políticas públicas.

Ora uma visão global do ordenamento mostra-se importante para se decidir o caso concreto sem causar um impacto irreversível ao programa político a ser implementado (e que beneficia não apenas um único cidadão, mas a coletividade como um todo), ora a visão pontual e casuística do ente federativo envolvido afigura-se relevante para a apuração das falhas na implementação de certa política. Isto porque, também como já visto, nem sempre se estará diante de uma omissão ilegítima: muitas vezes há a constatação concreta da impossibilidade de efetivação de um programa governamental.<sup>259</sup>

Em outras palavras, se não é possível concluir por uma legitimidade inatingível (*rectius*: insindicável) do administrador público brasileiro, por outro lado também não é possível considerar que todas as suas escolhas sejam ilegítimas, principalmente nas hipóteses em que não há omissão, mas sim divergência de entendimentos.

Nestes casos, como se disse, o balizador será a existência imediata de valores fundamentais em jogo: estando estes presentes, o controle jurisdicional acaba se legitimando; tratando-se de direitos fundamentais aferíveis apenas de forma mediata à implementação de políticas, parece-nos que a perspectiva a ser adotada deve ser aquela traçada pelo Estado-administrador, notadamente pela sua legitimidade originária de atuação no campo político.

---

<sup>259</sup> Conforme estudo realizado no Capítulo 07, e nota de rodapé nº 356, parece-nos que a jurisprudência vem evoluindo no sentido de admitir que o Estado-administrador concretamente possa demonstrar dificuldades em atender às prestações positivas que lhe são judicialmente exigidas, desde que esta comprovação não advenha de meros argumentos retóricos. Esta percepção, ao mesmo tempo em que não se descuida do caso concreto posto à apreciação do Estado-juiz, reconhece que não são todos os casos em que se identifica uma ilegitimidade estatal na realização de escolhas para implementação de políticas públicas.

#### 4.2.4 O controle das políticas públicas

Pelo que já analisado, percebe-se que não se sustenta no presente trabalho a impossibilidade de controle das políticas públicas pelos demais Poderes, quando constatada uma omissão desarrazoada ou falhas no planejamento de algum programa governamental relacionado a valores fundamentais do ordenamento. Ao revés, a constante inter-relação entre os três Poderes e o Ministério Público é fundamental para a consecução das finalidades públicas e dos interesses sociais, de modo a se garantir, sempre que possível, a pacificação social com justiça e com o mínimo de litígios possível.

Entretanto, para um exercício adequado deste controle entre os Poderes, inevitável que se intensifique o conhecimento das relações políticas, do planejamento da Administração Pública e dos trâmites necessários para a efetivação de programas governamentais. Nas precisas palavras da professora Maria Paula Dallari Bucci:

Quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental: a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos. Isto é verdadeiro especialmente no campo dos direitos sociais, como saúde, educação e previdência, em que as prestações do Estado resultam da operação de um sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política pública efetiva e bem-sucedida.<sup>260</sup>

Ao nosso sentir, portanto, a idéia de integração entre os Poderes afigura-se tão relevante quanto a possibilidade de controle. A ênfase na prevenção de litígios, através de um conhecimento maior dos rumos políticos da Administração Pública, pode trazer resultados mais efetivos do que a judicialização das questões.

Neste particular, especificamente com relação à atuação do Ministério Público, a relevância que o ordenamento traz ao inquérito civil, não apenas como instrumento persecutório de preparação à propositura de ações civis públicas, mas principalmente como instituto mitigador de litígios (notadamente, pela possibilidade de ajustamento de conduta), evidencia também a importância da Instituição na consecução das finalidades públicas.

Aqui, destaque-se que, se por um lado não há disponibilidade do órgão ministerial na sua atuação para a tutela de direitos coletivos, por outro a necessidade de conhecimento dos

---

<sup>260</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* Op. cit. p. 249.

trâmites do Estado-administrador, como ressaltado nas linhas anteriores, pode levar a uma maior efetividade na celebração de compromissos de ajustamento de conduta.<sup>261</sup>

O estudo aqui realizado prioriza o conflito já judicializado, mas não há como deixar de ponderar, ao tratar do controle das políticas públicas, que a possibilidade acenada pelo artigo 5º, §6º da Lei nº 7.347/85, não deve ser utilizada pelo *Parquet* como instrumento de pressão ou ameaça àquele que está em vias de ser demandado numa ação civil pública. Desejável, ao revés, que se dê ênfase ao debate e à discussão, de modo a se buscar a solução mais adequada às finalidades públicas.

Evidente que, em casos de flagrante omissão e ausência completa de comprovação plausível das falhas estatais, a indisponibilidade e obrigatoriedade de atuação do Ministério Público não admitem que o interesse da sociedade seja transacionado em toda e qualquer situação. Porém, é relevante notar que a facilidade de ajuizamento da ação civil pública, em contraposição à dificuldade de se tomar um ajustamento de conduta, acaba por desestimular a tentativa de solução extrajudicial, o que não deve ser a premissa a ser adotada.

Já com relação aos fundamentos justificadores do controle jurisdicional das políticas públicas, recorremo-nos mais uma vez às lições de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Não é pois, de se descartar a hipótese de que a propalada contraposição entre política pública e controle judicial talvez mesmo configure, no limite, um falso problema, ou ao menos uma *falsa antinomia*, a se ter presente que os princípios constitucionais têm de ser compatibilizados entre si, para conviverem harmoniosamente, sem que um esvazie o conteúdo ou enfraqueça a eficácia do outro; assim, é com esse espírito *largo e conciliador* que se deve ler os princípios da independência dos Poderes e o da garantia do acesso à Justiça.<sup>262</sup>

Diante de tal perspectiva, não temos dúvidas em afirmar a possibilidade de que seja exercido um legítimo controle jurisdicional, mas não em toda e qualquer hipótese. Considerando que sustentamos esta possibilidade apenas para violações flagrantes ou para hipóteses em que há identificação direta entre a política a ser implementada e a efetivação de um direito fundamental, não consideramos tratar-se de uma *falsa antinomia*, como sustenta o professor. Parece-nos que a questão demanda uma tentativa de sistematização, de modo a se estabelecerem critérios mínimos de legitimação do controle, para que não haja mera transferência de arbitrariedade.

---

<sup>261</sup> Para FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca (*Código de Processo Civil anotado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999), *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento...* Op. cit. p. 763, “relativamente à implantação das políticas públicas, deve o Ministério Público atuar junto à administração quer seja através das ações civis públicas que visam a obrigação de fazer, quer seja através da atuação extrajudicial pelos inquéritos civis públicos e outros procedimentos administrativos de monitoramento, recomendações e compromissos de ajuste.”

<sup>262</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento...* Op. cit., p. 784-785.

Como já se ressaltou, e adiante se reiterará, ao bônus de se adentrar num campo de atuação que originariamente não estaria afeto ao Estado-juiz e ao *Parquet* traz consigo a responsabilidade de melhor conhecer os caminhos da implementação das políticas públicas. Este objetivo deve ser perseguido não para que o exercício do controle se transmude numa atividade tipicamente administrativa realizada por órgãos não legitimados para tanto, mas sim para que a fiscalização no cumprimento pelo Estado-administrador de sua missão constitucional consubstancie-se em verdadeiro auxílio ao interesse público e ao interesse da sociedade, através de uma visão global do ordenamento, e não meramente atomizada e restrita às hipóteses que pontualmente são levadas a juízo.

## **5 O PAPEL DO ESTADO-JUIZ: EXISTE A CHAMADA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?**

### **5.1 Discricionariedade administrativa x discricionariedade judicial**

Já tendo contextualizado a releitura da atuação jurisdicional em questões de natureza política, podemos avançar para distinções mais específicas, de modo a identificarmos as razões que levaram a se debater, em tempos, atuais a existência de uma discricionariedade judicial.

Como visto, no campo das políticas públicas, a possibilidade de eleger uma solução para o caso concreto (pelo fato de a lei não contemplar um único caminho), em regra é atribuição típica da Administração Pública, razão pela qual não é difícil saber quando estamos diante da discricionariedade administrativa.

É bem verdade, e se trata de noção básica do Direito Administrativo (relacionada ao estudo dos atos administrativos), que a margem de conveniência e oportunidade para adotar uma solução concreta pelo administrador não afasta a necessidade de se verificar os requisitos de validade dos atos praticados, já que a discricionariedade não se confunde com arbítrio. Este raciocínio acabou sendo consagrado no ordenamento pátrio com a previsão expressa no artigo 37 da Constituição da obrigatoriedade de observância de princípios pela Administração Pública, não apenas os expressos, como ainda aqueles implicitamente reconhecidos em nosso sistema jurídico.<sup>263</sup>

Então, não é demais reiterar que a outrora discussão sobre a possibilidade de controle jurisdicional do mérito de atos administrativos ganhou contornos mais amplos, passando-se a analisar não apenas os atos em si, mas a legitimidade de sua edição, o atendimento às finalidades públicas e princípios correlatos, e os direitos da coletividade envolvidos.

Deixa a discricionariedade administrativa de ser uma mera possibilidade do administrador quando, diante de mais de uma solução concreta não prevista expressamente na lei, a escolha feita viola princípios ou atinge direitos fundamentais.

Por outro lado, se há casos em que é possível identificar com clareza uma escolha sofrível do administrador, e, conseqüentemente, identificar uma atuação legítima do Poder

---

<sup>263</sup> Vide nota nº 228.

Judiciário no controle daquele ato, muitos são os casos em que não se trata propriamente de uma escolha sofrível, e ainda assim os Tribunais são instados a se manifestar.

É esse incremento de “casos difíceis”<sup>264</sup> envolvendo decisões com forte carga política, emanadas dos Tribunais, que faz ressurgir o antigo debate acerca da possibilidade de o julgador ser dotado de certa margem de escolha no momento de sua cognição.

Ao nosso sentir, o estudo acerca da existência de uma chamada discricionariedade judicial passa pelo esclarecimento de três pontos: i) existir uma margem de escolha para algumas decisões do julgador viabiliza o exercício da discricionariedade, ou se trata de uma atividade intelectual característica da própria jurisdição? ii) inexistindo uma solução legal ou principiológica para certo caso concreto, é facultado ou legitimado ao julgador “criar” uma solução para o caso concreto? iii) independentemente das conclusões a que chegemos na questão anterior, até que ponto o conflito entre direitos fundamentais ou princípios de igual peso ou valor pode ser solucionado pelo julgador, adotando solução diversa daquela emanada pela Administração Pública, quando nenhum dos caminhos possíveis pode ser considerado equivocado?

## 5.2 Discricionariedade cognitiva x discricionariedade decisória

A primeira das indagações trazidas pode ser melhor refletida através da distinção entre o que seria discricionariedade cognitiva e discricionariedade decisória, até mesmo porque as demais questões envolvendo a interpretação e aplicação de direitos fundamentais necessariamente passa por um grau de inteligência ou cognição superior a certos atos puramente decisórios.

Esclareça-se aqui que a discricionariedade judicial decisória, como a própria terminologia induz, seria aquela relacionada com o ato de decidir, que sem dúvida alguma pode ou não ter como uma etapa prévia o juízo de cognição.

É evidente que decisões de mérito, ou mesmo decisões envolvendo questões processuais relevantes, devem passar por um grau razoável de inteligência, até mesmo porque a motivação e fundamentação das decisões judiciais, em geral, não só é obrigatória, como foi

---

<sup>264</sup> Na expressão de DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously* (“Levando os direitos a sério.” Tradução de Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

erigida a princípio constitucional, estatuído no artigo 93, IX da Carta de 1988.<sup>265</sup> Porém, quando tratamos do que se convencionou classificar como discricionariedade decisória, os olhos voltam-se não para o processo cognitivo, mas para a margem de escolha que se tem na própria decisão a ser tomada em alguns momentos ou atos processuais.

Como exemplos que poderiam ilustrar a modalidade que ora nos referimos, temos uma série de situações previstas no Código de Processo Civil Brasileiro, que: i) levam o julgador a tomar uma decisão que não está submetida, tecnicamente, a um processo de intelecção; ii) trazem uma margem de escolha para o julgador solucionar a situação fática apresentada.

Assim, numa audiência de instrução e julgamento, a escolha da ordem das testemunhas a serem ouvidas (evidentemente, quando o julgador não facultar às partes o direito de o fazê-lo, ou quando estas dispensarem a escolha); na aplicação das medidas de apoio previstas no artigo 465, §5º, a escolha da mais adequada para o caso; a limitação do chamado litisconsórcio multitudinário, previsto no artigo 46, parágrafo único; dentre uma série de outras hipóteses previstas no próprio Código.<sup>266</sup>

Diferentemente é a chamada discricionariedade judicial cognitiva. Esta envolve o próprio raciocínio jurídico de interpretação da lei para sua posterior aplicação. Ou seja, num provimento jurisdicional de mérito, seria exatamente o encadeamento de argumentos que embasa a fundamentação de uma decisão e reflete a possibilidade de mais de uma solução satisfatória para o caso concreto.

O grande debate está no fato de que, para muitos, o exercício desta atividade cognitiva, ainda que aponte para mais de uma solução possível para determinado caso, seria uma característica ínsita à própria jurisdição, enquanto que, para outros, a criação de uma solução peculiar para o caso concreto, ou a adoção de um caminho diverso daquele traçado pelo órgão legitimamente instituído para tanto (*rectius*: a Administração Pública diante das políticas públicas), seriam hipóteses de um exercício discricionário da atividade jurisdicional.

No presente estudo, entendemos que as reflexões mais instigantes remetem à discricionariedade cognitiva, razão pela qual não deixamos de mencionar a possibilidade de se sustentar a existência de uma discricionariedade decisória (focada no ato de decidir em si, e não nos argumentos que levam à decisão), e a ilustração com exemplos práticos de que não seria um raciocínio desarrazoado.

---

<sup>265</sup> Vide nota nº 233.

<sup>266</sup> Os exemplos citados foram extraídos da brilhante palestra proferida pelo professor Antonio do Passo Cabral no Fórum sobre Processo Civil realizado na Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF), em 15/10/2008.

No entanto, guardamos um tópico próprio para desenvolvermos melhor a discricionariedade judicial sob o prisma do processo de intelecção do julgador, seja ao criar uma nova solução, seja ao se imiscuir em questões que, a priori, foram destinadas a outros agentes públicos, representantes do povo após processo eletivo.

### 5.3 Discricionariedade cognitiva

Adentramos num dos terrenos mais arenosos do estudo da atividade jurisdicional nos últimos tempos: a possibilidade de ser o julgador dotado de certa margem de escolha e a possibilidade de, em considerando a afirmativa verdadeira, sustentar que isso seria, de fato, discricionariedade.

Aqui, começa-se a tentar direcionar respostas para as demais indagações propostas no item 5.1. Para analisar a atuação “positiva” do julgador criando uma solução quando a lei não a prevê, seria impossível deixar de invocar as controvérsias traçadas entre H.L.A. Hart e Ronald Dworkin acerca da existência de um poder discricionário do juiz.

Ora, se historicamente o estudo de casos sempre evidenciou que os Tribunais não assentem com a possibilidade de o julgador atuar como “legislador positivo”,<sup>267</sup> as discussões entre os Autores mencionados, além de terem contribuído não só para o engrandecimento da ciência jurídica, mas da própria filosofia moral, mostram que nem sempre criar soluções para o caso concreto será uma atuação “legislativa” do julgador (e os estudos da parte III ilustrarão isso com clareza). A visão principiológica de Dworkin e a busca de Hart por soluções aos casos concretos poderá evidenciar que o tema é polêmico desde a época em que escreveram suas obras principais.<sup>268</sup>

Após apreciarmos estas questões, passaremos para o estudo da discricionariedade na obra de Mauro Cappelletti,<sup>269</sup> que, se pelo seu título induz a uma análise apenas da relação

---

<sup>267</sup> Apenas a título ilustrativo, considerando que se trata de posicionamento pacífico, veja-se: RE-AgR nº 488.240/ES; RE-AgR nº 585.368/RS; RE-AgR nº 461.904/SC; AI-AgR nº 625.446/SP; RE-AgR nº 493.234/RS, disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 fev 2009.

<sup>268</sup> HART, H.L.A. *The concept of law* (O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*. Op. cit. \_\_\_\_\_. *Law's empire* (O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2003. Originariamente, as obras mencionadas foram escritas, respectivamente, em 1961, 1977 e 1986.

<sup>269</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* (Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) Porto Alegre: Fabris, 1993.

entre o juiz e a criação das leis, na verdade apresenta discussões bem mais amplas que abrirão caminho para uma posição a favor ou contrária à discricionariedade judicial cognitiva. Por fim, encerraremos o capítulo com a abordagem acerca de posicionamentos contemporâneos sobre o tema.

### 5.3.1 As discussões Dworkin x Hart

Por uma questão lógico-temporal (já que Ronald Dworkin, em verdade, constrói boa parte de suas proposições através de críticas dirigidas ao pensamento de Hart), iniciamos a reflexão com as posições de Herbert Lionel Adolphus Hart sobre o tema.

Segundo Hart, em casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que, não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito.

Estes poderes de criação atribuídos aos juízes seriam diversos daqueles relacionados a um órgão legislativo (e por isso a ressalva de que o entendimento jurisprudencial sobre a atuação do Poder Judiciário como “legislador positivo” não resolve o debate que ora analisamos), na medida em que, *“uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos.”*<sup>270</sup>

Com estas precisas palavras, Hart esclarece que além de serem poderes intersticiais (porquanto somente surgidos nos casos não resolvidos pelo direito posto), estarão sujeitos a muitos “constrangimentos substantivos”, exatamente pelo “déficit de legitimação” que o julgador teria em contraposição aos legisladores eleitos pelo povo.

De todo modo, como haverá pontos em que o direito existente não consegue apresentar uma decisão absolutamente correta, para estes casos o juiz deveria exercer os seus poderes de criação do direito. Nota-se que Hart tem a cautela de ressaltar que não se trata de medida arbitrária, devendo sempre existir razões e critérios para justificar a decisão, e estes se relacionariam com as crenças e valores do juiz.

Também merece destaque o reconhecimento por Hart, nos seus pós-escritos, às críticas que recebeu por sustentar tal posicionamento:

---

<sup>270</sup> HART, H.L.A. *The concept of law...* Op. cit. p. 336.

Há, claro, uma longa tradição européia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o legislador e o juiz, e insistem em que o juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero porta-voz do direito, que ele não cria ou molda.<sup>271</sup>

Mesmo diante de tais argumentos, Hart permaneceu firme na idéia de que ao julgador não é facultado deixar o caso sem solução, ainda que o direito assim tenha feito, tratando-se, portanto, de uma tarefa inevitável e que, sem dúvida alguma, deve ser pautada num conjunto de valores e crenças capaz de justificar a decisão tomada.

Tais idéias podem ser vistas quando atualmente se analisa o papel do juiz diante dos “casos difíceis”. A discussão acerca da postura do julgador não se restringiu, em absoluto, a este debate acadêmico entre Hart e Dworkin. A respeito deste novo papel do julgador, hoje discute-se muito a relação entre a interpretação e a aplicação do direito pelo Estado-juiz e sua participação num Estado de Direito Democrático. Nas precisas palavras de Alexy<sup>272</sup>

O estado constitucional democrático deixa fundamentar-se não só com auxílio da teoria do discurso, ele próprio é, também, dependente de discursos como meio de formação da vontade racional em todos os planos. Ele fundamenta-se, por conseguinte, não só teoricamente sobre discursos, mas vive também praticamente por eles.

Através de uma teoria discursiva do direito, busca-se analisar a legitimidade democrática dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos utilizados em suas decisões e da estrutura do processo de argumentação.

A atividade jurisdicional, pelo fato de na maior parte dos ordenamentos jurídicos decorrer de pessoas não eleitas pelo povo, diferentemente das atividades exercidas pelos demais Poderes, suscita debates envolvendo a legitimidade da aplicação e interpretação da lei em alguns temas, sendo certo que, ao falarmos de direitos coletivos, a questão ganha ainda contornos mais polêmicos.

Segundo Alexy, é através da argumentação que os juizes podem legitimar suas decisões, utilizando-se de critérios formais de qualidade de um sistema argumentativo, como a consistência e coerência. A teoria dos princípios surge como elemento necessário na aplicação da coerência, na medida em que a própria justificação dos valores morais que tangenciam os princípios é capaz de embasar os argumentos utilizados nas decisões judiciais.

Aqui, devemos salientar que o já citado princípio da motivação das decisões judiciais, consagrado no ordenamento brasileiro no artigo 93, IX da Constituição da República,<sup>273</sup> não

<sup>271</sup> HART, H.L.A. *The concept of law...* Op. cit. p. 337.

<sup>272</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo* (Tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>273</sup> Cf. nota nº 233.

se trata de mera formalidade para revestir de uma suposta legitimidade a atuação do Poder Judiciário na tutela de direitos. Em verdade, a busca por uma atividade jurisdicional exercida por julgadores comprometidos com a importância de sua função constitucional é absolutamente fundamental para desconstituir o argumento de falta de legitimidade das decisões emanadas por servidores públicos não eleitos.

Portanto, o simples fato de Hart mencionar que o juiz, nestas hipóteses, deve pautar-se num conjunto de razões, crenças e valores, acaba por evidenciar que ele admite a utilização de aspectos morais capazes de proporcionar decisões justas, legitimadas no ordenamento jurídico exatamente porque o direito não apresenta uma solução expressa para o caso.

Este posicionamento demonstra que as idéias de Hart não expõem uma visão puramente legalista, do contrário o Autor jamais admitiria ao julgador um processo criativo quando o direito posto não apresenta soluções<sup>274</sup>. Com base nos argumentos até aqui analisados, conclui-se que, na verdade, o que para Hart consubstancia-se no exercício de um poder “discricionário” de integração do direito, para Dworkin seria uma visão dos “casos difíceis” de acordo com os princípios em jogo. Em outras palavras, um estudo atento nos faz perceber que muitas vezes ambos chegarão ao mesmo resultado, ainda que as premissas conceituais utilizadas passem por caminhos distintos.

De todo, modo, também não há como negar que o desenvolvimento contemporâneo da teoria dos princípios, e a sua incorporação aos sistemas jurídicos, acaba por minimizar em muito as hipóteses não previstas pelo direito, inclusive nos “casos difíceis”. Passa-se a sopesar a importância dos valores envolvidos (e que foram consubstanciados em princípios) para que a decisão judicial promova o mínimo de sacrifício a direitos contrapostos.

A normatização dos princípios em textos constitucionais e legais, como em boa parte do trabalho se mencionou, promoveu uma releitura do direito, reduzindo situações em que outrora ter-se-iam lacunas a serem preenchidas pelo julgador. Assim, para aqueles que admitem a existência de uma teoria dos princípios, o espaço criativo do julgador reduz-se diante da aplicabilidade *in concreto* dos princípios, notadamente quando valores de igual envergadura entram em choque.

Note-se, entretanto, que em momento algum Hart nega a possibilidade da utilização de princípios num ordenamento jurídico, apenas não fez tal distinção quando do estudo das regras jurídicas. Como já dissemos, a sua própria admissão de um conjunto de valores capaz

---

<sup>274</sup> A ressalva se faz importante porque nas discussões acadêmicas travas entre os doutrinadores, Hart sempre foi considerado um positivista, o que, por si só, não desmereceria os seus argumentos em prol da criatividade do juiz em certos casos.

de influenciar o ordenamento evidencia que, em sua obra, o conceito de regras jurídicas foi utilizado num sentido amplo, para contemplar também o que hoje temos como princípios.

Ainda assim, nos seus pós-escritos, Hart sustenta que haverá hipóteses não contempladas pelo direito, e que nestas invariavelmente o julgador estará dotado de um “poder discricionário” para solucionar o caso concreto, criando o direito se assim for necessário.

Contrapondo-se ao raciocínio esposado por Hart, Ronald Dworkin apresenta ponderações que merecem ser trazidas para uma melhor compreensão do debate:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos, e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.<sup>275</sup>

Neste ponto, a crítica nos parece procedente. Em tempos atuais, notadamente no estudo dos direitos humanos e na forma como estes se internalizam nos ordenamentos jurídicos, o que caracteriza a legitimação de uma série de valores morais traduzidos em direitos fundamentais, de modo a permitir a sua identificação, é “*a procura de uma razão existente fora do sistema jurídico, que não pode se legitimar a si próprio*”, e a constituição da legitimação como um próprio “*direito à justificação do direito*”.<sup>276</sup>

Em outras palavras, no estudo do direito contemporâneo, a própria legitimação de direitos fundamentais parte da premissa de que existiria um direito da sociedade de ter um ordenamento pautado em direitos justificados, o que nos faz concluir que há uma idéia primordial de, num sistema jurídico, haver regras e princípios que contemplem praticamente todas as situações concretas.

Entretanto, mesmo que haja um conjunto de valores expressos através dos princípios mencionados por Dworkin, nem sempre haverá um único caminho ou uma única solução para o caso concreto. Aliás, muitas vezes haverá mais de uma solução satisfatória para um determinado caso, e a questão que se põe é saber até que ponto o julgador poderá adotar o caminho que melhor lhe convir.

Tais considerações são relevantes para demonstrar no presente estudo que, se em décadas atrás, quando Hart e Dworkin fervorosamente expunham seus argumentos acerca da

<sup>275</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously...* Op. cit. p. 127.

<sup>276</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade*, in *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 467-519.

possibilidade ou não de o julgador “criar leis” para os “casos difíceis”, em tempos atuais este não é o centro da discussão sobre uma suposta “discricionariedade judicial”.

Atualmente, o centro do debate não está no processo de criação do juiz como se legislador do caso fosse: como dissemos, a efetivação de uma teoria dos princípios em diversos ordenamentos fez com que muitos dos casos que outrora eram considerados sem solução diante do direito positivado passassem a ser resolvidos através da aplicação concreta de princípios. Aqui, a teoria defendida por Dworkin do direito como integridade<sup>277</sup> e a distinção que faz acerca de argumentos de princípio e argumentos de política<sup>278</sup> traz um novo contorno à discussão sobre a discricionariedade.

Deste modo, não apenas o aspecto criativo do julgador, mas diversas questões que em tempos anteriores cingiam-se à esfera de avaliação administrativa passaram a ser levadas ao Poder Judiciário, fazendo com que este viesse a apreciar questões de caráter eminentemente político. Outra antiga discussão envolvendo a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar o mérito de atos administrativos cede espaço para uma reflexão mais ampla, envolvendo a efetivação de uma série de direitos fundamentais.

O que nos parece relevante notar é que, tanto quando se entenda como Hart no sentido de que em hipóteses não contempladas pelo direito deverá o juiz adotar uma solução para o caso concreto, mesmo tendo que criá-la, quanto entendendo como Dworkin no sentido de que por uma teoria de princípios mesmo os “casos difíceis” podem ser solucionados pelo direito através da aplicação concreta destes princípios, não raras serão as situações em que o julgador estará dotado de certa margem de escolha para solucionar um caso.

Nestas hipóteses, poderíamos falar em “discricionariedade judicial” ou a própria natureza da atividade jurisdicional já impõe um processo cognitivo e intelectual que permite ao juiz interpretar e aplicar o direito? Tal processo interpretativo poderia ser chamado de poder discricionário?

---

<sup>277</sup> Por esta teoria, Dworkin tenta evidenciar a busca por critérios interpretativos capazes de justificar a atuação do aplicador do direito diante de questões fundamentais, como a legitimação dos direitos humanos. Procura demonstrar que a própria comunidade teria uma visão como agente moral sobre si mesma, vale dizer, a integridade do direito adviria da personificação da comunidade neste agente moral. Diante de tal situação, a preocupação do juiz deve ser ainda maior no que concerne à coerência substancial de suas decisões, fazendo com que o juiz “Hércules” deva arcar com a responsabilidade política de justificar suas ações de forma consistente.

<sup>278</sup> Na justificação de tais decisões, utilizaria o juiz o que Dworkin classifica como argumentos de política e argumentos de princípio. Aqueles estariam relacionados com metas sociais não individualizadas – e, portanto, considerariam a coletividade de forma global – enquanto os argumentos de princípio expressariam metas individualizadas, como os direitos fundamentais. Assim, a aplicação e interpretação do direito sairia do plano da busca de um conceito puro e simples para o plano da argumentação. A utilização de argumentos de princípio acabaria por justificar decisões íntegras, exatamente porque sob os olhos do agente moral oriundo da personificação da comunidade, a atuação do juiz estaria dotada de coerência e de uma substancialidade capaz de justificar politicamente aquela decisão, afastando-se assim um suposto déficit de legitimidade.

Estas têm sido as indagações mais recentes sobre o tema, e por isso que a idéia comum de poder discricionário, nos moldes aplicados à Administração Pública (e ao Direito Administrativo de um modo geral) não nos permite concluir com segurança que o julgador estaria dotado de um poder de escolha pautado em suas próprias convicções.

Entretanto, mesmo sendo a imparcialidade algo fundamental para a correta prestação da atividade jurisdicional, e mesmo estando cientes de que o julgador, como ser humano, invariável e inconscientemente estará dotado de um conjunto de valores e convicções pessoais que podem acabar direcionando sua decisão, pensamos que o processo de interpretação e aplicação do direito pelo juiz, por vezes, pode deixá-lo em situações nas quais seja legítima a realização de escolhas.

O grande desafio nos parece ser o comprometimento dos julgadores com decisões motivadas e fundamentadas com clareza, pautadas numa representação argumentativa e numa teoria do discurso que não deixe margens a questionamentos sobre o comprometimento do juiz com a sua missão constitucional de prestar a jurisdição. Numa época em que a dinamização das relações sociais promove a explosão de litígios e a massificação das relações processuais, não há como se admitir que os casos envolvendo o “poder criativo” do julgador (ou a possibilidade de escolha entre mais de um caminho a ser seguido) sejam tratados como apenas mais um processo de rotina.

Por tudo o que já destacado até o momento, a relevância dos direitos transindividuais, e o *iter processual* das ações civis públicas (e especialmente aquelas envolvendo a análise de políticas públicas) torna ainda mais evidente a responsabilidade do julgador quanto à fundamentação e motivação dos seus provimentos jurisdicionais.

Neste caso, se o raciocínio trazido como fundamento da decisão estiver pautado em coerência, consistência, e numa atividade intelectual comprometida com a solução do caso concreto, não temos dúvidas de que, mesmo havendo mais de uma solução satisfatória para o caso, a margem de escolha utilizada pelo julgador não será objeto de contestação. Ou melhor, mesmo com a insatisfação de uma das partes, afora a possibilidade recursal, a discussão acerca da legitimidade democrática do julgador naquele caso estará fora de contestação.

Este o dilema do ordenamento jurídico contemporâneo: conciliar a explosão de litigiosidade (que leva a uma incessante busca pela prestação jurisdicional) com uma produção intelectual dos julgadores condizente com a sua relevância para o Estado Democrático de Direito, de modo a se encontrar a exata medida das intervenções não abusivas do Poder Judiciário nos demais Poderes.

### 5.3.2 Posição de Mauro Cappelletti

Esta questão acerca do papel do julgador na escolha de soluções não contempladas pelo direito também foi objeto de apreciação do professor Cappelletti, em sua obra *“Juizes Legisladores?”*.<sup>279</sup> Veja-se a citação inicial do Autor, reportando-se à mensagem encaminhada pelo Presidente Theodore Roosevelt ao Congresso americano em 1908:

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e freqüentemente são, os juizes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juizes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de conciliações superadas.<sup>280</sup>

Na análise deste processo criativo dos juizes, Cappelletti evidencia em sua obra que não há como negar o fato de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. A grande questão, portanto, não seria discutir se existe ou não atividade criadora do julgador, mas sim o estudo *“do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.”*<sup>281</sup>

Estudando o processo de interpretação de um modo geral, verifica-se que não apenas o direito, mas muitas vezes as próprias palavras são dotadas de diversos significados que podem gerar incertezas e dúvidas. Estas ambigüidades é que devem ser esclarecidas pelo intérprete, preenchendo lacunas e dando vida aos textos.

Como já expusemos em linhas anteriores, o fato de haver discricionariedade não se confunde com atuação arbitrária e ilimitada do julgador. Este fenômeno também é identificado por Cappelletti:

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*.<sup>282</sup>

<sup>279</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*... Op. Cit.

<sup>280</sup> ROOSEVELT, Theodore *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*... Op. cit., epígrafe.

<sup>281</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*...Op. cit. p. 21.

<sup>282</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*...Op. cit. p. 23-24.

Vê-se, portanto, que o professor Cappelletti também encampa o posicionamento de que existe discricionariedade judicial, decorrente do processo interpretativo dos Tribunais e muitas vezes necessária para solucionar lacunas deixadas pelo direito.

No mesmo sentido em que já nos manifestamos, o Autor defende que o grande desafio não é discutir a existência ou inexistência do processo criativo, mas delimitar esta atuação de modo que as decisões judiciais sejam legítimas, salvaguardando a idéia de um Estado de Direito.

### 5.3.3 Outros posicionamentos atuais

Nas linhas anteriores vimos que a discussão acerca do papel criativo do juiz não é recente. Ao revés, há mais de um século se debate o tema. Entretanto, a sua rediscussão no ordenamento contemporâneo pode ser atribuída tanto ao desenvolvimento da teoria dos princípios para a solução dos chamados “casos difíceis” quanto da já mencionada judicialização das políticas públicas. Neste sentido, relevante aqui se mencionar alguns posicionamentos recentes da doutrina sobre o tema.

A professora Gisele Santos Fernandes Góes, por exemplo, seguindo entendimento da processualista Teresa Arruda Alvim Wambier, sustenta que não há espaço em nosso ordenamento para atividade discricionária do juiz.<sup>283</sup> Chega a tal conclusão através de algumas premissas, a primeira delas considerando que o poder discricionário está relacionado com o juízo de conveniência e oportunidade, como é a visão administrativista.

Além disso, aduz que os termos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas não admitem liberdade na sua integração, razão pela qual não haveria discricionariedade na atuação do julgador diante de tais questões. Ademais, considera que a discricionariedade seria a busca de soluções extrajurídicas, não havendo atividade interpretativa.

Portanto, considerando que o julgador está adstrito ao princípio da legalidade, não haveria espaço para que substituísse sua atividade interpretativa utilizando uma possível discricionariedade judicial como fonte de concretização da legalidade.

---

<sup>283</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*. in MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Orgs.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87-93.

Em que pese tal entendimento, tivemos o cuidado neste trabalho de apresentar de início as premissas que utilizaríamos no estudo do que seria discricionariedade. Ora, como deixamos para o Direito Administrativo a visão da discricionariedade vinculada exclusivamente a juízos de conveniência e oportunidade, ao nosso sentir a margem de escolha que tem o julgador no processo de interpretação e aplicação do direito por vezes poderia sim caracterizar um atuação discricionária.

Como dissemos, e aqui convergindo com as ponderações do professor Cappelletti, atuação discricionária não significa ausência de limites. E ainda, mesmo quando estamos fora da discussão sobre conceitos jurídicos indeterminados e sua forma de integração com o ordenamento, há casos em que o julgador se depara com mais de uma solução satisfatória para um caso, vale dizer, há hipóteses em que o direito não contempla uma solução e ainda assim mais de um caminho se abre para tentar resolver o caso concreto.

Em nosso entendimento, tais hipóteses poderiam conferir ao julgador uma atividade discricionária, que, como já exposto, merece balizamentos e limites, mas, principalmente, uma atuação jurisdicional comprometida com sua função constitucional dentro de um Estado Democrático. Reduzir o debate à mera questão de conveniência e oportunidade, afastando a ampla reflexão sobre a representação argumentativa, a teoria do discurso e a legitimação de direitos fundamentais acabaria por diminuir a importância atual do tema.

A professora Teresa Arruda Alvim Wambier, como dissemos, também é contrária a idéia de discricionariedade judicial, considerando que gerar uma margem de liberdade dentro da qual o agente estaria fora do controle dos atingidos pela decisão não seria conduta lícita ao julgador, pois, efetivamente, este seria o objetivo de uma atuação discricionária.<sup>284</sup> Neste sentido, também Maria Elizabeth de Castro Lopes<sup>285</sup> e José Roberto dos Santos Bedaque.<sup>286</sup>

O argumento principal utilizado pelos autores se pauta no fato de que não há como se aplicar a lei sem que esta seja interpretada, razão pela qual a interpretação é ínsita à própria atividade jurisdicional. De todo modo, pode-se depreender de tudo o que já exposto que em momento algum vinculamos a idéia de discricionariedade a todas as hipóteses de interpretação legal. Ao revés, na grande maioria dos casos o direito positivado apresenta soluções que se refletem em decisões judiciais meramente interpretativas do direito.

---

<sup>284</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, *apud* LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Anotações sobre a discricionariedade judicial*, in MEDINA, José Miguel Garcia, *Op. cit.* pp. 94-98. Veja-se ainda, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “*Limites à chamada discricionariedade judicial.*”, in *Revista de Direito Público*. v. 24. n. 96. São Paulo: 1990. p. 157-167.

<sup>285</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Anotações sobre a discricionariedade judicial...**Op. cit.*

<sup>286</sup> BEDAQUE, José dos Santos. *Efetividade do Processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Porém, como já dissemos, em certos casos nem o direito contempla uma solução, nem estamos diante de termos jurídicos indeterminados. Afora a aplicação da teoria dos princípios, que embasa a tese de Dworkin para refutar o processo criativo do juiz, muitas situações, mesmo com a aplicação principiológica, deixam ao juiz uma margem de escolha sobre o caminho a ser seguido. Pense-se, por exemplo, em políticas públicas que contemplem direitos fundamentais assegurados através de princípios que estão igualmente no mesmo patamar de importância para o ordenamento.

Como solucionar o caso? Evidentemente, através da escolha de um caminho a ser seguido, o que, ao nosso sentir, poderia ser sustentado como atividade judicial discricionária, e nem por isso diríamos que direitos fundamentais foram tutelados pelo Estado-juiz através de um juízo de mera conveniência e oportunidade.

Diante de tantos debates, não poderíamos deixar de apreciar o tema sem passar por alguns pontos que, concretamente, colocam-se no ordenamento de modo a justificar a rediscussão do tema.

## 5.4 Alguns aspectos polêmicos

### 5.4.1 Discricionabilidade judicial como corolário da garantia de direitos fundamentais

Ao tratarmos do fenômeno da judicialização da política e da politização da justiça, vimos que muitas questões têm sido levadas aos Tribunais, envolvendo cada vez mais aspectos relacionados ao Estado Democrático.

Questão interessante foi constatada pelo professor norte-americano Roberto Gargarella, após período de pesquisa acerca dos direitos sociais:

Em suas referências a argumentos relacionados à democracia, diferentes juízes em diferentes momentos recorreram (sobretudo) a duas noções muito diferentes da democracia. Alguns juízes apelaram a – o que chamarei de – uma noção pluralista da democracia, enquanto outros fizeram referência a – o que chamarei de – uma noção mais progressista, populista ou participativa.

O fato notável é que, independentemente de qual dos conceitos opostos tenha tido preferência no caso, os juízes tenderam a chegar sempre à mesma conclusão, qual seja, que o respeito pela democracia exige dos juízes que não implementem os direitos sociais.<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais* (Tradução de Thiago Magalhães Pires), in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais...* Op. cit. p. 208.

Sabe-se que a controvérsia acerca da fundamentalidade dos direitos sociais é tema que mereceria páginas exclusivamente dedicadas à questão, o que não seria objeto do presente estudo. De todo modo, percebe-se que ainda há um receio por parte dos Tribunais em se imiscuírem em questões que, de alguma forma, suscitariam debates acerca de sua legitimação democrática.

Se por um lado tal fenômeno é constatado, por outro também se sabe que o controle de uma série de questões pelo Poder Judiciário, notadamente envolvendo direitos fundamentais, aumentou gradativamente ao longo dos anos. Exemplo claro pode ser citado acerca da interpretação judicial sobre o direito fundamental à saúde e as ações envolvendo o fornecimento de medicamentos, que será melhor desenvolvido na terceira parte do estudo. Este incremento do papel do Estado-juiz como necessário contra-peso aos Poderes Políticos também foi identificado por Cappelletti, como se vê:

Os tribunais judiciais ordinários – o “ramo menos perigoso”, segundo a célebre definição de Alexander Hamilton – passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada. Todos os juizes, e não apenas alguns daqueles novos juizes especiais (ou “quase-judiciais”), tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos “poderes políticos”, nada obstante o enorme crescimento destes no estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento.<sup>288</sup>

Note-se que há “casos difíceis” envolvendo direitos fundamentais e princípios constitucionais, nem sempre expressos, em que não raro se abre mais de uma solução para o caso. Se, como dissemos, há quem entenda que se trata apenas da natural atribuição interpretativa do julgador na prestação da atividade jurisdicional, por outro lado entendemos que as escolhas do julgador, quando corretamente fundamentadas, bem argumentadas, consistentes e comprometidas com a missão do Estado-juiz, podem seguramente ser legítimas, e, ao mesmo tempo, caracterizarem o exercício de uma atividade discricionária.

Assim, podemos dizer, com base em todos os argumentos expostos até o momento, que há casos concretos envolvendo direitos fundamentais que seguramente possibilitarão ao julgador uma escolha, seja esta escolha uma mera necessidade para solucionar o caso, seja uma escolha que poderia ser até tida como “trágica”.<sup>289</sup>

<sup>288</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Op. cit. p. 49.

<sup>289</sup> Veja-se, a esse respeito, o artigo de BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais... Op. cit.* p. 875-904. No artigo, o professor coloca em debate o fato de que o fornecimento de medicamentos, em verdade, traz à tona o conflito entre o direito à saúde de uns *versus* o direito à saúde de outros, considerando que o fornecimento decorrente de ações judiciais individuais reflete necessariamente na aplicação de recursos públicos na saúde da coletividade e daqueles que não buscaram o Estado-juiz, mas igualmente detêm o mesmo direito à saúde. Estudo mais detalhado no Capítulo 06.

O fato é que ao realizar escolhas em casos que envolvem princípios ou direitos de peso ou importância semelhante, nem sempre o julgador estará diante de uma única solução, e nem sempre haverá uma única solução satisfatória, podendo haver caminhos igualmente bons ou igualmente ruins, sendo que o juiz deverá necessariamente adotar um deles.

O que não se pode admitir, em absoluto, como já mencionado, é uma atuação arbitrária, desprovida de limites ou insuficientemente fundamentada, o que também não raro é visto nos ordenamentos jurídicos. Todo o desenvolvimento doutrinário e teórico sobre afastar o déficit de legitimação democrática da atividade jurisdicional com decisões fundamentadas e assim legítimas pode ruir com decisões equivocadas, abusivas e materialmente vazias.

Irretocáveis as palavras de Eduardo Appio, para quem

Um governo de juizes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerir a máquina administrativa ou para inovar no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo. Gozando da prerrogativa da vitaliciedade e da inamovibilidade, os juizes seriam insubstituíveis e mesmo quando suas decisões rompessem com a Constituição ainda assim somente poderiam ser retirados do cargo por força de um golpe de Estado, com a alteração da própria Constituição. (...) Ademais, não há qualquer garantia de que um governo de juizes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação arbitrária acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político do que os interesses reais dos cidadãos.<sup>290</sup>

Deste modo, é possível que sustentemos que o exercício da discricionariedade judicial, quando diante de direitos fundamentais de igual peso ou importância, pode ser imprescindível para a própria efetivação dos direitos *in concreto*, na medida em que mesmo a técnica de ponderação e a utilização do tão badalado princípio da razoabilidade podem deixar em aberto mais de uma solução satisfatória.

Esta apenas uma das inesgotáveis polêmicas acerca do papel do juiz e sua função na integração do direito. Por outro lado, se quando diante de direitos fundamentais é justificável a necessidade de o Estado-juiz por vezes interceder tanto para exercer o controle sobre os demais Poderes quanto para assegurar tais direitos, é no campo das políticas públicas que o debate se intensifica ainda mais.

#### 5.4.2 A discricionariedade judicial e a viabilização de políticas públicas

<sup>290</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas...* Op. cit. p. 158.

Vimos no tópico anterior que a relevância dos direitos fundamentais por vezes enseja a atuação (muitas vezes enérgica) dos Tribunais para assegurar a efetividade de tais direitos. O chamado déficit de legitimação democrática, mencionado por Cappelletti (ou argumento contra-majoritário), no caso dos direitos fundamentais, como vimos é solucionado através do constitucionalismo discursivo, da teoria da argumentação e da teoria do discurso.

Veja-se que, naqueles casos, apesar de muitas vezes o administrador alegar a impossibilidade de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos, muitas de suas condutas posteriores desmentem ou ao menos atenuam esta aparente impotência, o que, como já estudado, acaba por trazer a interferência do Poder Judiciário, mesmo quando para mudar um caminho para o qual haveria mais de uma solução satisfatória.

Entretanto, quando falamos de políticas públicas de um modo geral, e aqui deve-se deixar claro que não estamos falando de direitos fundamentais, direitos sociais ou outros direitos com embasamento principiológico de peso razoavelmente forte capaz de justificar um controle externo, a regra geral é que a escolha dos melhores caminhos deve ser feita pela Administração Pública.

A visão principiológica de Dworkin, que por sinal se refletiu na tão citada “normatização de princípios” em diversos ordenamentos, e permitiu a efetivação de uma série de direitos, não raro também é utilizada pelo julgador para que ele próprio adote escolhas sofríveis. Então, a mesma crítica feita ao administrador no ordenamento pátrio, que com escassos recursos adota escolhas diversas daquelas que deveriam assegurar (ao máximo possível) a efetivação de direitos fundamentais, deve ser feita ao julgador quando diante de políticas públicas.

Tudo o que já dito acerca de se suprir o déficit de legitimação democrática com uma representação argumentativa pautada na teoria do discurso vai por água abaixo quando uma série de decisões judiciais apresenta uma fundamentação “aparentemente” embasada em princípios.

Em outras palavras, o mesmo desenvolvimento de um ordenamento pautado não apenas em regras, mas em princípios, e que levou à efetivação de inúmeros direitos, também é o mesmo que trouxe algumas distorções, como, sem dúvida alguma, a recorrente utilização do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade como o único argumento para intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes.

Historicamente, o desenvolvimento da idéia de razoabilidade trouxe consigo uma grande responsabilidade argumentativa: a de demonstrar a presença *in concreto* de seus sub-princípios (a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito).

O que se vê em muitos casos, entretanto, não é a utilização de tal princípio pautada numa interpretação lógico-sistemática do caso, mas a aplicação indiscriminada de uma suposta razoabilidade que, em verdade, estaria calcada nos próprios valores pessoais que o julgador tem acerca daquilo que para ele seria razoável.

Nestes casos, não estaríamos diante de discricionariedade, nem de aplicação principiológica do direito com vistas a assegurar valores maiores: estaríamos sim diante de decisões equivocadas que igualmente mereceriam correção.

Como já deixamos entrever, num ordenamento como o brasileiro em que a figura do representante eleito pelo povo vem sendo sistematicamente desacreditada, as escolhas relacionadas às políticas públicas evidenciam, muitas vezes, contradições na atuação do administrador (e, sem dúvida alguma, esta nos parece a maior razão que leva à intervenção do Poder Judiciário). Conseqüentemente, um incremento na quantidade de casos levados ao Poder Judiciário traz uma probabilidade lógica de aumento de escolhas também insatisfatórias pelo julgador.

A questão que se põe é saber até que ponto é possível, quando não estamos diante de direitos fundamentais, e quando não estamos diante de princípios que efetivamente devem ser garantidos, que as escolhas envolvendo políticas públicas seja transferida do Poder Executivo para o Poder Judiciário. É bastante claro que, ao menos em tese, a Administração Pública é dotada de profissionais técnicos qualificados capazes de demonstrar através de estudos, laudos, pesquisas, fórmulas e outros critérios como será viabilizada determinada política pública.

Neste ponto, nem o julgador possui o aparato técnico e o conhecimento igualmente técnico para tanto, nem o próprio Ministério Público, quando igualmente procura intervir em tais questões deflagrando ações para a tutela de direitos transindividuais. Sabe-se que a complexidade de tais ações muitas vezes não é satisfeita com a prova pericial, sendo inclusive necessária a complementação com estudos dos órgãos públicos responsáveis pela implementação de determinada política.

Aqui, este panorama apenas nos faz reiterar que algumas decisões desta natureza, quando não se utilizam do já mencionado princípio da razoabilidade, também não se revestem de uma representação argumentativa capaz de legitimar a atuação e suprir o argumento contra-majoritário.

Abre-se para nós dois caminhos: ou a especialização técnica de julgadores especificamente para a apreciação dos chamados “casos difíceis”, de modo a viabilizar a sua legitimação democrática, ou a fixação de alguns limites a esta discricionariedade judicial.

Considerando que o primeiro dos caminhos depende de um esforço hercúleo do Poder Judiciário para que este aprimoramento técnico dos julgadores seja materialmente visualizado pela coletividade (com decisões efetivamente legítimas dentro de um sistema democrático), optamos por analisar a necessidade de fixação de limites, ao menos até que o primeiro caminho seja visível à sociedade.

### **5.5 Limites à discricionariedade judicial**

Vimos que há entendimentos no sentido da existência da discricionariedade judicial e outros pela sua impossibilidade, e sustentamos a posição de que concordamos com aqueles que admitem esta margem de escolha do julgador.

Porém, como advertimos ao longo do estudo, a fixação de limites a esta escolha não é apenas conveniente, mas necessária num Estado de Direito baseado na tripartição de Poderes e num Poder Judiciário atuante, porém composto de representantes não eleitos pelo povo.

O primeiro passo para que a discricionariedade do julgador não se transforme em arbitrariedade deve ser o seu auto-reconhecimento de que há casos em que não dispõe de qualificação técnica para promover a sua solução. Nem sempre a realização de prova pericial é capaz de indicar ao juiz o melhor caminho a ser trilhado.

Na análise da questão das políticas públicas vimos que é neste campo que muitas decisões judiciais extrapolam esta discricionariedade e acabam violando o princípio constitucional da separação de poderes.

O reconhecimento de que a Administração Pública, mesmo com todas as suas falhas, é quem dispõe de profissionais técnicos capazes de demonstrar como proceder à determinada implementação de política seria um primeiro limite à atuação jurisdicional.

Como ressaltamos, há situações que se apresentam no ordenamento com mais de um caminho satisfatório e outras com caminhos igualmente trágicos ou sofríveis. Nestes casos, a simples constatação de mais de uma solução evidenciaria que nem sempre caberia ao Poder Judiciário interferir nesta atuação, seja porque não teria legitimidade para tanto, seja porque a solução a ser dada pelo julgador afastaria outra solução igualmente sofrível, com o agravante de não ter profissionais técnicos demonstrando que, dentre aquelas escolhas ruins, a adotada seria a menos pior.

Então, reconhecer que o Poder Judiciário não é a tábua de salvação para todos os casos; que há limitações técnicas dentro do próprio Estado-juiz; e que nem sempre os juízes são dotados de qualificação técnica para certas questões, é o primeiro passo na direção de se evitar o arbítrio.

Outra tentativa de evitar a extrapolação seria tentar aproximar o Estado-juiz do Estado-administrador. Os julgadores deveriam buscar conhecer a fundo a estrutura organizacional da Administração Pública, de modo que, na mesma visão preconizada por Richard Posner,<sup>291</sup> o juiz visualize as conseqüências globais de sua decisão, não apenas os reflexos imediatistas daquele caso concreto.

A repercussão social e global de uma decisão nem sempre é vista quando o julgador, adstrito às paredes de seu gabinete, interpreta e aplica o direito de acordo exclusivamente com os limites de suas atribuições (v.g., ao adotar medidas enérgicas por conta de um descumprimento de ordem judicial sua quando, em verdade, já há milhares de decisões a serem igualmente cumpridas, proferidas por diversos juízos em casos de massa e que dependem da disponibilização de recursos públicos para tanto, ou ainda, quando determina o seqüestro de verbas públicas), sem tentar minimamente entender o funcionamento do Estado-administrador e as dificuldades concretas e diárias de seu funcionamento<sup>292</sup>.

Como mais uma possível solução, entendemos que os Tribunais Superiores, ao reverem decisões judiciais, deveriam apreciar o grau de comprometimento dos julgadores com o Estado Democrático de Direito de uma forma geral, notadamente apreciando se a fundamentação das decisões é suficientemente clara, concisa e coerente com a relevância do papel do Estado-juiz.

Evidentemente, tal papel corretivo dos julgadores de instâncias superiores deve ser feito com o igual comprometimento com a sua missão constitucional, deixando de simplesmente reiterar as decisões do juízo *a quo* e passando a evidenciar a importância da teoria do discurso e da representação argumentativa na atuação legítima do Poder Judiciário. Trata-se de processo gradual, e que, deve ser proporcional à mesma disposição dos Tribunais de apreciarem cada vez mais questões políticas.

---

<sup>291</sup> POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003. Reconhecendo a necessidade de se estudar a aplicação do direito, o juiz norte americano Richard Posner trouxe importante contribuição ao tema com suas idéias pragmáticas acerca do papel do aplicador do direito diante das decisões judiciais. Para ele, o julgador não pode deixar de ser historicista, e deve ainda ser empirista, tendo os olhos voltados para o futuro, e, principalmente, ser dotado de uma visão sistêmica de sua atuação. Parece-nos que este é o maior dos problemas que constatamos no estudo da discricionariedade judicial. Segundo Posner, e com toda razão, o juiz deve olhar para as conseqüências globais de sua decisão, e não apenas para aquele caso concreto.

<sup>292</sup> Evidentemente, tal raciocínio não se aplica aos atos administrativos viciados, ou escolhas que não são meramente equivocadas, mas por vezes até ilegais.

Em outras palavras, o bônus de interceder em questões que tradicionalmente seriam afetas aos demais Poderes traz consigo o ônus de legitimar sua atuação através de decisões coerentes e fundamentadas, em última análise, numa jurisdição constitucional, principalmente quando os “casos difíceis” que são trazidos ao Estado-juiz abram margem a mais de uma solução.

### **PARTE III – Análise de alguns provimentos jurisdicionais em ações civis públicas**

Nesta terceira parte, com o objetivo de ilustrar os temas abordados nas lições anteriores, procuraremos trazer a análise de alguns casos concretos, o que nos parece proveitoso e ao mesmo tempo relevante para demonstrar a aplicação prática das reflexões suscitadas no curso do trabalho.

Optamos passar por três temas que, pela própria complexidade que os revestem, ensejariam um estudo próprio e autônomo, se considerássemos as peculiaridades de direito material de cada um: o direito à saúde, o direito à educação e o direito ambiental. Por conta disso, após um ligeiro panorama sobre o tratamento dado pelo ordenamento pátrio a estes campos, utilizaremos exemplos práticos de aplicação da ação civil pública como instrumento modificador das políticas públicas, notadamente em hipóteses que, de alguma forma, podem evidenciar o choque de valores fundamentais.

Assim, após se ultrapassar a parte III, ao nosso sentir ficará ainda mais clara a necessidade de se estabelecer critérios na atuação do Estado-juiz, para que os provimentos jurisdicionais em sede de ação civil pública não atropelem o direito processual civil nem descaracterizem a legitimidade do julgador na consecução dos valores fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro.

## **6 O DIREITO À SAÚDE E PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO**

Inicia-se esta fase do estudo trazendo a baila tema que envolve uma gama de questões sensíveis, como a possibilidade ou não de ponderação de direitos fundamentais, a efetividade de normas constitucionais programáticas, a superposição constitucional de competências, dentre outros aspectos. No plano processual, o direito à saúde suscita discussões como a legitimidade do Ministério Público para tutelar por meio de ação civil pública direitos individuais homogêneos, a solidariedade ou não entre os entes da Federação para o fornecimento de medicamentos, a obrigatoriedade ou não do Estado em realizar procedimentos cirúrgicos de alto custo, a possibilidade ou não de gradação na prestação positiva deste direito (e, por decorrência, as espécies de provimentos jurisdicionais nas ações envolvendo o tema), enfim, uma série de aspectos dos quais não se pode fugir.

Neste particular, precisas as palavras de Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Não se admite que o Poder Público se limite a incorporar formalmente normas como o artigo 196 da CR no sistema, sem lhe dar a efetividade necessária na realidade social. Igualmente intolerável é restringir a idéia de políticas públicas de saúde ao fornecimento de medicamentos, atendimentos emergenciais hospitalares e à realização de exames em diversos pacientes, sem que se compreenda todo o conjunto de ações necessárias para a promoção da saúde pública. Assegurar aos cidadãos o direito à vida e à saúde que lhes outorgue a dignidade mínima é tarefa que, em todos os níveis da federação, passa pela implantação de medidas preventivas do adoecimento e por providências que assegurem o conforto mínimo físico, emocional e mental.<sup>293</sup>

Vejamos, portanto, como se desenvolve a questão.

## 6.1 O tratamento constitucional do direito à saúde

Num primeiro momento, relevante é destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 6º, traz o direito à saúde no rol dos direitos sociais<sup>294</sup>. Mais à frente, ao dispor sobre a ordem social, chancela a saúde como um dos pilares da seguridade social (esta definida como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”), nos termos do artigo 194.

Especificamente no artigo 196, dispõe que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>295</sup>

Apenas com estas definições já é possível constatar dois pontos: a) a disposição constitucional do direito à saúde no Título VIII, que trata da ordem social, evidencia tratar-se de um direito social pautado em programas de governo e políticas sociais; b) a própria definição constitucional para a saúde já demonstra a necessária correlação entre a efetivação deste direito e a formulação e execução de políticas públicas nesta área.

<sup>293</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Controle Jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública*, in FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; e DIAS, Maria Teresa Fonseca (Orgs.). *Políticas Públicas: Possibilidades e Limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 293-294.

<sup>294</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988. Artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000).

<sup>295</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988.

Justamente por conta desta concepção, o Texto Maior prossegue dispondo que as ações e serviços de saúde serão de incumbência do Poder Público, cabendo-lhe, nos termos da lei, estabelecer sua regulamentação, fiscalização e controle (*rectius*: sendo de atribuição do Poder Público, portanto, a **formulação** das políticas públicas correspondentes), bem como executar as ações formuladas, diretamente ou por terceiros (*rectius*: sendo sua ou de pessoas de direito privado a **execução** das políticas formuladas).<sup>296</sup>

Vê-se, portanto, que muito embora o constituinte originário reconheça a relevância pública e social do direito à saúde, acaba também admitindo que a implementação de ações para assegurar tal direito aos cidadãos não é resolvida, tão somente, com sua previsão constitucional. Talvez por isso, tradicionalmente as normas constitucionais referentes ao campo da saúde sempre tenham sido consideradas pelos operadores do direito como de caráter programático, trazendo um certo desconforto ao Poder Judiciário quando compelido a desempenhar papel mais vigoroso nesta seara.<sup>297</sup>

Como diretrizes básicas para o funcionamento destas ações envolvendo a saúde, o Texto Maior de 1988 estabeleceu a instituição de um sistema único (SUS), integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada, pautada na descentralização, no atendimento integral e na participação da comunidade<sup>298</sup>. Para o custeio deste complexo e abrangente sistema, também o legislador constituinte estipulou a obrigatoriedade de os entes federativos aplicarem um mínimo de recursos públicos oriundos de tributos, prevendo-se ainda que lei complementar disponha acerca do percentual aplicável e a forma de rateio dos recursos da União vinculados à saúde.<sup>299</sup>

---

<sup>296</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988. Artigo 197: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

<sup>297</sup> Observação com propriedade feita por HENRIQUES, Fátima Vieira. *Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais...* Op. cit. p. 841. Veja-se também, BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas...* Op. cit.

<sup>298</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988. Artigo 198. As atribuições exemplificativas do Sistema Único de Saúde vêm descritas no artigo 200: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

<sup>299</sup> Esta previsão não constava do texto original. Entretanto, constatando o poder constituinte derivado reformador que nem todos os entes públicos desenvolveram as ações relacionadas à saúde tal como preconizadas pelo constituinte originário, no ano de 2000, o artigo 198 foi alterado, incluindo-se novas disposições quanto à obrigatoriedade de destinação de recursos públicos à área de saúde. BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os

Quanto à participação de pessoas de direito privado, o texto constitucional estabelece a possibilidade de livre assistência, em caráter complementar ao sistema único de saúde, vedando no entanto a aplicação de recursos públicos destinados a entidades privadas com fins lucrativos, estabelecendo preferência pelas entidades filantrópicas e sem fins lucrativos (artigo 199).

Assim, vê-se que a Constituição Federal, de fato, estabelece linhas gerais para a implementação de uma política de saúde integrada entre os entes da federação. A abrangência das normas constitucionais evidencia que, mesmo se entendendo por sua auto-aplicabilidade (e não meramente uma estipulação de caráter programático), a existência apenas de comandos constitucionais não é suficiente para a efetivação das políticas públicas em questão.

Não por acaso, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990,<sup>300</sup> regula no plano infraconstitucional as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes ao sistema único estabelecido pelo Texto Maior. Pelo que se infere do diploma legal, há um escalonamento de atribuições entre os diferentes níveis da federação, de modo a operacionalizar a prestação dos serviços de saúde.

---

arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 set. 2000. Artigo 198, com a nova redação: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º. §3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. §4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. §5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. §6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

<sup>300</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1990.

Neste sentido, percebe-se que no plano federal são da direção nacional do SUS, em sua maioria, atribuições relacionadas à **formulação** de ações para o sistema. No que tange à **execução** das políticas de saúde, à esfera federal compete as questões de maior complexidade (como definir e coordenar sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade),<sup>301</sup> ou aquelas que podem vir a ter repercussão no âmbito nacional (como a política de saúde do trabalhador, as ações de vigilância epidemiológica, dentre outras).<sup>302</sup>

Também atribui-se ao plano federal prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional, além de promover a descentralização para as unidades federadas e para os municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal<sup>303</sup>. Ou seja, além de promover a coordenação das atividades de maior complexidade, e prestar cooperação aos outros níveis, ao plano federal incumbe a descentralização das atividades, ficando ainda com a conseqüente atribuição fiscalizar as atividades “delegadas”.

No que tange ao nível estadual, também há previsão de descentralização para o plano municipal dos serviços e ações de saúde, mas aqui, em contrapartida, há expressa previsão de não só prestar apoio técnico e financeiro aos municípios, mas principalmente executar supletivamente ações e serviços de saúde quando as ações municipais não forem suficientes para atendimento da demanda social.<sup>304</sup>

Vê-se, pois, que quanto menor o nível federativo, maiores são as atribuições no que tange à execução de ações referentes à política de saúde. No plano municipal, então, há algumas disposições relacionadas à formulação de ações (planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde), mas em sua maioria há a incumbência de gestão e execução dos serviços públicos de saúde.<sup>305</sup>

Diante deste panorama legislativo, o conjunto formado pelas disposições constitucionais sobre uma política integrada de saúde, somado ao referido diploma legal, ao menos em tese estabeleceu um programa para a ordem social bastante interessante, com uma perspectiva razoável de sucesso.

---

<sup>301</sup> Lei nº 8.080/1990, artigo 16, III, a).

<sup>302</sup> Lei nº 8.080/1990, artigo 16, respectivamente, incisos V e VI.

<sup>303</sup> Lei nº 8.080/1990, artigo 16, XIII e XV.

<sup>304</sup> Lei nº 8.080/1990, artigo 17, I e III.

<sup>305</sup> Lei nº 8.080/1990, artigo 18, I.

No plano prático, entretanto, não foi o que ocorreu. Como já ressaltado em momentos anteriores, o histórico do ordenamento pátrio de má gestão de recursos públicos, associado a fraudes, corrupção, violação à moralidade e atos de improbidade administrativa levaram o SUS quase à “falência”. Some-se a isso o aumento populacional<sup>306</sup> e o aumento na expectativa de vida do brasileiro,<sup>307</sup> que invariavelmente proporcionaram aumento na demanda dos serviços de saúde.

O nefasto quadro fático desencadeou uma inevitável reação da sociedade na busca judicial de provimentos jurisdicionais capazes de assegurar minimamente os preceitos estatuídos tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, certamente por conta da omissão e equívoco de praticamente todos os entes da federação (em seus três níveis) na formulação e principalmente na execução das políticas públicas de saúde.

A gravidade da situação levou a uma explosão de litigiosidade outrora inimaginável, com o agravante de se estar diante de um direito que, se no plano constitucional integra a ordem social (e portanto poderia levar ao entendimento esposado acerca das disposições programáticas), no caso concreto coloca o ordenamento brasileiro frente a frente com seu princípio fundamental maior: a dignidade da pessoa humana.

#### Nas precisas palavras de Ana Paula de Barcellos

Os enunciados normativos que versam sobre a vida e a saúde (como, e.g., o art. 196 da Constituição) buscam proteger e promover um bem da vida que não convive facilmente com gradações. Não há alguma coisa que possa ser descrita com simplicidade como um nível mínimo de saúde ou ainda um mínimo de vida. Ou faz-se determinado tratamento e obtém-se a cura, ou o indivíduo permanecerá doente ou morrerá. O que seria o mínimo para o portador de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula? Ou para alguém com câncer? Em um contexto de recursos escassos, como o Direito pretende lidar com essa circunstância?<sup>308</sup>

<sup>306</sup> Segundo estudos do IBGE, a população brasileira cresceu quatro vezes em 60 anos. No último Censo e estimativas enviados ao Tribunal de Contas da União no ano de 2007, o citado Instituto contabilizou 183.989.711 pessoas no território nacional, dentro dos 5.564 municípios brasileiros. Para se ter uma idéia da dimensão do crescimento, 11 anos antes, em 1996, a população remontava a 157.070.163 habitantes – ou seja, um crescimento de mais de 17% em pouco mais de uma década, sendo que em 1920, 30.635.605 pessoas habitavam o território nacional. Fonte: IBGE, Contagem da População 2007 e Estimativas da População 2007. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2008.

<sup>307</sup> Entre 1991 e 2007, a expectativa ao nascer da população do Brasil aumentou 5 anos, 6 meses e 26 dias. Os homens aumentaram a expectativa de vida de 63,2 para 68,82 anos, enquanto as mulheres aumentaram de 70,9 para 76,4 anos. Na média, o aumento foi de 67 para 72,57 anos. Fonte: IBGE, Contagem da População 2007 e Estimativas da População 2007. Disponível em <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1275&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1275&id_pagina=1)>. Acesso em: 02 set. 2008.

<sup>308</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito e as prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais...* Op. cit. p. 803.

## 6.2 Saúde como Direito Fundamental

Diante de tão difíceis questionamentos, não há como deixar de mencionar que o direito à saúde apresenta-se como um direito fundamental. Em primeiro lugar, a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 2º, dispõe expressamente que “*a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*”. Ou seja, se alguma dúvida havia quanto à fundamentalidade dos direitos sociais, no que tange ao direito à saúde não há margem para este debate: se está diante de um direito ligado ao maior princípio do ordenamento pátrio.

Em segundo lugar, ainda que, como já dito, se possa argumentar que o estabelecimento de normas programáticas referentes a direitos sociais não promoveria, por si só, a possibilidade de se obrigar os entes públicos a algumas prestações positivas, o direito à saúde se reveste de uma intensa contraposição entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, duas teorias aplicáveis ao estudo da formulação e execução de políticas públicas pelo Estado-administrador, mas que no campo da saúde chegam ao ápice de seus contra-argumentos.

### Nas precisas palavras de Ricardo Lobo Torres

Os mínimos sociais, expressão escolhida pela Lei nº 8.742/93, ou mínimo social (*social minimum*), da preferência de John Rawls, entre outros, ou mínimo existencial, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão (*Existenzminimum*), ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram também o conceito de direitos fundamentais. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas.

O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Subjetivamente, em seu status *positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza.<sup>309</sup>

De acordo com o professor, o mínimo existencial constitui um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais abaixo do qual não é possível se viver com dignidade. Neste sentido, com o mínimo existencial não é possível haver ponderação, na medida em que já se está diante de um núcleo que não pode ser diminuído, sendo certo que qualquer concessão ou relativização estaria ferindo a dignidade da pessoa humana.

<sup>309</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais...* Op. cit. p. 313-314.

Esta concepção de mínimo existencial se ajusta à uma releitura do direito diante dos princípios e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito. Como já dito, a percepção de que ao Estado não cabe apenas abster-se de limitar liberdades individuais, mas sim atuar positivamente na garantia de direitos fundamentais, traz à tona um incremento na busca pelo Poder Judiciário, de modo a se assegurar ao jurisdicionado tanto esta prestação positiva quanto a garantia de um mínimo existencial.

Neste caso, com propriedade destaca mais uma vez Ana Paula

É claro que, além desse conjunto de prestações mínimas, o Poder Público poderá optar por atender outras necessidades de saúde, e é bom, e constitucional, que o faça. A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido.<sup>310</sup>

Se por um lado assiste razão à constitucionalista, por outro esta constatação não se transmuda numa autorização indiscriminada ao Poder Judiciário para, sensível à proliferação de casos concretos sobre o tema, responsabilizar indistintamente os entes da federação sem analisar uma série de particularidades, como por exemplo a enfermidade, o tratamento pleiteado, o ente público responsável pelo cumprimento, dentre outros aspectos.

Neste particular, não há como deixar de ponderar, reiterando toda a análise feita no Capítulo 05 acerca do papel do julgador e seu compromisso democrático, que a sensibilidade do caso concreto envolvendo tão relevante direito fundamental como o direito à saúde tem influenciado o Estado-juiz de modo tão intenso que, não raro, encontram-se decisões judiciais antecipatórias ou mesmo finais produzidas “em série”, sem que sequer se atente para o caso concreto. Não nos parece ser este o caminho que justifique a intervenção do Poder Judiciário na execução de políticas públicas.

Aqui entra a teoria da reserva do possível: num cenário de absoluta escassez de recursos públicos, de limitações orçamentárias e de empenho para correção de distorções históricas decorrentes de má administração de governantes pretéritos, como atender à demanda social por prestações positivas? Assegurando-se aquilo que se mostra possível dentro deste contexto.

Tratando do tema, Luiz Roberto Barroso destaca que

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. [...] Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. [...] Tais decisões

<sup>310</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito e as prestações de saúde...* Op. cit. p. 809.

privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.<sup>311</sup>

Como já mencionado, cada um dos temas escolhidos para a parte III poderiam ser objeto de um trabalho monográfico, e seria possível que trouxéssemos uma série de argumentos para continuar o debate. Porém o que se mostra importante aqui é destacar que, tratando-se de um direito fundamental que, ao não ser atendido pelo Estado-administrador, demanda a atuação do Estado-juiz, ainda assim não se pode concluir por uma responsabilização indiscriminada dos entes públicos com a proliferação de decisões judiciais que efetivamente interferem não apenas nas questões orçamentárias, mas principalmente na execução de políticas públicas de saúde envolvendo outros cidadãos que igualmente fazem jus à garantia de um mínimo existencial.

### **6.3 A saúde e as políticas públicas: estudo de casos**

#### **6.3.1 Ação civil pública envolvendo obrigação de fornecimento de medicamentos**

A questão envolvendo o fornecimento de medicamentos é o retrato mais nítido do debate suscitado nas linhas anteriores. Aqui a constatação foge até mesmo do âmbito da utilização do instrumento processual da ação civil pública: a grande maioria dos casos envolvendo o tema advém do ingresso em juízo pelo próprio titular do direito, representado normalmente pela Defensoria Pública (demonstrada a hipossuficiência), requerendo provimento antecipatório e o fornecimento contínuo e ininterrupto de medicamentos referentes à sua enfermidade.

Como dito, além da proliferação de ações, a sensibilidade do julgador com o caso concreto acaba provocando uma verdadeira inversão na atuação do Estado-administrador na implementação das políticas de saúde: no panorama atual a aquisição de medicamentos para atender a decisões judiciais (e cumpri-las tempestivamente, de modo a evitar desfalque de recursos ainda maior com o seqüestro de verbas públicas, de duvidosa constitucionalidade, ou

---

<sup>311</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade...* Op. cit. p. 894.

multas coercitivas elevadas) representa quantitativo significativo que interfere diretamente na destinação de recursos a programas relacionados à saúde.

Além disso, como retrata Virgílio Afonso da Silva

Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na *elaboração* destas políticas. Um simples exemplo pode ilustrar isso. Parte daqueles que demandam a concessão judicial de medicamentos não o faz para obter um medicamento que não está previsto na política governamental, mas tão somente para garantir que o fornecimento desse medicamento não seja interrompido por problemas na execução da política. Em outras palavras: o recurso ao Judiciário tem como única função garantir o acesso a algo já decidido pelos poderes políticos.<sup>312</sup>

Ademais, não há como deixar de registrar que, na prática, mostra-se mais factível a sensibilidade do Estado-juiz com o seu caso concreto do que com uma visão global da questão. Dificilmente o julgador, no seu processo intelectual de formação de convencimento, considerará que sua decisão de fornecer um medicamento a um enfermo por ele conhecido atingirá diretamente outro enfermo que, por uma série de razões, não buscou ou não teve a oportunidade de buscar a via jurisdicional para resolver o seu caso.

Outro ponto a se considerar é que não raro também tem sido utilizada a ação civil pública para o fornecimento de medicamento ou a realização de procedimento médico de um único enfermo. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que se admitiu a utilização pelo Ministério Público da ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos, abriu-se um perigoso campo para que este ingresse com ação, em nome próprio, tutelando direito de um único cidadão.

Ora, ao nosso sentir, ainda que o direito seja indisponível, não nos parece adequada a utilização da ação civil pública. A uma porque a tutela de tais direitos, como já dito, ocorre através da representação judicial exercida pela Defensoria Pública; a duas porque a ação civil pública tem como objetivo intrínseco a tutela de direitos coletivos. Ao mesmo tempo em que se ampliou seu objeto para admitir a tutela coletiva de direitos individuais, não nos parece que esta ampliação chegaria ao ponto de ser o instrumento utilizado para a tutela de direito individual que não é homogêneo.

Assim, ainda que fosse legítimo ao Ministério Público, *v.g.*, buscar o fornecimento de um mesmo remédio para um grupo significativo de portadores do vírus HIV,<sup>313</sup> ou a alteração

<sup>312</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas...* Op. cit. p. 598.

<sup>313</sup> Exemplo aparentemente hipotético, pois: “*De acordo com dados do Ministério da Saúde, o Brasil é um dos primeiros países a adotar políticas de saúde significativas para a melhoria do atendimento dos portadores do HIV/Aids. Entre essas políticas, destaca-se o acesso universal e gratuito da população aos medicamentos usados no tratamento da doença. Aproximadamente 181 mil pacientes estão em tratamento com os 19 antirretrovirais distribuídos pelo Sistema Único de Saúde.*” Batista, Eurico. *Alto custo do remédio dificulta políticas públicas*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-06/alto-custo-remedio-dificulta-implementacao-politicas-publicas#autores>>. Acesso em: 07 abr 2010.

da lista de dispensação elaborada pelos entes públicos,<sup>314</sup> o mesmo não se poderia dizer da tutela individual através do instrumento processual de tutela coletiva.<sup>315</sup>

Outra questão interessante diz respeito ao pleito de fornecimento de medicamentos diversos daqueles já fornecidos pelo SUS, evidenciando casos em que, na verdade, não há omissão estatal na prestação positiva do direito à saúde, mas sim divergência quanto ao tratamento mais adequado para certa enfermidade. Nestes casos, ao que parece os Tribunais têm sido sensíveis ao argumento de que medicamentos que dispõem de similares com o mesmo princípio ativo no programa do sistema único descaracterizariam uma violação a este direito fundamental.<sup>316</sup>

<sup>314</sup> Exemplo dado pelo professor Luiz Roberto Barroso, ao sustentar que: “*O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificado grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas[...] Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame [...] Em segundo lugar, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução do caso concreto – o que se poderia denominar de micro-justiça-, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ora, na defesa coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças.* BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade...* Op. cit. p. 894.

<sup>315</sup> Esta discussão, entretanto, está longe de ser pacífica. Ao revés, nos Tribunais Superiores o entendimento prevalente tem sido o da admissibilidade de utilização da ação civil pública pelo *Parquet* mesmo na tutela de um único jurisdicionado. Veja-se o RE nº 407.902/RS: “*LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIO PELO ESTADO. O Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada.*” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 26/05/2009, DJe de 28/08/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan 2010. Note-se que o julgado em questão modificou o entendimento do Tribunal de Justiça de origem que, no mesmo sentido do texto, entendeu pela inadequação da ação civil pública e ilegitimidade do Ministério Público na tutela do direito individual de um único interessado. No voto do Relator, mencionou-se a atribuição do *Parquet* para a tutela de direitos indisponíveis e sua atribuição constitucional para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II), o que em nosso entendimento não afastaria a inadequação de se utilizar o instrumento processual da ação civil pública. Também naquele sentido o RE nº 554.088 AgR/SC: “*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento.*” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 03/06/2008, DJe de 19/06/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan 2010.

<sup>316</sup> Vide nota nº 252 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança nº 28.962/MG 1ª Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 25/08/2009, DJe de 03/09/2009. Em especial: “[...]4. Ainda sob esse ângulo, o documento indicativo de que o tratamento deve ser realizado com o fármaco Enbrel (receita à fl. 15) foi produzido unilateralmente, sem o crivo do contraditório. Ademais, a contraprova produzida pelo impetrado, consistente na Nota Técnica NAT/AF n. 0321/2007 (fls. 74-76), milita em sentido oposto à pretensão do impetrante, pois consignou que: (a) o etanercepte, substância ativa do Enbrel, é de alto custo, relativamente nova e ainda não testada satisfatoriamente em pessoas portadoras de psoríase; (b) o relatório médico de fl. 28 informa que o paciente foi tratado com acitretina, corticoterapia sistêmica e tópica e hidratantes, mas não se refere aos medicamentos oferecidos pelo Ministério da Saúde para o tratamento de psoríase (ciclosporina e acitretina); e (c) a droga em comento foi recentemente incluída, pelo Ministério da Saúde, no rol de medicamentos com dispensação em caráter excepcional, através da Portaria MS/GM n. 2577/2006, e a sua utilização foi tão somente autorizada por aquele órgão para o tratamento de artrite reumatóide. Logo, a questão gravitante em torno da eficácia superior do Enbrel para o tratamento de psoríase e da menor manifestação de efeitos colaterais advindos da sua utilização deve ser analisada à luz do processo cognitivo (Precedentes: RMS 22.115/SC,

Também no tocante ao fornecimento não de medicamentos, mas de equipamentos a hospital, a questão do controle judicial das políticas públicas é ponderada, mas a conclusão a que se tem chegado é no sentido da responsabilização estatal quanto à obrigação de prover o hospital. Veja-se interessante acórdão no qual é explicitado tudo o que já abordado até aqui quanto ao tema:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. [...] 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. **O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.** 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.<sup>317</sup>

Como dito, inobstante as considerações acerca da reserva do possível, da separação de poderes e do controle de políticas públicas, a jurisprudência tem se inclinado pela possibilidade de intervenção do Estado-juiz nos casos de fornecimento de medicamentos. Também nos parece relevante ponderar que a responsabilidade solidária da União, dos estados-membros e dos municípios não nos soa como adequada.

---

*Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 22 de junho de 2007 e RMS 17.873/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22 de novembro de 2004).*”

<sup>317</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 1.041.197/MS. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 25/08/2009, DJe de 16/09/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jan 2010. grifos nossos.

Mais uma vez, o fundamento desta responsabilidade indistinta de todos os entes tem como base uma “solidariedade constitucional” na prestação do direito à saúde. Entretanto, pelo que já visto, não foram estas as diretrizes traçadas para o correto funcionamento do SUS.

Ainda que algumas atribuições possam ser concorrentes ou superpostas, o provimento jurisdicional que determina a aquisição dos medicamentos por qualquer dos entes leva a um excessivo e desnecessário dispêndio de recursos públicos, notadamente quando não há coordenação no cumprimento da decisão judicial. E neste ponto, também não há como deixar de destacar que o custo com esta compra é elevadíssimo.<sup>318</sup>

Neste sentido, a observância pelo julgador das listas de dispensação de medicamentos dos entes afigurar-se-ia uma posição intermediária, pois ao mesmo tempo em que proporcionaria a intervenção do Estado-juiz por conta da relevância dos direitos em jogo, evitaria uma intervenção abusiva e ofensiva a recursos que poderiam ser aplicados na tutela do direito à saúde de outros cidadãos, através de programas específicos de governo, e não apenas por conta do cumprimento de decisões judiciais.

A grande maioria dos provimentos jurisdicionais envolvendo o tema considera que, sendo a saúde um direito fundamental, e competindo ao Poder Público assegurá-la, haveria solidariedade entre os entes da federação na efetivação deste direito<sup>319</sup>. Inobstante tal posicionamento, é justamente para atender aos preceitos constitucionais e a legislação correspondente ao sistema de saúde, que existe uma repartição administrativa de competências (*rectius*: atribuições) entre os entes da federação.

Não há como ignorar esta situação, é um pressuposto lógico de um sistema pautado na utilização dos recursos possíveis (ainda que escassos) para se tentar garantir o mínimo

<sup>318</sup> De acordo com estudos do professor brasileiro em Princeton, João Biehl, expostos durante palestra na conferência *O Judiciário e o Direito à Saúde*, realizada em março de 2010, na Universidade de Princeton, em New Jersey, Estados Unidos, os remédios no Brasil custam duas vezes mais do que na Suécia e até 13 vezes o índice mundial de preços. “*O estudo feito pelo professor João Biehl expõe a dificuldade do Poder Público brasileiro, de garantir a continuidade dos programas de saúde pública. Segundo Biehl, em 2002, o Fundo Nacional de Saúde do Brasil gastou com aquisição de medicamentos o equivalente a 5,4% do seu orçamento, à época de R\$ 2,5 bilhões. Em 2007, o orçamento foi de R\$ 4,6 bilhões e o gasto com remédios foi o dobro, subiu para 10,7%.*” Batista, Eurico. *Alto custo do remédio dificulta políticas públicas*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-06/alto-custo-remedio-dificulta-implementacao-politicas-publicas#autores>>. Acesso em: 07 abr 2010.

<sup>319</sup> Apenas a título exemplificativo, o AgRg no Ag nº 858.899/RS retrata de forma sucinta porém clara o raciocínio comumente adotado pelos Tribunais: “*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo determinou à União fornecer ao recorrido o medicamento postulado, tendo em vista a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação. 3. A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 4. Agravo regimental não-provido*”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. Relator Ministro José Delgado. Julgado em 26/06/2007, DJ de 30/08/2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 abr 2010. grifos nossos.

existencial, para evitar a superposição de atribuições, e, principalmente, para que a gestão dos recursos destinados à saúde não seja equivocada (o que ocorreria, invariavelmente, com a utilização por entes diversos de recursos para a execução de um mesmo programa).

Como destacado no Capítulo 05, o conhecimento pelo julgador do próprio funcionamento da Administração Pública mostra-se fundamental na participação do Estado-juiz na execução de políticas públicas. Aqui, uma questão se mostra relevante: se há o intuito de se imiscuir em questões políticas, não seria consentâneo com o Estado Democrático de Direito que, para esta intervenção, o julgador soubesse os trâmites administrativos que ordinariamente revestem a implementação dos programas governamentais? Ao nosso sentir a resposta só pode ser positiva.

Aparentemente, afigura-se “confortável” uma decisão judicial que assegura à parte um direito fundamental, estabelecendo uma medida coercitiva qualquer (que acaba até mesmo sendo o seqüestro de verbas públicas),<sup>320</sup> muitas vezes sem que o julgador sequer conheça a enfermidade do jurisdicionado, e muito menos as políticas públicas relacionadas ao seu tratamento, existentes ou a serem implementadas.

---

<sup>320</sup> Aqui também se deve abrir parêntese para destacar que, apesar de nossas críticas à utilização de tal medida, lamentavelmente a jurisprudência atual vem reconhecendo a sua possibilidade. Neste sentido, o que deveria ser uma forma excepcional de o Estado-juiz tentar assegurar a efetivação de suas decisões, vem sendo utilizada de forma indiscriminada por julgadores nos diversos graus de jurisdição. Mais uma vez, sob o manto de se estar diante de direitos fundamentais, o que seria uma atuação subsidiária tem virado regra geral em diversas localidades. Por todos, veja-se: “*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. 1. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a ‘imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial’, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. [...]3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. [...] 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 7. In casu, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrido em fornecer o medicamento necessário à recorrente. 8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 9. Agravo Regimental desprovido.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp nº 1002335/RS. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/08/2008, DJ de 22/09/2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 abr 2010.*

Como já se ressaltou em momento anterior, o bônus da intervenção cada vez mais constante do Estado-juiz na execução de políticas públicas (e as políticas de saúde, embora envolvam direitos fundamentais, não o deixam de ser) tem como contrapartida a necessidade de especialização dos julgadores tanto nos temas tratados quanto nos procedimentos necessários à satisfação das prestações positivas pleiteadas em juízo.

A presença do profissional técnico capacitado para auxiliar o juiz, por si só, não dispensa o seu conhecimento acerca das repartições administrativas de atribuições, o rol de hospitais, postos de saúde e outros locais onde ocorre a execução *in concreto* da política discutida em juízo, enfim, se a separação de poderes não é capaz de obstar o incremento do ativismo judicial, que este venha para trazer melhorias substanciais, e não meramente assegurar a micro-justiça de situações pontuais.

Atenta a este fenômeno, não por acaso Ana Paula de Barcellos destacou

[...] deve-se reconhecer a necessidade de contenção daquilo que se poderia denominar de “messianismo” jurídico. Exatamente por força do ambiente político e social dos países em desenvolvimento (de que o Brasil é um exemplo), a frustração e a impaciência com o ritmo e os frutos do processo democrático ordinário podem conduzir ao desprezo – ainda que velado – a este processo, capaz de alimentar a tentação de malversar o direito para transformá-lo em instrumento de afirmação da concepção política do intérprete. O lembrete de que o direito constitucional e a política majoritária são fenômenos diversos, ainda que próximos, é da maior importância nesse contexto.<sup>321</sup>

Instrumento mais adequado que a ação civil pública para buscar efetivas soluções ao ordenamento neste campo não há. Entretanto, sua utilização de forma racional, tratando da questão sob a ótica da macro-justiça, debatendo efetivamente a dimensão coletiva do direito à saúde, e tentando promover ajustes nas execuções de políticas públicas já formuladas (porém insuficientes para atender às atuais demandas sociais), parece-nos o caminho que melhor se ajusta a um ordenamento pautado na tripartição de poderes.

### 6.3.2 Ação civil pública envolvendo obrigação de internações ou procedimentos cirúrgicos emergenciais

Também sujeita à reflexão é a utilização da ação civil pública para assegurar a internação de pacientes ou a realização de procedimentos cirúrgicos. Ao mesmo tempo em que vimos a admissão pelos Tribunais da atuação do Ministério Público através daquele

<sup>321</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito e as prestações de saúde...* Op. cit. p. 825.

instrumento processual,<sup>322</sup> a busca por um provimento jurisdicional neste sentido, ainda que pelo titular do direito em ação própria, traz relevantes discussões.

O principal ponto a se destacar está no fato de que há procedimentos cirúrgicos de caráter emergencial e outros não. Além desta constatação, dentro da própria emergência das situações é possível delimitar aquelas em que a falta de uma intervenção imediata poderá levar à morte, e outras em que, inobstante a gravidade e urgência, podem ser efetivadas em certo lapso temporal.

Não há como negar que, diante de um provimento jurisdicional que determine a realização de procedimento cirúrgico emergencial, numa unidade de saúde em que não haja leitos disponíveis, a situação afigura-se claramente dramática: como dar cumprimento à decisão judicial diante da situação concreta de não ser possível disponibilizar um leito para o novo paciente sem atingir outro também em situação grave, já internado?

Ciente da dramaticidade do tema, o professor Luiz Roberto Barroso destaca com propriedade

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.<sup>323</sup>

O exemplo dado não é meramente caricato. Ao revés, situações desta natureza acontecem diariamente nas mais diversas unidades de saúde do país. Ao que nos parece, naquelas situações em que ainda é possível se tentar buscar uma solução, não raros são os casos em que o paciente que tem um provimento jurisdicional favorável transita por diversos hospitais em ambulâncias até ser internado naquele em que, mesmo não tendo vagas disponíveis, existem médicos sensíveis à questão (ou, diga-se de passagem, temerários às determinações judiciais). Nem sempre isso ocorre tempestivamente...

---

<sup>322</sup> E nos casos de procedimentos cirúrgicos e internações o raciocínio jurisprudencial é semelhante ao fornecimento de medicamentos, como se infere: “*PROCESSUAL CIVIL. GESTANTE. ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDISPONÍVEL. 1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público. 2. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis*” (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07). 3. *Agravo regimental não provido.*” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp. nº 1045750/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 23/06/2009, DJ de 04/08/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 jan 2010.

<sup>323</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização...* Op. cit. p. 876.

Com todas as distorções que a situação possa apresentar, ainda assim não nos parece haver dúvidas acerca da necessidade de intervenção do Estado-juiz nas situações emergenciais em que a prestação do serviço de saúde é negada e a vida do cidadão não pode esperar. Mesmo com a dificuldade no cumprimento da decisão judicial, a situação limite que atinge à dignidade da pessoa humana impõe esta atuação.

Por outro lado, o mesmo não se pode concluir diante de procedimentos cirúrgicos de caráter não emergencial. Nestas situações, considerando a escassez de recursos públicos para assegurar a todos prestação de saúde além daquela relacionada ao mínimo existencial, em verdade aquele que busca o Poder Judiciário acaba se colocando em vantagem sobre aquele que, orientado pelo Estado-administrador, segue os procedimentos estabelecidos para a realização do procedimento, de acordo com a gravidade de sua enfermidade e os demais cidadãos que também aguardam por atendimento.

Em outras palavras, nestes casos, um comando judicial determinando uma intervenção imediata para um caso não emergencial proporciona verdadeira desordem no atendimento médico realizado pelas unidades públicas de saúde. Veja-se que, mesmo não sendo caso de urgência, os servidores responsáveis pelas unidades médicas não hesitarão em realizar primeiro o procedimento decorrente da decisão judicial, notadamente para evitar a aplicação de medidas coercitivas (que, como vimos, além de estarem relacionadas ao ente público, não raro se referem pessoalmente à figura do destinatário da ordem judicial).

Outra situação envolvendo os procedimentos cirúrgicos é aquela na qual se pleiteia a realização de tratamento no exterior. Nos casos em que há a realização do mesmo procedimento no país, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de imputar tão custoso ônus à Administração Pública:

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. UNIÃO. TRANSPLANTE DE ÓRGÃO NO EXTERIOR. ALEGADA LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA E À SAÚDE PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. 1. Cabe à Administração fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população, sempre com vistas a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias, em território nacional. Questão relativa a matéria de Política Nacional de Saúde. Risco de lesão à ordem pública administrativa configurado. 2. A determinação *contra legem* que obriga o Estado brasileiro a fornecer todas as condições para que a agravante/ requerida faça cirurgia de elevado custo no exterior, havendo quem a faça no país, tem potencial de lesionar a saúde pública, constituindo-se precedente para um número indefinido de outras situações semelhantes. 3. Regimental não provido.<sup>324</sup>

---

<sup>324</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg na Suspensão de Segurança nº 1.467 / DF. Corte Especial. Relator Ministro Edson Vidigal. Julgado em 16/02/2005, DJ de 21/03/2005. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 jan 2010.

Como exposto ao longo do estudo, a fixação de critérios mínimos nesta intervenção do Estado-juiz na execução das políticas públicas de saúde é fundamental, tanto para se evitar a falência do sistema único de saúde, quanto para não transferir integralmente ao Poder Judiciário a coordenação de tais políticas através de suas decisões.

Especificamente quanto aos procedimentos cirúrgicos, parece-nos que o caminho é analisar, no curso da relação processual, diante da documentação trazida aos autos pelas partes, o grau de urgência na realização da intervenção médica. Se por um lado não pode o Estado-juiz abster-se de enfrentar a questão, por outro lado não deve ir além da sua própria capacidade de administrar as políticas públicas em curso, sendo desejável uma compatibilização desta necessidade de atuação com as limitações que o sistema apresenta.

Assim, parece-nos que, constatando não se tratar de situação emergencial, o provimento jurisdicional adequado neste caso não seria a determinação de realização imediata da cirurgia, preterindo outros jurisdicionados que não buscaram o Estado-juiz, mas sim uma obrigação de os entes públicos relacionarem o paciente em fila de espera previamente organizada para enfermos em situação semelhante.

Havendo descumprimento desta ordenação de pacientes em listas, ou ainda transcorrendo prazo razoável para a realização do procedimento sem justificativas aceitáveis (e aqui não haveria espaço para o retórico discurso da falta de recursos sem uma demonstração concreta do problema), aí sim o Poder Judiciário interviria de forma mais drástica.

Nesta situação, a ação civil pública afigurar-se-ia, ao nosso sentir, como instrumento útil de controle do fiel cumprimento pela Administração das listas de espera, podendo ser utilizada, num momento posterior, para fins de revisão ou de execução da política pública relacionada àquele procedimento cirúrgico específico, de modo a tutelar não apenas o direito de um único indivíduo, mas sim de uma coletividade que se enquadra na mesma situação de fato.

Não se ignora, obviamente, que a solução sugerida já existe no sistema do SUS, e nem sempre é cumprida. Milhares seriam os exemplos de cidadãos à espera de tratamento nas listas de unidades de saúde, por meses ou anos, sem uma solução para seus casos<sup>325</sup>. Isso não quer dizer que se esteja defendendo o esgotamento da via administrativa.

---

<sup>325</sup> Promovendo um verdadeiro “raio-x” acerca da questão das listas de espera, veja-se reportagem do jornal O Globo, de 23/05/2010. *Dor em espera: nas sete maiores capitais do país, 171 mil pessoas aguardam cirurgias pelo SUS*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/05/22/nas-sete-maiores-capitais-do-pais-171-mil-pessoas-aguardam-cirurgias-pelo-sus-916658837.asp>>. Acesso em: 23 mai. 2010. O levantamento aponta para o elevado número de pessoas que aguardam por uma cirurgia eletiva (definida como aquela que não implica risco de vida imediato, ensejando procedimento não emergencial), e um dos fatores de insegurança dos cidadãos é a falta de transparência na organização das listas de espera: “O

Ao revés, parece-nos que a tutela coletiva é o campo adequado para se buscar soluções, mas não apenas aquelas pontuais, referentes a um caso específico, mas sim efetivamente se buscar soluções coletivas. Com o bônus da intervenção nas políticas públicas, surge o ônus do Estado-juiz de atuar em prol da macro-justiça, e não apenas de um único jurisdicionado.

Neste ponto, a determinação judicial impondo uma prestação positiva não é capaz de resolver a questão, muito menos tem se configurado sequer como paliativo (haja vista os casos de descumprimento das decisões). A fiscalização da execução das políticas, esta sim parece ser o facho de luz para um panorama melhor.

Do contrário, também como já foi dito, não há dúvidas de que a prestação jurisdicional, apesar de aparentemente adequada, ocorre com violação ao direito à saúde de outro cidadão preterido que, por várias razões, não buscou ou não teve como buscar a tutela através do Estado-juiz. Também acabará se caracterizando como um esforço em vão, restrito a um caso concreto, ao invés de tentar ser o embrião para a execução racional, sistemática, adequada e satisfatória das políticas envolvendo a saúde.

### 6.3.3 Ação civil pública envolvendo a construção de hospitais

Se quanto ao fornecimento de medicamentos e aos procedimentos cirúrgicos há uma tendência jurisprudencial a se admitir a intervenção do Estado-juiz para assegurar o direito fundamental à saúde, no que tange a políticas públicas ainda não implementadas, mas que se referem apenas de forma mediata à prestação estatal positiva, a questão muda um pouco de figura.

Neste sentido, é forçoso reconhecer que a construção de hospitais, postos de saúde ou outras unidades, por exemplo, se por um lado inevitavelmente está ligada à disponibilização de tratamento aos cidadãos, por outro envolve aspectos de planejamento governamental e

---

*problema da fila tem raiz na estrutura da saúde pública. Como a quantidade de leitos, profissionais e equipamentos é inferior ao necessário, as unidades de saúde priorizam procedimentos de urgência e emergência. Sem uma coordenação unificada dos serviços, o cidadão não sabe quando terá vez.*” De acordo com a professora de saúde pública da UFRJ e diretora do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes), Lígia Bahia, a situação traz conseqüências perversas, na medida em que a espera pode agravar o quadro de saúde. *“Sem gestão efetiva das filas, não há como priorizar casos mais graves com base na idade, tempo de espera e situação clínica. A falta de transparência impede que ele saiba em que lugar da lista está”.*

disponibilização de recursos numa escala diversa dos casos individualizados, objeto de análise nos tópicos anteriores.

Aqui, parece-nos que a participação do Poder Judiciário na execução desta política pública invadiria atribuições relacionadas apenas de forma mediata ao direito fundamental à saúde. É dizer: se numa internação ou na entrega de um fármaco o Estado diretamente proporciona um tratamento, a construção de uma unidade de saúde é momento anterior a esta prestação direta, e envolve, além dos recursos para a construção, um planejamento imprescindível para a sua manutenção (tanto no que diz respeito a recursos quanto a rotinas), justamente para que não haja omissão na prestação estatal.

Tratando de situação semelhante, com relação ao saneamento básico, ressalta Ana Paula de Barcellos

Assim, de acordo com os paradigmas atuais do direito constitucional, não é possível que um indivíduo, ou mesmo o Ministério Público, a Defensoria Pública ou as associações de moradores, diante da ausência de estruturas de saneamento em determinada localidade, possam pleitear sua construção pela iniciativa privada. Nada obstante a fundamentalidade do bem que é a saúde pública, a decisão que determinasse a execução do serviço de saneamento por uma empresa privada violaria outros subsistemas constitucionais de forma muito intensa.<sup>326</sup>

A intensidade a que se refere a constitucionalista está exatamente na excepcionalidade da medida: se a atribuição do Estado-juiz de intervir nas políticas públicas não pode ser afastada por conta da fundamentalidade do direito à saúde, por outro lado quando a satisfação do direito fundamental decorre da execução de um programa (que, pela sua própria dimensão ou complexidade, demanda maior planejamento e maior disponibilização de recursos) apenas de forma mediata, não será legítima uma decisão judicial pontual para um caso específico.

Neste contexto, ao nosso sentir o princípio da separação de poderes, de *status* igualmente constitucional, não pode ser afastado com vistas a uma intervenção drástica na Administração Pública.

#### **6.4 Audiência pública sobre o direito à saúde no STF e perspectivas para o futuro**

Sensível ao impacto que as ações envolvendo a efetivação do direito à saúde têm trazido não só aos cofres públicas, mas também ao ordenamento no que tange aos debates

---

<sup>326</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito e as prestações de saúde...* Op. cit. p. 814.

acerca da legitimidade desta atuação do Estado-juiz, o Supremo Tribunal Federal, por conta de dois pedidos de suspensão de execução de decisões liminares,<sup>327</sup> além de outros casos pendentes de apreciação,<sup>328</sup> promoveu a realização de audiência pública sobre o tema, na qual participaram diversos segmentos da sociedade.

Na abertura da audiência, com propriedade destacou o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes

Enfim, esses casos exemplificam os dilemas enfrentados pelos magistrados, especialmente os que estão na primeira instância, que são colocados diante de situações de vida ou morte. Certa vez um juiz comentava que havia negado uma liminar para o fornecimento de medicamentos. No entanto, o autor da ação veio a falecer, o que fez com que o magistrado decidisse nunca mais indeferir tais pedidos. O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgentes e imprescindíveis. Enfim, impõe-se ao magistrado o desafio de resolver um complexo quebra-cabeça de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, inclusive considerando seu aspecto evolutivo, a universalidade do sistema e a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, a escassez de recursos e o uso indevido do orçamento, a justiça comutativa e a justiça distributiva, dar prioridade às políticas de prevenção ou à recuperação; a efetiva participação da comunidade no sistema, a distribuição de tarefas entre os entes da federação e as desigualdades regionais.<sup>329</sup>

Participaram dos debates operadores do Direito, gestores públicos, profissionais da área de saúde e membros da sociedade civil.<sup>330</sup> Não há como deixar de registrar que o debate

<sup>327</sup> Especificamente, dois pedidos de suspensão de tutela antecipada: STA nº 175 e STA nº 178. O primeiro tratava de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, objetivando o fornecimento de medicamento em favor de uma cidadã. O juízo de 1º grau extinguiu o feito sem exame de mérito, acolhendo a tese de ilegitimidade ativa do *Parquet* Federal para manejar ação civil pública para a tutela de direito individual de um único jurisdicionado. Em 2º grau, a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou a sentença, reconhecendo a legitimidade do órgão, e determinando em antecipação de tutela o fornecimento do medicamento pelos entes públicos. Em face desta decisão é que a União Federal ingressou com pedido de suspensão de tutela antecipada no Supremo Tribunal Federal. Em 08 nov. 2007, a Ministra Ellen Gracie determinou o apensamento da STA nº 178/DF à STA nº 175, considerando a identidade de decisões. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA nº 175/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010, DJe de 25/03/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

<sup>328</sup> “Em 5 de março de 2009, convoquei Audiência Pública em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito desta Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).” Trecho da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA nº 175/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010, DJe de 25/03/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

<sup>329</sup> Tal qual esta manifestação, todo o material colhido na audiência pública envolvendo o direito à saúde se encontra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: jan. 2010.

<sup>330</sup> A audiência pública, que foi desenvolvida em vários dias, foi conduzida de acordo com os temas e o cronograma que se seguem: 27 de abril de 2009: *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*; 28 de abril de 2009: *Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*; 29 de abril de 2009: *Gestão do SUS – Legislação do SUS e universalidade do sistema*; 4 de maio de 2009: *Registro na Anvisa e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS*; 6 de maio de 2009: *Políticas públicas de saúde – Integralidade do sistema*; 7 de maio de 2009: *Assistência farmacêutica do SUS*. Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (vide nota supra).

promovido veio ao encontro de um Estado Democrático de Direito mais sólido, e sensível à dificuldade de solução de alguns temas, dentre os quais o direito à saúde.

No estudo realizado nos tópicos anteriores, viu-se que algumas particularidades revestem a dúvida acerca de qual a postura que se espera do Estado-juiz diante de prestações positivas que, pela sua natureza e urgência, não podem esperar. Alguns balizamentos decorrentes das manifestações dos diversos expositores não poderiam deixar de ser considerados.

Com relação à questão da responsabilidade dos entes da federação, vimos que há uma divisão tanto no tocante às atribuições em cada nível de escalonamento do SUS, quanto na dispensação de medicamentos. Chegou a reconhecer o próprio Ministério Público Federal que estas divisões estabelecidas nos planos constitucional, legal e administrativo não podem ser simplesmente ignoradas. Precisas, neste ponto, as palavras do chefe da Instituição, o Procurador Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza

A importância do direito à saúde para toda a sociedade e a complexidade dos temas nele compreendidos indicam a relevância e a oportunidade da audiência pública que hoje se inicia. O Ministério Público Federal não pretende defender o ajuizamento de ações individuais direcionadas à obtenção de determinado medicamento ou procedimento (exame ou tratamento), em detrimento de políticas públicas dirigidas a toda coletividade, de acordo com os princípios da seguridade social e do Sistema Único de Saúde. Também não é seu propósito negar a competência dos gestores como responsáveis pela definição das políticas públicas, em cada esfera do governo. O que se deseja é destacar a imprescindibilidade do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde nos casos concretos, diante da reiterada omissão do Estado no seu dever de garanti-lo. [...] A definição das responsabilidades, como já salientado, não é estática. O processo de pactuação é contínuo. As responsabilidades vão sendo repactuadas tanto em virtude do processo de descentralização como por questões de ordem prática, tendo sempre por fim a otimização dos recursos e o aprimoramento dos sistemas públicos de saúde. Assim, uma decisão judicial em processo em que se pleiteia a prestação de determinada ação de saúde deve sempre levar em conta as pactuações vigentes. Caso contrário, a decisão atentarà contra as diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde, contribuindo para a desorganização do serviço e indo de encontro aos princípios da eficiência e da economicidade.<sup>331</sup>

A ponderação mostra-se adequada ao estudo para evidenciar que o Estado-juiz, ao apreciar os casos, não pode desconsiderar as atribuições administrativas de cada ente (*rectius*: diretrizes de um sistema regionalizado e hierarquizado) estabelecidas exatamente com o viés de promover adequadamente a execução das políticas de saúde. . O que parece ser unânime a ensejar a intervenção judicial, entretanto, é a omissão estatal daquele que deveria arcar com aquela execução específica (como por exemplo, a dispensação de um medicamento da farmácia básica, ou um medicamento excepcional).

---

<sup>331</sup> Disponível em

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr.\\_Antonio\\_Fernando\\_B Barros\\_e\\_Silva\\_de\\_Souza\\_ProcuradorGeral\\_da\\_Republica\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_B Barros_e_Silva_de_Souza_ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2010.

A generalização de decisões que mencionam apenas a Constituição e seu artigo 196 nas razões de decidir não passou despercebida pelos expositores. Estudioso na área dos direitos sociais, o professor Ingo Sarlet também destacou que

O Poder Judiciário é chamado a corrigir uma exclusão em relação àqueles serviços que já estão sendo disponibilizados e não são disponibilizados a todos. Embora haja os caroneiros e o efeito perverso em alguns casos de decisões judiciais, o que é indiscutível, é evidente que essas distorções ocorrem, às vezes, por falta de cuidado em algumas decisões isoladas[...]<sup>332</sup>

Inobstante destacar o jurista que seriam decisões isoladas, pode-se seguramente afirmar que a multiplicação de ações no ordenamento levou a uma produção em série de decisões, muitas padronizadas e que sequer mencionam o medicamento ou o tratamento a ser realizado pelo ente público. O que em tempos anteriores poderia ser algo pontual, hoje se reflete num quantitativo significativo de provimentos jurisdicionais mal fundamentados<sup>333</sup>.

Reitere-se aqui tudo o que exposto quanto à responsabilidade democrática dos julgadores, especificamente no tocante à motivação de suas decisões, e aos argumentos utilizados na justificação da sua atuação, em especial quando a atividade originariamente não lhe caberia, como é o caso da execução de políticas públicas relacionadas à saúde.

Ao final dos diversos debates, o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do pedido de suspensão de tutela antecipada (STA) nº 175, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde devem ser fornecidos pelos entes públicos, sem deixar de considerar, entretanto, a necessidade de se tentar construir critérios ou parâmetros de decisão, distinguindo as situações do caso concreto, ao invés de generalizá-las.

O primeiro ponto destacado pelo Ministro é a existência (ou não) de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada. Caso já exista uma política, mas o jurisdicionado

<sup>332</sup> Disponível em

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2010.

<sup>333</sup> Neste sentido, o SubProcurador Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, em sua exposição: *“No entanto, hoje, sem medo de simplificação, a posição que tem prevalecido no Judiciário brasileiro, com poucas, embora crescentes, exceções, é a de que qualquer pessoa tem o direito de obter, em questão de horas, todo e qualquer medicamento, todo e qualquer insumo, todo e qualquer exame, todo e qualquer tratamento, a qualquer custo, de qualquer ente e, inclusive, de todos os entes ao mesmo tempo. Essa é, Excelentíssimo Senhor Presidente, a posição que tem prevalecido. Com isso, o número de ações em matéria de medicamentos tem alcançado níveis extremamente preocupantes”*. Também o Advogado-Geral da União, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli: *“Não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha reservado toda uma seção do capítulo destinado à seguridade social para abordar o direito à saúde, apenas o artigo 196, mais precisamente a expressão ‘A saúde é direito de todos e dever do Estado’ é que tem sido utilizada como fundamento nas decisões prolatadas pelos juízes, sem qualquer preocupação de enquadrá-lo em uma abordagem sistemática que permita aferir o real alcance que lhe quis atribuir a Constituição Federal.”*

Disponíveis em

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Rodrigo\\_Tostes\\_de\\_Alencar\\_Mascarenhas\\_\\_Subprocurador\\_Geral\\_do\\_Estado\\_do\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Mascarenhas__Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf)> e <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Min.\\_Jose\\_Antonio\\_Dias\\_Toffoli\\_\\_Advogado\\_o\\_Geral\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli__Advogado_o_Geral_da_Uniao_.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2010.

não a integra, entende se estar diante de uma legítima determinação do Estado-juiz para seu cumprimento, o que seria inclusive um direito subjetivo público a esta política pública existente.

No caso de inexistência de política do SUS que contemple a prestação de saúde requerida, seria imprescindível distinguir se esta omissão advém do campo legislativo ou administrativo, se decorre de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

Neste último caso, Gilmar Mendes exemplificou com as hipóteses em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, o que seria vedado à luz da Lei nº 6.360/76,<sup>334</sup> justamente por ser o registro uma garantia à saúde pública.

Entretanto, no que se refere às situações em que a ANVISA ou o Ministério da Saúde, por alguma razão decidiram não fornecer determinada ação de saúde, Gilmar Mendes tem posicionamento diverso. Para o Presidente da Suprema Corte brasileira, também aqui é relevante distinguir se há tratamento alternativo pelo SUS (que, por alguma razão, não é adequado àquele que busca a via judicial) ou se não há qualquer tratamento específico para a patologia.

No primeiro caso, não há como deixar de registrar as palavras do jurista

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. [...] Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Veja-se que o trecho da referida decisão pode ser considerado um avanço na análise do tema, reconhecendo-se que, em verdade, há uma clara impossibilidade dos entes públicos em financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde, posicionamento diverso daquele que vem sendo adotado indistintamente pelos julgadores de 1º grau.

---

<sup>334</sup> BRASIL. Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 set. 1976.

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que não se afasta a possibilidade de controle judicial, por outro lado o estabelecimento de critérios (como a existência de tratamento fornecido pelo SUS) é um dos indicadores de que o sistema de saúde não pode ficar submisso à discricionariedade judicial em qualquer hipótese.

Por fim, com relação aos casos em que não há tratamento realizado pelo sistema único de saúde, também é possível distinguir se está-se diante de tratamento experimental ou se o tratamento em questão ainda não foi experimentado pelo SUS para atestar sua eficácia no ordenamento pátrio.

Na primeira hipótese, entende o Ministro Gilmar Mendes que não seria possível admitir um provimento jurisdicional pelo próprio risco que a experimentação poderia levar ao jurisdicionado. Já no caso de a não inclusão do tratamento nas políticas do SUS decorrer do fato de este não ter experimentado, mas haver farta comprovação científica de sua eficácia, aqui admitir-se-ia uma determinação judicial de prestação positiva pelos entes públicos.

O fundamento para esta admissão seria a desigualdade que se poderia ter no ordenamento entre aqueles que já dispõem do tratamento na rede privada, em contraposição àqueles que aguardam a internalização do tratamento pelo SUS, o que pode ser algo demorado. Também aqui é relevante o trecho da decisão em que dispõe que

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

A questão da relevância da instrução probatória ficou ainda mais clara quando, no sentido do que já exposto na audiência pública por alguns juristas (como os citados no presente trabalho), destacou

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Mais uma vez o reconhecimento de que, pela excepcionalidade da medida, é imprescindível uma instrução probatória adequada, o posicionamento esposado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal também acaba por trazer boas perspectivas de futuro para a

questão, traçando relevantes diretrizes que não devem ser desconsideradas pelo Estado-juiz no trato com o tema.<sup>335</sup>

Diante de tão emblemático precedente (notadamente por ser a primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal após o amplo debate decorrente da audiência pública sobre o tema), espera-se que o mesmo grau de especificidade de análise realizado pelo mais alto órgão judicial do ordenamento (que, curiosamente, não promove a análise de questões fáticas pela sua própria natureza institucional) seja também espelhado nos juízos de 1º grau, adotando-se critérios mínimos como aqueles utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes para fundamentar sua decisão.

Assim, não obstante a reiterada urgência dos casos concretos, a concessão indistinta de decisões liminares antecipatórias não parece ser o caminho desejável, sendo relevante que o Estado-juiz verifique concretamente em qual hipótese o caso se amolda, e constate haver provas suficientes para justificar sua intervenção em tão tormentoso campo.

---

<sup>335</sup> No desfecho do julgamento em questão, concluiu o Ministro, após verificar que o medicamento pleiteado havia sido registrado na ANVISA no período entre a propositura da ação e o julgamento do pedido de suspensão da tutela, que nos casos em questão, as provas juntadas atestavam que os medicamentos são necessários para o tratamento das respectivas patologias. Na hipótese específica da STA nº 175, Gilmar Mendes afirmou que: *“Apesar de a União e de o Município de Fortaleza alegarem a ineficácia do uso de Zavesca para o tratamento da doença de Niemann-Pick Tipo C, não comprovaram a impropriedade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS. Por outro lado, os documentos juntados pelo Ministério Público Federal atestam que o medicamento foi prescrito por médico habilitado, sendo recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos (fl. 166). Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.”*. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA nº 175/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17/03/2010, DJe de 25/03/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

## 7 DIREITO À EDUCAÇÃO

Outro campo de extrema sensibilidade na análise do controle jurisdicional das políticas públicas é o da educação. Integrando a ordem social (dentro da qual vimos também incluir-se a saúde), o direito à educação, no estudo da tutela coletiva, ilustra com propriedade a dificuldade do Estado em lidar com situações em que valores fundamentais, de índole igualmente constitucional, entram em choque.

Como se depreende da Constituição da República, o direito à educação é consagrado como um direito social, *ex vi* de seu artigo 6º. Entretanto, o texto constitucional não estabelece, de imediato, qualquer especificação de conteúdo ou alcance.<sup>336</sup>

A identificação do direito à educação ora como um direito transindividual, ora como direito individual de cidadãos alijados de prestações estatais positivas, evidencia que a intervenção do Estado-juiz em ações sobre o tema passa por situações das mais diversas, como a construção de creches e escolas, a oportunização de matrícula àqueles que procuram o ensino fundamental gratuito, o reajuste de mensalidades, enfim, casos concretos que justificam a escolha da educação como um dos pontos do estudo.

### 7.1 O tratamento constitucional do direito à educação

Em moldes não absolutamente iguais, porém similares à previsão constitucional do direito à saúde, a idéia do legislador constituinte quanto à educação também aponta para uma repartição de atribuições entre os entes federativos com vistas à universalização deste direito social.

Com relação às atribuições legislativas, estabelece o Texto Maior de 1988, no seu artigo 22, XXIV a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Em outras palavras, ao âmbito federal compete demarcar as atribuições administrativas gerais dos entes federativos para a implementação de um plano nacional com vistas à efetivação do direito à educação. Por outro lado, em outras questões específicas da

---

<sup>336</sup> Neste sentido, TAVARES, André Ramos. *Direito Fundamental à Educação*, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais...* Op. cit. p. 774-775.

educação (que não as diretrizes gerais), a competência legislativa é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, nos termos do artigo 24, IX, da Constituição.<sup>337</sup>

Já no plano administrativo, o artigo 30, VI estabelece aos Municípios a competência para manter programas de educação infantil e ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Apesar deste panorama inicial, forçoso reconhecer que as disposições constitucionais mais relevantes sobre o tema educação situam-se no Título VIII. Assim como a seguridade social, a educação também integra a concepção de ordem social. Infere-se do artigo 205 que

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.<sup>338</sup>

Com vistas à consecução destes valores, a Carta Política estabeleceu no artigo 206 algumas premissas (textualmente chamadas de princípios) para a regência do ensino, dentre as quais a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; e a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.<sup>339</sup>

<sup>337</sup> Assim, como já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, a competência privativa do artigo 22, XXIV para o estabelecimento de diretrizes gerais não se confunde com a possibilidade de os Estados ou o Distrito Federal, em situações particulares e afetas à sua competência legislativa concorrente (artigo 24, IX), dispor através de lei sobre algumas questões, como por exemplo a idade mínima para matrícula no ensino fundamental: “**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO PARANÁ 9.346/1990. MATRÍCULA ESCOLAR ANTECIPADA. ART. 24, IX E PARÁGRAFO 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE EDUCAÇÃO. A lei paranaense 9.346/1990, que faculta a matrícula escolar antecipada de crianças que venham a completar seis anos de idade até o final do ano letivo de matrícula, desde que preenchidos determinados requisitos, cuida de situação excepcional em relação ao que era estabelecido na lei federal sobre o tema à época de sua edição (lei 5.692/1971 revogada pela lei 9.394/1996, esta alterada pela lei 11.274/2006). Atuação do Estado do Paraná no exercício da competência concorrente para legislar sobre educação. Ação direta julgada improcedente.** SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 682/PR. Relator Ministro Maurício Corrêa (Relator para acórdão Ministro Joaquim Barbosa). Tribunal Pleno. Julgado em 08/03/2007, DJe de 11/05/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=crian%20de%20at%20de%20anos%20de%20idade&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 mai. 2010. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 5.488, de 22 de junho de 2009, dispôs no mesmo sentido: “*Art. 1º Terá direito à matrícula no 1º ano do ensino fundamental de nove anos, a criança que completar seis anos até o dia 31 de dezembro do ano em curso*”. A referida lei é objeto de representação de inconstitucionalidade (deflagrada pela Associação Brasileira de Educação Infantil – ASBREI) por suposta afronta aos artigos 306, 307 e 308 da Constituição Estadual. O pedido liminar foi indeferido por maioria do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator, Des. Sérgio de Souza Verani, nos autos nº 0034724-16.2009.8.19.0000. Trechos do voto (ainda não publicado) disponíveis em <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/TJ+DO+RIO+GARANTE+MATRICULA+DE+CRIANCAS+COM+SEIS+ANOS+NO+ENSINO+FUNDAMENTAL+\\_67863.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/TJ+DO+RIO+GARANTE+MATRICULA+DE+CRIANCAS+COM+SEIS+ANOS+NO+ENSINO+FUNDAMENTAL+_67863.shtml)>. Acesso em: 01 mai. 2010.

<sup>338</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988. Artigo 205.

<sup>339</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988. Artigo 206: “*O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI - gestão democrática do ensino público,*

Para a efetivação destes princípios, também o texto constitucional não deixou de prever aspectos que, se outrora pudessem ser considerados de caráter programático, atualmente, pela própria redação do artigo 208, não deixam dúvidas acerca da responsabilidade constitucional dos entes federativos quanto à universalização e garantia do acesso à educação.<sup>340</sup> A situação é ainda mais explícita no artigo 227, quando a Carta de 1988, ao tratar da família, da criança, do adolescente e do idoso, dispõe que

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>341</sup>

Vê-se, portanto, que no que tange à criança e ao adolescente, o legislador constituinte estabelece com intensidade ainda maior a priorização do direito à educação,<sup>342</sup> considerando que a formação social do indivíduo é fundamental para sua cidadania.<sup>343</sup> Outrossim, para a

*na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)."*

<sup>340</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988. Artigo 208: "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada **inclusive** sua oferta gratuita **para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) II - **progressiva universalização do ensino médio gratuito**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009). § 1º - **O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo**. § 2º - **O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente**. § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola." Pelos trechos que grifamos, percebe-se que a previsão constitucional do direito à educação não se reveste apenas de caráter programático, havendo atribuições notoriamente auto-executáveis, e, conseqüentemente, aferíveis no exercício do controle jurisdicional.

<sup>341</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988. Artigo 227.

<sup>342</sup> Esta preocupação também se reflete, no plano infraconstitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Enquanto o artigo 4º da lei reproduz o mandamento constitucional citado (artigo 227 da CRFB), dispõe ainda o artigo 54: "É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola."

<sup>343</sup> "Há a vida natural, biológica, que faz do homem um animal como qualquer outro. Há, também, uma espécie de segunda vida, a que é exercida na esfera pública, nas relações intersubjetivas e políticas que o indivíduo realiza com os demais integrantes da sociedade. [...] A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstrato, iguais, e cuja diferenciação se dá mais

materialização de tais prescrições, dispõe o artigo 211, §4º sobre a necessidade de colaboração entres os entes públicos na organização do sistema de ensino de cada um deles.

O referido artigo 211 traz a organização dos sistemas de ensino nos diversos níveis, atribuindo aos municípios prioritariamente o ensino fundamental e a educação infantil (§2º), aos Estados e ao Distrito Federal prioritariamente o ensino fundamental e médio (§3º), e à União a organização do sistema federal de ensino, bem como a assistência técnica e financeira aos demais entes, de modo a garantir a equalização de oportunidades educacionais, e assegurar padrões mínimos de qualidade do ensino (§1º).

Prevê ainda a Carta Política de 1988 a estipulação por lei de um plano nacional de educação com o objetivo de articular o sistema nacional em regime de colaboração, definindo diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação, de modo a assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades (artigo 214).<sup>344</sup> Para a concretização do plano nacional, também dispõe acerca da necessidade de ações integradas, demonstrando com clareza que, à semelhança do sistema único de saúde,

---

*em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. Em outras palavras, no espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.*" SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 1.185.474/SC. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 20/04/2010, DJe de 29/04/2010. Trecho de voto do Relator. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000486284&dt\\_publicacao=29/04/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000486284&dt_publicacao=29/04/2010)>. Acesso em: 01 mai. 2010.

<sup>344</sup> Relevante destacar que a previsão de um plano nacional com periodicidade decenal adveio com a Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, que trouxe ao artigo 214 a seguinte redação: "*A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.*" BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 nov. 2009. A redação original do artigo previa a existência de um plano nacional de educação com periodicidade plurianual. De acordo com reportagem publicada no sítio eletrônico do jornal "O Globo" em 29/03/2010, segundo especialistas, o atual plano nacional de educação foi um fracasso, e um dos pontos que levaram a esta conclusão foi a falta de previsão orçamentária no próprio plano para sustentar as ações previstas. Segundo o conselheiro nacional de educação, Mozart Neves Ramos, o excesso de metas incluídas no plano - muitas sem possibilidade de cumprimento - também dificultou o acompanhamento pela sociedade. Ele aponta que o plano não incluiu mecanismos de acompanhamento e avaliação permanentes: "*Às vésperas do novo plano é que a sociedade está despertando. Poucos educadores e gestores trouxeram isso para um acompanhamento anual ou bienal*". *Para especialistas, Plano Nacional de Educação 'fracassou'*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/educacao/mat/2010/03/29/para-especialistas-plano-nacional-de-educacao-fracassou-916198747.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2010. O novo plano a que se refere o conselheiro vigorará a partir de 2011, até 2020.

também a implementação das políticas públicas de educação depende de atuação coordenada entre os entes federativos.

Para subsidiar as políticas educacionais, o artigo 212 previu percentuais mínimos de aplicação de recursos na área de educação, o que mais uma vez evidencia a necessidade de comprometimento do Estado-administrador com a missão que constitucionalmente lhe foi outorgada para a efetivação de tão relevante direito social.

Neste sentido, assim como a previsão de outras obrigações estatais envolvendo direitos sociais, o campo da educação se reflete, majoritariamente, em atuações positivas do Estado na efetivação deste objetivo constitucional.<sup>345</sup> Deste modo, em casos nos quais se verifique omissão estatal, identificável também a necessidade de atuação jurisdicional.

## 7.2 Educação como Direito Fundamental

Não há dúvidas de que, assim como o direito à saúde, também o direito à educação, em sua acepção plena, reflete-se na efetivação do maior dos princípios constitucionais: a dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, III da Carta de 1988. A formação educacional do cidadão é *conditio sine qua non* para o efetivo exercício de suas liberdades, para a legítima expressão de sua vontade num Estado Democrático de Direito e para o acesso concreto a direitos fundamentais (e mesmo interesses privados), razão pela qual o sucesso das instituições democráticas necessariamente passa pela formação de cidadãos capazes de exercerem conscientemente seus direitos.

Neste sentido, precisas as palavras de André Ramos Tavares quando destaca que

Perante o direito à educação, como direito fundamental ao Estado surge um dever de atuar positivamente, seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício deste direito (legislação), seja ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos (as chamadas garantias institucionais relacionadas diretamente a direitos fundamentais). Para desincumbir-se satisfatoriamente deste dever, o Estado deve, portanto, intervir positivamente (afasta-se a idéia de subsidiariedade, típica do contexto econômico do Estado liberal).<sup>346</sup>

<sup>345</sup> Relevante a ressalva de TAVARES, André Ramos (*Direito Fundamental à Educação...* Op. cit. p. 777), quanto à identificação de algumas situações em que o direito à educação não estará diretamente ligado a prestações estatais positivas: “Assim, é possível falar numa dimensão não-prestacional do direito à educação, consistente no direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como ‘versões oficiais da História’ impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos (não veta determinadas obras ou autores, por questões ideológicas, políticas ou morais).”

<sup>346</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Fundamental à Educação...* Op. cit. p. 780.

A atribuição privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, mencionada no tópico anterior, levou à edição da Lei nº 9.394/96.<sup>347</sup> O conceito de educação trazido no artigo 1º da lei, bem como suas finalidades, expostas no artigo 2º, demonstram com clareza a importância do direito à educação como exercício da própria cidadania:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

[...]

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O diploma legal, seguindo as bases do legislador constituinte, impõe ao Estado o dever de educar, mencionando que o descumprimento deste mister pela autoridade competente traz a qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, ao Ministério Público, a legitimidade de acionar o Poder Público para exigi-lo (artigo 5º, caput e §3º da lei).

Ao tratar dos Estados-membros, a Lei nº 9.394/96 estabelece que a eles compete definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público (artigo 10, II). Ainda mais explícita a idéia de colaboração entre os entes quando trata também das atribuições municipais, onde se identifica a incumbência de organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados (artigo 11, I).

Diante de contornos tão relevantes, o direito à educação, analisado de modo global e sob um ponto de vista social, pode ser considerado um direito difuso. Por outro lado, não raras serão as situações nas quais concretamente se consubstanciará num direito individual, que, por sua relevância social, demandará sua tutela coletiva através da atuação dos legitimados para tanto (hipótese em que se estará diante de direitos individuais homogêneos).

O que nos parece relevante apreciar, no estudo de casos específicos, é o limite dentro do qual o legitimado poderá provocar o Estado-juiz e este intervir quando o caráter constitucional e fundamental do direito à educação se choca com outros valores igualmente

---

<sup>347</sup> BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

relevantes para a harmonia do Estado Democrático. Nos exemplos que passam a ser abordados, poderá se perceber que há casos em que inequivocamente a intervenção jurisdicional para corrigir a omissão estatal na implementação deste direito social é não apenas legítima, como necessária, enquanto que em algumas situações, a violação a outros princípios constitucionais que também consagram aspectos fundamentais caracterizaria uma intromissão excessiva na realização das políticas públicas.

### 7.3 A educação e as políticas públicas: estudo de casos

#### 7.3.1 Ação civil pública envolvendo o reajuste de mensalidades escolares

Vimos no Capítulo 02 que, historicamente, sempre houve divergência no ordenamento pátrio quanto à possibilidade de atuação do Ministério Público na tutela de direitos individuais homogêneos. Nos casos envolvendo o reajuste de mensalidades escolares, que acabaram levando à uniformização de posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal com a edição do verbete nº 643 de sua Súmula de Jurisprudência,<sup>348</sup> apesar de as conclusões pela legitimidade do *Parquet* aparentarem que o tema não demandaria maiores reflexões, a análise do *leading case* para a consagração do entendimento sumular traz consigo uma série de ponderações relevantes para o presente estudo.

No recurso extraordinário nº 163.231-3/SP,<sup>349</sup> a conclusão pela possibilidade de atuação do órgão ministerial foi unânime, mas a fundamentação esposada nos votos dos Ministros que compuseram o pleno, dada a divergência de caminhos para se chegar a um entendimento comum, mostra com clareza que a tutela de direitos coletivos reveste-se de certa complexidade.

O caso concreto envolvia a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo contra certa entidade privada de ensino que procedeu a reajustes de mensalidades escolares

---

<sup>348</sup> Verbetes 643 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700)>. Acesso em: 14 jul. 2009.

<sup>349</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 163.231-3/SP. Relator Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 26/02/1997, DJ de 29/06/2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=163231&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 jul 2009. Votaram os Ministros Sepúlveda Pertence (Presidente), Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa (Relator).

superiores àqueles fixados pelo Conselho Estadual de Educação, razão pela qual o objetivo da demanda era que tal entidade se adequasse às normas de reajustes dos encargos educacionais legalmente fixados pela autoridade competente.

O juízo de 1º grau concedeu a liminar e posteriormente julgou procedente a ação, mas em grau recursal a apelação reformou a sentença, acolhendo a preliminar de ilegitimidade ativa do *Parquet* para a tutela dos direitos envolvidos. Utilizou-se como argumento principal no acórdão que o legislador constituinte não teve o objetivo de transformar o Ministério Público num Curador ou *custos legis* universal, e que o direito em jogo, apesar de difuso, não teria a amplitude desejada pelo órgão ministerial.

No voto do Relator, o Ministro Maurício Corrêa destacou que o campo de atuação do Ministério Público na tutela coletiva, que já se evidenciara na Lei nº 7.347/85, ampliou-se com o advento da Constituição da República de 1988, e ainda mais com o advento da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei nº 8.625/93 (atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Entretanto, ao mencionar distinções que diversos autores fazem acerca de interesse difusos e coletivos, o jurista, tratando de direitos individuais homogêneos, aduz em seu voto:

Por tal disposição, vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomen iuris* atípico da espécie de direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos.

Neste ponto, com todas as vênias, parece-nos que esta não é a concepção mais adequada. Como vimos, embora efetivamente se possa depreender de algumas situações concretas que a violação a um direito individual homogêneo também sob uma análise global pode caracterizar violação a um direito difuso, tal circunstância não nos permite enquadrar os direitos individuais homogêneos como uma sub-espécie dos direitos difusos ou dos direitos coletivos.

Trata-se de uma terceira categoria autônoma que, ao demandar a intervenção do Estado-juiz, implica na utilização de instrumentos processuais de tutela coletiva, notadamente quando os titulares do direito lesado, por diversas razões, não atuam em nome próprio. Vê-se, portanto, que a própria complexidade dos direitos em jogo por vezes dificulta a sua classificação dentro da tripartição dos direitos coletivos que, historicamente mencionada pela doutrina, consagrou-se na legislação pátria.

Os votos posteriores também demonstraram certa dificuldade em enquadrar o caso como: i) um interesse difuso de toda a sociedade relacionado ao direito à educação; ou ii) um

direito individual homogêneo daqueles que, efetivamente, mantinham uma relação jurídica com a instituição de ensino que promoveu os reajustes supostamente indevidos.

Como já ressaltado, a conclusão de todos os julgadores foi no sentido de admitir a atuação do Ministério Público, mas os questionamentos que se depreendem do caso são: o direito ao reajuste de mensalidades escolares de acordo com as normas fixadas pela autoridade competente tem natureza difusa ou individual homogênea? Nas ações civis públicas envolvendo direitos individuais homogêneos, seria sempre correto invocar o direito fundamental que de forma mediata se liga à questão, de modo a ampliar a tutela jurisdicional?

Assim não nos parece. Apesar da normatividade atribuída aos princípios constitucionais, que permitiu uma ampliação na tutela de uma série de direitos fundamentais, ao nosso sentir a delimitação dos interesses envolvidos afigura-se como necessária para o regular desenvolvimento da relação processual no curso da ação civil pública.

O conjunto normativo que ampliou a titularidade do Ministério Público para a tutela jurisdicional de direitos transindividuais e individuais homogêneos não teve o condão de descaracterizar a espécie de direito coletivo *lato sensu* identificável em cada caso concreto, generalizando as três espécies num grande conglomerado de atuação. Note-se que, a vigorar o entendimento de que os direitos individuais homogêneos ora se enquadrariam como direitos difusos ora como coletivos, seria ainda mais complexa a delimitação do objeto das demandas coletivas, e, igualmente, o provimento jurisdicional apto a assegurar a efetivação dos direitos envolvidos.

Em verdade, a hipótese de identificação de mais de uma espécie de direitos coletivos para uma mesma situação fática é possível, mas não se trata de hipótese geral. Pode acontecer em determinadas situações concretas, mas, em regra, a delimitação de qual interesse está sendo tutelado é salutar para o desenvolvimento da relação processual, evitando-se, como já sustentado no presente trabalho, uma intervenção indevida entre os Poderes.

Quanto ao mérito do caso mencionado, entretanto, não parece haver dúvidas de que o atendimento às normas de reajustes fixadas pela autoridade legalmente competente para exercer este controle sobre as instituições de ensino privadas atende ao interesse difuso da sociedade relacionado ao direito à educação, mas a não observância de tais parâmetros por uma ou outra instituição de ensino, tecnicamente, violará o direito daqueles que de algum modo mantêm uma relação jurídica com aquela instituição, distinguindo-se de um direito da sociedade como um todo.

### 7.3.2 Ação civil pública envolvendo obrigação de matricular crianças em creches, pré-escola, e escolas de ensino fundamental

Outra discussão relevante envolvendo o direito à educação está nas ações que buscam compelir a Administração Pública a matricular crianças em creches e escolas. Vimos que a Constituição da República expressamente prevê a responsabilização das autoridades competentes pelo não-oferecimento do ensino obrigatório (artigo 208, §2º), e que a Lei nº 9.394/96 fala expressamente tratar-se de direito público subjetivo, legitimando qualquer cidadão (bem como outros legitimados previstos na lei) a acionar o Poder Público para exigir seu cumprimento.

Aqui, mais uma vez retoma-se a discussão sobre o choque entre as teorias da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”, e a tentativa de compatibilização entre ambas. Assim como no campo do direito à saúde, a fundamentalidade dos direitos em jogo reveste de dramaticidade a questão.

Isto porque, em que pese as difíceis condições econômico-financeiras dos entes federativos por conta de um histórico de má gestão de recursos públicos, a previsão constitucional de garantia estatal do direito à educação básica gratuita não é recente, nem inovadora sua previsão na Carta Política de 1988.<sup>350</sup> Neste sentido, não há como sustentar que se trata de uma política pública inovadora ou atual, mas sim um dos próprios pilares do Estado Democrático de Direito.

A existência de cidadãos com educação escolar minimamente adequada para proporcionar o exercício de suas liberdades, como já dissemos, é premissa inclusive para a formação de uma vontade política legítima, capaz de justificar a escolha de governantes e também a concepção de uma República Federativa tripartite.

Por estes argumentos, é difícil sustentar que a oportunização de matrícula em creches e pré-escola (bem como a garantia do ensino fundamental) seria questão de mera conveniência administrativa, restrita a uma análise dentro de um contexto de recursos escassos.

---

<sup>350</sup> Basta mencionar que, em Constituições anteriores, como as de 1946 e 1967, já era previsto o ensino obrigatório e gratuito como dever do Estado. BRASIL. Constituição Federal (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946): “Art. 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. [...] § 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: [...]II - o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais”. BRASIL. Constituição Federal (1967). Constituição da República Federativa do Brasil (de 24 de janeiro de 1967). O artigo 168, §3º, II trazia a mesma redação da Carta anterior.

Em verdade, a educação básica relaciona-se, inegavelmente, com o mínimo existencial, razão pela qual já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal pela responsabilidade estatal no cumprimento deste mister:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.<sup>351</sup>

No voto condutor do acórdão, o Ministro Celso de Mello reitera trechos de sua decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 45, na qual, mesmo tendo sido prejudicada sua apreciação (por conta do advento de diploma legal afastando o descumprimento de mandamentos constitucionais), mencionou-se a inoponibilidade do que seria um arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.<sup>352</sup> Destacou o jurista a crescente necessidade de atuação do Estado-juiz para assegurar valores fundamentais:

<sup>351</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no RE nº 410.715/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22/11/2005, DJ de 03/02/2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=crian%20de%20at%20E9%20seis%20anos%20de%20idade&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 mai. 2010.

<sup>352</sup> Pela sua enorme relevância no estudo das políticas públicas, a ementa do julgamento não pode deixar de ser trazida a baila: "ARGÜIÇÃO 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

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...]

Vê-se, portanto, que a garantia de acesso à educação não se reveste de discricionariedade administrativa para sua efetivação. Em verdade, a implementação desta política pública, por sua relevância constitucional, pode vir a ensejar a atuação jurisdicional quando caracterizada omissão.

Neste mesmo sentido da impossibilidade de tratar o tema como exercício de discricionariedade administrativa, a recente decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário nº 482.611/SC, pelo mesmo Ministro Celso de Mello, que, exatamente pelo teor de suas decisões, vem se destacando no Supremo Tribunal Federal como um dos maiores estudiosos da questão da implementação de políticas públicas e seu controle pelo Poder Judiciário.

No caso em pauta, a discussão girava não apenas em torno do direito à educação, mas principalmente da proteção à infância e juventude de crianças e adolescentes vítimas de abuso ou exploração sexual. A inexecução pelo Município de Florianópolis de projeto voltado para esta proteção levou à propositura de ação civil pública, que, julgada procedente em 1º grau, foi reformada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina com base no princípio da separação de poderes e na impossibilidade de se exigir judicialmente a implementação de política social decorrente de normas programáticas, tratando-se de situação na qual haveria discricionariedade administrativa.

Em decisão monocrática, o Ministro conheceu e deu provimento ao recurso ofertado, restabelecendo a sentença de 1º grau. Nas suas razões, mencionou os precedentes analisados nas linhas anteriores, e destacou com propriedade:

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, “caput”, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas

---

*TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER 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 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADFP nº 45 MC/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgada em 29/04/2004, DJ de 04/05/2004. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF\\$.SCLA.%20E%2045.NUME.%29&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF$.SCLA.%20E%2045.NUME.%29&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 01 mai. 2010.*

opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.<sup>353</sup>

Assim, diante de tão recentes e incisivos pronunciamentos da Corte Suprema brasileira sobre o tema, parece-nos que a tendência jurisprudencial é afastar os argumentos que embasam a teoria da “reserva do possível” quando diante de direitos sociais intrinsecamente ligados a valores fundamentais que remontam à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial.

Nestas circunstâncias, a atuação do Estado-juiz, além de não caracterizar uma intervenção indevida nos demais Poderes, em verdade advém para demonstrar que, nestes casos, não há espaço para se sustentar o exercício de discricionariedade administrativa.

### 7.3.3 Ação civil pública envolvendo obrigação de construir creches ou escolas

Por outro lado, ao mesmo tempo em que não se admite o argumento do juízo de conveniência e oportunidade da Administração para implementação de algumas políticas públicas de educação (porque, como visto, a Constituição não traria apenas disposições programáticas sobre o tema, mas também comandos auto-executáveis), não há como negar que em certas situações, a constatação de uma suposta omissão, por outro lado, não levaria o Poder Judiciário a, ele próprio, realizar concretamente políticas públicas.

<sup>353</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 482.611/SC. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 23/03/2010, DJe de 07/04/2010: “CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA–PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.” Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE\\$.SCLA.%20E%20482611.NUME.%29&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE$.SCLA.%20E%20482611.NUME.%29&base=basePresidencia)>. Acesso em: 01 mai. 2010.

Neste sentido, parece-nos que se enquadraria uma ação civil pública que versasse sobre a necessidade de construção de creches ou escolas pela Administração Pública. Apesar de próximos os exemplos, uma hipótese é aquela na qual se busca junto ao Estado-juiz um provimento jurisdicional que determine ao ente público assegurar a matrícula de crianças e adolescentes em creches ou escolas; outra, um pouco diversa, é a ação que busque um provimento capaz de determinar a construção de novas unidades educacionais. O debate, entretanto, não é pacífico, notadamente pela atual tendência jurisprudencial de modificar este entendimento. Uma análise mais detida da questão mostra-se necessária.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando questão de ordem na petição nº 2.836-8, concedeu efeito suspensivo a recurso extraordinário entendendo que a sentença de 1º grau, confirmada em 2ª instância, que veio a determinar ao Município do Rio de Janeiro a manutenção da gratuidade de atendimento em creches no prazo de 30 dias, e a construir creches ou ampliar o número de vagas existentes para atender 100% da demanda nos bairros do Flamengo, Copacabana, Catete, Laranjeiras, Rocinha, Glória, Botafogo e Cosme Velho, no prazo de um ano, afrontaria ao princípio da separação de Poderes estatuído no Texto Constitucional em seu artigo 2º.<sup>354</sup>

Além de mencionar a necessidade de autorização orçamentária para a implementação da decisão judicial, a Corte Suprema brasileira, no caso concreto, reconheceu haver indícios de uma intervenção indevida entre os Poderes.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento há época também era neste sentido, conforme se pode inferir do Recurso Especial nº 208.893/PR. No caso concreto, reconheceu-se a impossibilidade de o Poder Judiciário intervir em questões afetas à discricionariedade administrativa, principalmente aquelas que tivessem repercussão orçamentária, como a destinação de um bem imóvel para a implantação de unidade educacional, com a conseqüente realização de obras de adequação.<sup>355</sup>

---

<sup>354</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. nº 2.836-8/RJ. Questão de Ordem. Segunda Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 11/02/2003, DJ de 14/03/2003: “*PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. PRESSUPOSTOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATUIDADE DE ATENDIMENTO EM CRECHES. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONSTRUÇÃO DE CRECHES PELO MUNICÍPIO. DESPESAS PÚBLICAS: NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: C.F., ART. 167. I. - Fumus boni juris e periculum in mora ocorrentes. II. - Concessão de efeito suspensivo ao RE diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. III. - Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma*”. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet\\$.SCLA.%20E%202836.NUME.%29%20U%20%28Pet.ACMS.%20ADJ2%202836.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet$.SCLA.%20E%202836.NUME.%29%20U%20%28Pet.ACMS.%20ADJ2%202836.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 19 jul. 2009.

<sup>355</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 208.893/PR. 2ª Turma. Relator Ministro Franciulli Netto. Julgado em 19/12/2003, DJ de 22/03/2004: “*RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE – NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA*

Entretanto, além das decisões mencionadas no tópico anterior, reconhecendo a fundamentalidade do direito à educação e a responsabilidade dos entes públicos em assegurá-lo, também em casos com repercussão orçamentária o entendimento dos Tribunais Superiores vem se modificando. Em recente apreciação de ação civil pública envolvendo a destinação de recursos para assegurar o direito à educação, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.185.474/SC, que a mera alegação de insuficiência de recursos, por si só, não basta para justificar a não implementação de políticas públicas relacionadas à educação. O trecho abaixo da ementa do acórdão é bastante claro quanto ao atual entendimento acerca do tema:

Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração.<sup>356</sup>

---

*N. 07/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO VIOLADOS. Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. Na lição de Hely Lopes Meirelles, 'só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo'. Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido 'demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município'. No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que 'a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida'. Adotar entendimento diverso do esposado pelo Tribunal de origem, bem como pelo Juízo a quo, envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula n. 07/STJ. No que toca à divergência pretoriana, melhor sorte não assiste ao recorrente, uma vez que a tese defendida no julgado paradigma não prevalece, diante do posicionamento adotado por este egrégio Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prequestionamento dos artigos 4º, parágrafo único, alíneas 'c' e 'd', 86, 87, 88, incisos I a III, 90, inciso IV, e 101, incisos II, IV, V a VII, todos da Lei n. 8.069/90. Recurso especial não provido.'* Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=208893](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=208893)>. Acesso em: 01 mai. 2010.

<sup>356</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 1.185.474/SC. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 20/04/2010, DJe de 29/04/2010. Trecho de voto do Relator. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000486284&dt\\_publicacao=29/04/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000486284&dt_publicacao=29/04/2010)>. Acesso em: 01 mai. 2010. Apesar de extensa, a ementa do julgado deve ser transcrita, porque aprecia praticamente todos os pontos tratados ao longo do nosso estudo: "ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em idéia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem

Percebe-se, assim, uma drástica “guinada jurisprudencial”, com uma gradativa ampliação do controle jurisdicional e a conseqüente redução da margem de discricionariedade do administrador no campo das políticas públicas. Tratando-se de questões envolvendo direitos fundamentais, passa-se a sustentar inclusive a ausência de discricionariedade, não sendo mera opção do administrador promover a efetivação de direitos fundamentais, mas sim mandamento constitucional inafastável.

Não obstante a tendência jurisprudencial caminhar para sentido oposto ao das decisões mencionadas no início do tópico, parece-nos que, no caso da construção de creches e escolas, um provimento jurisdicional compelindo um ente público a este mister afigurar-se-ia abusivo.

---

ser distribuídos segundo regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76. 10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. 11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Recurso especial improvido.”

Por boa parte das razões já expostas ao longo do estudo, apesar de a tutela coletiva a cada dia ter mais mecanismos para assegurar a efetivação de uma série de direitos e interesses, não pode haver descuido quanto aos limites que devem tangenciar tanto a atuação do Estado-juiz quanto a atuação do Ministério Público na solução de questões.

Como já se mencionou, se há casos em que efetivamente a Administração Pública deixa de cumprir com uma série de atribuições que acabam se refletindo na seara de direitos fundamentais, por outro lado não há como sustentar que toda e qualquer implementação de política pública envolve de forma imediata a satisfação de um direito fundamental. Há casos em que o atendimento a comandos constitucionais que se traduzem em direitos decorre de conseqüências mediatas ou reflexas, do contrário chegaríamos à conclusão de que todas as políticas públicas estariam diretamente relacionadas a prestações positivas estatais, o que ao nosso sentir não é a concepção mais adequada.

Concluir neste sentido seria o mesmo que atribuir ao Poder Judiciário e ao Ministério Público a tarefa de realizar concretamente políticas, o que evidentemente não é o objetivo nem do legislador constitucional, nem de um Estado Democrático de Direito. Como fica claro a todo tempo em nossas reflexões, a intervenção do Estado-juiz e do órgão ministerial contribuiu sobremaneira para significativos avanços sociais, mas a ampliação desmedida de atribuições demonstrou, historicamente e quanto aos demais Poderes, que o excesso também pode desvirtuar-se em arbitrariedade.

Não fixar limites e critérios a uma atuação que deve ser excepcional, e não a regra geral, pode levar ao perigoso caminho de apenas transferir de Poderes atuações arbitrárias, até porque ainda não há no ordenamento brasileiro uma estrutura judiciária dotada de técnicos absolutamente qualificados para mensurar questões decorrentes de políticas públicas estudadas por órgãos estatais a quem ordinariamente cabe a materialização destes projetos.

O mesmo se diga quanto ao órgão ministerial que, se a cada dia vem melhor se estruturando com profissionais capazes de identificar tecnicamente irregularidades na implementação de políticas públicas, tal evolução não chega a ponto de legitimá-lo como o ente realizador de atividades típicas estatais, pelos mesmos argumentos decorrentes da legitimidade democrática que recaem em intervenções indevidas do Estado-juiz.

No campo do direito à educação, parece-nos que o ponto chave para a solução de tão sensível debate está em distinguir: a) o reconhecimento da fundamentalidade deste direito; b) dos mecanismos aptos a ensejar sua efetivação. Em outras palavras, é incontestável que se está diante de preceito constitucional indisponível e fundamental, que deve ser priorizado

pelos entes públicos, mas a indagação que se faz é: pode o Estado-juiz cancelar pedidos de concreta implementação de políticas públicas, como é a construção de creches e escolas?

Aqui, entendemos que é possível compatibilizar a missão constitucional do Poder Judiciário em zelar pela efetivação dos direitos fundamentais com a legitimidade do Estado-administrador para a implementação de políticas públicas relacionadas a estes direitos. Explique-se...

Uma decisão judicial reconhecendo o direito à educação como fundamental já é um passo importantíssimo na conclusão de que aos entes públicos se impõem prestações positivas para assegurá-lo. As decisões que determinam a matrícula de crianças e adolescentes em creches, pré-escolas e escolas não chega a ser específica a ponto de impor que tal procedimento deva ocorrer nesta ou naquela unidade, pois neste caso incumbe ao Estado-administrador, logicamente considerando a proximidade da residência do menor à unidade educacional, verificar a existência de vagas.

Constatando a insuficiência de vagas, e sendo este um problema crônico a ponto de ensejar a construção de novas unidades, deve o Estado-administrador promover todos os atos aptos à implementação desta política. Não o fazendo, a tutela jurisdicional se impõe não para determinar a efetiva construção desta ou daquela unidade (até porque a escolha do local, do bem mais adequado, da estrutura da unidade, dentre outras questões, são opções legitimamente políticas da Administração Pública), mas para determinar que o Estado (em sentido amplo) assegure o direito à educação.

Ao nosso sentir, este não seria um provimento jurisdicional genérico, mas sim adstrito aos limites que o Estado-juiz teria na apreciação da questão, já que incumbiria ao próprio ente público estudar a melhor forma de cumprir a determinação judicial, realizando para tanto, e de forma legítima, as escolhas mais adequadas à compatibilização do interesse público com o interesse social. Para assegurar a efetividade do provimento jurisdicional em questão, seria possível a utilização de todos os meios coercitivos já estudados no Capítulo 02 deste trabalho.

Deste modo, ao mesmo tempo em que o Estado-juiz reconheceria a fundamentalidade do direito à educação, não promoveria, num primeiro momento, uma intervenção drástica a ponto de ele próprio transmudar-se em administrador público. Como já exposto, o acompanhamento do cronograma de obras públicas, a realização de atos administrativos relacionados ao procedimento licitatório, a especificação de questões técnicas para concretização do projeto, todas estas especificidades não se relacionam com a atividade jurisdicional.

Incumbe ao Estado-juiz, portanto, exercer a fiscalização dos atos necessários à concretização deste direito, mas não estipular que atos seriam estes. Exigir a comprovação, pelos entes públicos, da insuficiência orçamentária, parece-nos um grande passo dado pelos Tribunais no sentido de afastar discussões meramente teóricas e buscar a verificação *in concreto* da correta utilização dos recursos públicos.

Como já se destacou em outro momento, o histórico de corrupção e má gestão de recursos levou ao incremento da judicialização de questões originariamente políticas, com o aval da própria sociedade acerca da legitimidade do Estado-juiz como guardião de valores constitucionais fundamentais. O ponto crucial parece ser a busca pela exata medida de intervenção sem que se passe o julgador por administrador público. A parte III deste estudo, evidencia, com clareza, que esta busca só é possível na análise de situações concretas, pois, ainda que aparentemente tratem de um mesmo tema, no plano fático existem peculiaridades absolutamente relevantes que podem trazer entendimentos diversos.

## 8 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Considerando que o estudo enfoca o manejo da ação civil pública, e que, tecnicamente, esta é o instrumento processual adequado para a tutela de direitos transindividuais, é no campo ambiental que encontramos as questões mais interessantes, sob a ótica do direito processual civil, acerca do estudo de provimentos liminares e finais que se encontram limítrofes entre uma possível invasão de atribuições entre os Poderes e a discricionariedade judicial.

Note-se que nesta área verifica-se boa parte dos conflitos entre laudos e manifestações técnicas decorrentes de profissionais capacitados pelo próprio Estado para o exercício do poder de polícia ambiental e a posição divergente tanto do *Parquet* (normalmente quando parte deflagradora da ação civil pública) quanto do Estado-juiz na avaliação de determinados empreendimentos.

A construção de sistemas de tratamento de esgoto e o saneamento básico; a proteção a áreas de preservação ambiental e faixas marginais de proteção de corpos hídricos; a implementação de políticas públicas pelo Estado que afetam ao meio ambiente (suscitando o caráter dúplice de atuação estatal como fiscalizador ambiental e realizador de empreendimentos públicos e sociais)... enfim, há casos dos mais variados que ilustrarão o conflito entre o Estado-administrador e o Estado-juiz na tutela do interesse público.

### 8.1 O tratamento constitucional do meio ambiente

#### 8.1.1 O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado

Não há como tratar de questões tormentosas envolvendo ações civis públicas que lidam com a implementação de políticas públicas e deixar de falar no meio ambiente. No ordenamento contemporâneo, por uma série de razões a preocupação com a manutenção de um equilíbrio na interação entre o homem e natureza aumentou consideravelmente.<sup>357-358</sup>

---

<sup>357</sup> Dentre outros fatores, mencionaríamos apenas a título ilustrativo: o aumento populacional (que leva as pessoas a buscarem cada vez mais a exploração de atividades, sejam de subsistência ou puramente econômicas, de forma desordenada e sem preocupação com o impacto ao meio ambiente), o desenvolvimento industrial (que traz um incremento também desordenado na implantação de atividades de grande impacto ambiental), e, especificamente no Brasil, também a falta de

As conseqüências climáticas da intervenção do homem no meio ambiente têm sido visíveis, com significativa alteração de temperaturas, aumento de chuvas capazes de proporcionar desastres, elevação do nível dos mares com o derretimento de geleiras, dentre outros.

Pode-se dizer que no plano legal, em 1981, ou seja, antes mesmo do advento da Lei nº 7.347/85, surgia no ordenamento pátrio uma política nacional do meio ambiente. Não por acaso, alguns apontam inclusive que a Lei nº 6.938/81<sup>359</sup> foi um marco de incentivo à tutela coletiva, como destaca Rodolfo de Camargo Mancuso ao afirmar que

De fato, já àquela época se delineava um vasto rol de ações *civis públicas* em sentido largo, cuja legitimidade vinha deferida ao Ministério Público, espaiadas pela Constituição Federal, Códigos Civil, de Processo Civil e Processo Penal, CLT e demais legislação extravagante, cabendo especialmente lembrar que o art. 14, §1º da Lei 6.938, de 31.08.1981, estabelecia a responsabilidade *objetiva* do poluidor, em decorrência de “danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, disponibilizando ao *Parquet* da União e dos Estados uma “ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente”.<sup>360</sup>

Vê-se com clareza no referido diploma legal que a tutela judicial de direitos nos quais a identificação de seu titular não era tão simples, além de ratificar a possibilidade de atuação de legitimados extraordinários, fez despontar em nosso ordenamento a relevância da proteção a interesses transindividuais.

A evolução nesta direção seguiu-se tanto com o advento da Lei nº 7.347/85 (ponto amplamente desenvolvido no curso do trabalho), quanto com a expressa previsão constitucional de um capítulo sobre o meio ambiente no Título III do Texto Maior de 1988, que regula a ordem social. Exsurge no plano constitucional o meio ambiente como bem de uso comum do povo e o seu equilíbrio ecológico como um direito de todos.

---

saneamento básico adequado e infra-estrutura das cidades (que leva à proliferação da poluição de rios, mares, lagoas e terras, com o despejo de material sanitário sem o devido tratamento).

<sup>358</sup> “Vivemos uma época trágica em que o homem, lobo de si mesmo, único ser vivo capaz de empreender raciocínio abstrato e, até, de criar Deuses, sem respeitá-los e à natureza que o abriga e produz o seu sustento, em sua ânsia incontrolável e ensandecida de acumular bens materiais e obter maiores lucros. Presenciamos a constante redução da camada de ozônio; os resultados do ‘efeito estufa’; as hecatombes causadas pelas alterações climáticas; a malfadada criação de bombas nucleares, de armas bacteriológicas e outras tantas sofisticadíssimas, como as empregadas recentemente no Afeganistão; a sistemática destruição das florestas; a morte de rios e a poluição de mananciais, a ponto de pôr em risco as reservas de água do planeta; a disseminação de moléstias fatais nunca dantes imaginadas; a contaminação de ‘santuários ecológicos’; a inconcebível extinção de espécimes animais, e inúmeros atos predatórios praticados por quem, detentor da consciência, deveria preservar a natureza”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. nº 247.961/SC. Relator para acórdão Ministro Paulo Medina. Julgado em 06/05/2004, DJ de 13/03/2006. Trecho de voto do Ministro Relator, Francisco Peçanha Martins. Por maioria, o recurso não foi conhecido. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 dez 2009.

<sup>359</sup> BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 02 set. 1981.

<sup>360</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento...* Op. cit. p. 754.

Para assegurar este que seria um direito, em regra, de natureza difusa, a Constituição prioriza a prevenção, exatamente pelo fato de que muitos dos danos causados ao meio ambiente ou são irreversíveis ou meramente minoráveis, sendo de difícil retorno ao *status quo ante*. Por isso, vê-se a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ao meio ambiente (artigo 225, §1º, IV), a conscientização pública e a educação ambiental (artigo 225, §1º, VI), a fiscalização ambiental (artigo 225, §1º, V), dentre outros mecanismos de proteção.

Pode-se assim dizer que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado pauta-se nas idéias de prevenção e precaução,<sup>361</sup> de modo a se assegurar às gerações atuais e futuras tanto a possibilidade de utilização racional de recursos naturais, quanto a própria sobrevivência num ambiente sadio e estruturado numa digna qualidade de vida.

Sem adentrarmos na análise de todos os pormenores que hoje fazem inclusive do direito ambiental um ramo específico da ciência jurídica, entendemos adequado perceber que hoje o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado reveste-se de *status* constitucional. Conseqüentemente, sua relevância nos impõe estudar como este direito transindividual deve ser tutelado através da ação civil pública.

### 8.1.2 A fundamentalidade do meio ambiente e sua tutela administrativa e jurisdicional

Abra-se aqui um parêntese para analisar se a disposição constitucional expressa do artigo 225 seria suficiente para levar à conclusão pura e simples de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, ou mesmo um direito social. Como já se adiantou, entendemos que os direitos sociais não podem ser automaticamente

---

<sup>361</sup> Para muitos, valores erigidos à categoria de princípios. Vide VARELLA, Marcelo Dias; PLAUTAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: ESPMU, Del Rey, 2004. Em sentido contrário, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Ambiental: Da Eco-Ideologia. Da Prevenção à precaução*, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Para o professor, a idéia de precaução pode levar à paralisação do progresso, enquanto a prevenção traz maior equilíbrio na ponderação entre valores aparentemente em conflito. Chega a mencionar: “*Eis porque tantas ações ambientais, que invocam como fundamento a precaução, em que órgãos ambientais do Estado, Ongs ambientalistas radicais, articulistas exaltados na imprensa e o próprio Ministério Público, acabam trilhando o caminho simplista da eco-ideologia, são resultantes de uma aguda deficiência na avaliação multidisciplinar dos complexos fenômenos ambientais. Ora, o Direito não oferece fundamentos que possam justificar essa substituição tout court da tradicional prevenção (lógica) pela novidade da precaução (psicológica) e, também, em conseqüência, abonar os desvios e as eco-contradições resultantes.*” Entendendo haver três tendências interpretativas para o princípio da precaução (posições radical, intermediária e minimalista), NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*, in FERREIRA, Helene Silvini; LEITE, José Rubens Leite Morato. *Estado de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

rotulados de direitos fundamentais, e tal conclusão traz conseqüências quanto à própria atuação do Estado-juiz.

Vimos que, no âmbito das políticas públicas, a intervenção no Poder Executivo através da atividade jurisdicional, para não caracterizar afronta ao Estado Democrático de Direito, deve ocorrer em situações nas quais o risco de lesão ou ameaça de lesão atinge direito ou valor mais relevante que a própria separação de Poderes. Neste sentido, não há como negar que a intervenção para a garantia de direitos fundamentais, em que pese todas as ponderações feitas, acaba sendo necessária em alguns casos, onde analisamos ações específicas relacionadas com o direito à saúde e o direito à educação.

A visão principiológica do direito constitucional contemporâneo tem estimulado uma interpretação de certo modo ampliativa dos direitos fundamentais, levando-se a considerar que aspectos outrora de caráter programático atualmente deveriam ser resguardados pelo Estado-juiz sem qualquer regulação infra-constitucional, justamente ao argumento de que se está diante de um valor fundamental, ligado à dignidade da pessoa humana.

Apesar de o balanço evidenciar mais acertos do que equívocos, certo é que há sempre o risco de uma intervenção excessiva ou mesmo indevida. No caso do meio ambiente, parece-nos que um simples raciocínio sistemático entre a fundamentalidade de seu equilíbrio ecológico e a necessidade de intervenção judicial pode trazer distorções. Por tais razões, não se deve perder de vista que há uma atuação na via administrativa também com o objetivo de assegurar este equilíbrio.

Não por acaso, o Texto Maior de 1988 prevê como competência administrativa comum dos entes da federação (nos três níveis) a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em todas as suas formas (artigo 23, VI), evidenciando que, como regra geral, a atribuição de fiscalizar (evitando lesão ou ameaça de lesão) e assim garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é do Estado-administrador.

Por conta de tal poder-dever da Administração Pública, a política nacional de meio ambiente, assegurada anteriormente pela Lei nº 6.938/81, não só foi recepcionada pela Constituição da República, como aprimorada com o advento da Lei nº 9.985/2000 que, regulamentando o artigo 225, §1º, I, II, III e VII da Carta de 1988, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.<sup>362</sup>

---

<sup>362</sup> BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 jul. 2000.

Neste sentido, reforçou-se aos entes da federação o poder-dever de atuar na fiscalização do meio ambiente, seja através do procedimento licenciatório de atividades potencialmente poluidoras (incluindo-se as mais simples e aquelas de significativo impacto de degradação – ocasião em que aspectos corretivos são aprimorados nas diversas fases do licenciamento),<sup>363</sup> seja no exercício pró-ativo do poder de polícia ambiental, coibindo atividades irregulares a aplicando multas administrativas em caso de descumprimento da legislação ambiental.

Com este panorama, vê-se que também no campo ambiental a atuação jurisdicional deve, em regra, revestir-se de subsidiariedade. Em outras palavras, a intervenção do Poder Judiciário que terá como consequência provimentos jurisdicionais similares ao exercício do poder de polícia ambiental deve ser supletiva à atuação dos órgãos ambientais.

Ocorre que podemos identificar algumas situações diretamente relacionadas às questões ambientais (sem o objetivo de esgotar o tema), fomentando ainda mais o debate: a) quando, de fato, há omissão dos entes públicos no exercício do poder de polícia ambiental; b) quando não há omissão dos órgãos ambientais, mas há divergência entre suas conclusões e aquelas feitas pelos legitimados a utilizar a ação civil pública para a tutela do meio ambiente ou pelo Estado-juiz; c) quando o próprio ente público é o suposto causador de lesão ou risco de lesão ao meio ambiente; d) quando a implantação de algumas políticas públicas envolvendo valores igualmente constitucionais (e por vezes fundamentais) podem ameaçar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Uma passagem pela titularidade da ação civil pública ambiental, atrelada ao estudo de alguns casos concretos, podem trazer alguns caminhos de solução para as hipóteses aventadas, razão pela qual preferimos apresentar nossas conclusões sobre este tema ao final.

### 8.1.3 A titularidade da ação civil pública ambiental

---

<sup>363</sup> O licenciamento ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o ente público ambiental licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso, conforme o Sistema de Licenciamento de Atividades Poluidoras - SLAP. No licenciamento ambiental são avaliados os impactos causados pelo empreendimento, tais como seu potencial ou capacidade de gerar efluentes líquidos, resíduos sólidos, emissão atmosférica, ruído e o potencial de risco, como por exemplo, explosões e incêndios. As licenças ambientais estabelecem as condições para que a atividade ou o empreendimento cause o menor impacto possível ao meio ambiente. O SLAP é constituído por três tipos de licenças ambientais: Licença Prévia (LP); Licença de Instalação (LI); e Licença de Operação (LO). No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o SLAP foi instituído pelo Decreto Estadual n.º 1.633, de 21 de dezembro de 1977, em consonância com o Decreto-lei n.º 134, de 16 de junho de 1975, servindo de referência para a estruturação do licenciamento ambiental de muitos órgãos ambientais brasileiros.

Tivemos a oportunidade de apreciar, ainda que em breves linhas, como se perfaz a atuação dos legitimados à propositura da ação civil pública, com base no rol do artigo 5º da Lei nº 7.347/85. De todo modo, parece-nos relevante identificar algumas particularidades na titularidade da ação civil pública ambiental, justamente com o objetivo de clarificar as hipóteses mencionadas no tópico anterior.

Cientes de que a atuação dos entes públicos na defesa do meio ambiente não se restringe apenas ao procedimento licenciatório, mas com igual relevância se consubstancia no poder-dever fiscalizatório<sup>364</sup> (ou poder de polícia ambiental), parece claro que quando os entes públicos são omissos nesta atribuição, quando são eles próprios os causadores da lesão ao meio ambiente, ou quando a implantação de um empreendimento público de relevância social também põe em risco o meio ambiente (situações a), c) e d) do tópico 8.1.2), nestes três cenários o Estado-administrador acaba sendo invariavelmente demandado através da ação civil pública. A questão que se coloca é saber se haverá diferença de atuação de acordo com o titular da ação civil pública ambiental, e parece-nos que a jurisprudência pátria em alguns casos faz distinção.

Como já ressaltado, a utilização da ação civil pública pelas associações e demais entes privados muitas vezes não ocorre de forma satisfatória pela deficiência estrutural destas, ou pela menor intensidade de se utilizarem do poder requisitório, se comparado com a atuação do Ministério Público. Por conta disso, vimos que em muitos casos as pessoas de direito privado preferem noticiar ao órgão ministerial, levando-lhe elementos para instrução do inquérito civil. Mas não é esta a situação que nos evidencia particularidades no campo ambiental.

O Texto Constitucional prevê no artigo 225, §1º, IV que o órgão estatal responsável pela condução do procedimento licenciatório deve exigir o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) para a implementação de atividades potencialmente causadoras de

---

<sup>364</sup> Se por um lado a competência para o licenciamento de atividades em regra não é concomitante entre os níveis federativos, (como se infere do artigo 10 da Lei nº 6938/81), o mesmo não ocorre com a competência para a fiscalização de atividades, na medida em que a própria Constituição estabelece a competência administrativa comum no artigo 23,VI. Ilustrativamente, veja-se, neste sentido, AgReg no RESP nº 711.405/PR, assim ementado: “*PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - AMBIENTAL - MULTA - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES COMUNS - OMISSÃO DE ÓRGÃO ESTADUAL - POTENCIALIDADE DE DANO AMBIENTAL A BEM DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO DO IBAMA - POSSIBILIDADE. 1. Havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, pode o IBAMA exercer o seu poder de polícia administrativa, pois não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar. 2. A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou. 3. O pacto federativo atribuiu competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização. 4. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação, inclusive o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/98 prevê a possibilidade de atuação concomitante dos integrantes do SISNAMA. 5. Atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo IBAMA, ainda que a competência para licenciar seja de outro ente federado. Agravo regimental provido.*”

significativa degradação ao meio ambiente, bem como os correspondentes relatórios de impacto ambiental (RIMA), com o objetivo de se verificar, após o estudo prévio, se é ambientalmente possível e viável o empreendimento que se pretende.

Muito embora a exigência de tais estudos tenha respaldo constitucional, a Carta Política é clara no sentido de que sua exigência decorre de situações em que haja risco de *significativa* degradação. Interpretando-se o texto, não é em todo e qualquer empreendimento que o EIA/RIMA é imprescindível, pois em casos de baixo risco de degradação (ou degradação não significativa) há a fixação de parâmetros de observância obrigatória pelo empreendedor como condição de validade das licenças concedidas pelos órgãos ambientais, parâmetros estes que podem ser tanto medidas de mitigação quanto medidas de compensação. Aqui surgem as divergências...

Pelo que já exposto, a existência de órgãos públicos ambientais com a missão tanto de procederem ao licenciamento de atividades que possam repercutir no meio ambiente, quanto de fiscalizar não apenas atividades, mas toda e qualquer situação de risco de lesão ao preceito constitucional de equilíbrio ecológico, torna a atuação do Estado-juiz, ao menos em tese, subsidiária e supletiva à atuação do Estado-administrador.

Assim, incumbe originariamente aos órgãos públicos ambientais a atribuição de avaliar se determinado empreendimento trará consigo alto ou baixo risco de degradação ambiental, exigindo a apresentação de EIA/RIMA se as conclusões forem no sentido de significativa degradação. Veremos adiante (no estudo de casos) que o licenciamento ambiental, portanto, é tema de interessantes discussões, mas desde já é possível identificar reflexos de acordo com o titular da ação ambiental que compõe, *in concreto*, determinada lide.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar caso em que determinada associação de defesa do meio ambiente ingressou com ação civil pública ambiental em face de particular, com o objetivo de suspender as licenças de instalação e operação por conta de supostos danos ambientais decorrentes de sua atividade, e, conseqüentemente, exigir, para a continuidade das atividades, a elaboração de EIA/RIMA.

Em voto-vista também divergente ao voto do Ministro Relator, o professor Teori Albino Zavascki registrou com propriedade:

Não se nega às pessoas e entidades privadas a legitimidade para tutelar o meio ambiente e postular, perante o Poder Judiciário, se for o caso, as providências jurisdicionais correspondentes, seja em forma de obrigação de fazer e não-fazer ou indenizar. Tal legitimização para agir se verifica sempre que presente efetiva lesão ou ameaça aos bens tutelados. Todavia, essa legitimização não pode ser confundida com o exercício do poder de polícia, atividade tipicamente administrativa, cujo exercício independe de ameaça ou lesão a direito. A entidades privadas não é lícito exercer atividade típica do poder de polícia

ambiental, muito menos mediante a utilização de instrumentos de política ambiental próprios da administração pública, como os acima referidos. A lei não lhes dá essa atribuição, como também não obriga ninguém a apresentar a entidades privadas relatórios de estudos de impacto ambiental. Tal dever, quando existente, é prestado no âmbito das relações de direito administrativo. Somente a Administração pode exigir seu cumprimento e somente a Administração pode avaliar a adequação do documento para os fins a que se destina e impor as correspondentes penalidades administrativas, se for o caso.<sup>365</sup>

Vê-se neste caso que, não obstante a titularidade da ação civil pública ambiental referir-se também a entidades privadas, questões relacionadas ao exercício do poder de polícia ambiental e ao procedimento licenciatório não podem ser por aquelas suscitadas, ainda que presente a “pertinência temática” com suas finalidades.

Ao que parece, no entendimento esposado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, somente o Ministério Público ou os próprios entes públicos ambientais poderiam requerer provimento jurisdicional determinando a apresentação de EIA/RIMA. Trata-se de mais um argumento a reforçar que o exercício da legitimidade conferida pela Lei nº 7.347/85 a pessoas jurídicas de direito privado não é tão intenso como deveria, até porque, afora as questões atinentes à recomposição ou reparação de danos, os demais aspectos de fiscalização ambiental, no entendimento dos tribunais, não são ínsitos a estes legitimados (restando-lhes, mais uma vez, noticiar aos entes públicos ou ao Ministério Público para que estes procedam à tutela ambiental).

O julgado ora apreciado também levanta outra questão interessante que merece análise (ainda que antecipando parcialmente alguns pontos a serem estudados no tópico 8.2.1), no que tange à exigibilidade de EIA/RIMA para a regularidade de empreendimento em funcionamento há mais de três décadas, sendo certo que a exigência legal surgiu quando a parte ré já funcionava há 10 anos.

Tal questão afigura-se sensível porquanto muitas exigências ambientais sobrevieram ao funcionamento de diversas atividades que, se outrora não eram vistas como ameaçadoras ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com o desenvolvimento da sociedade esta conclusão mudou.<sup>366</sup> Neste caso, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, ao nosso ver com razão, pela impossibilidade de se fazer a exigência de apresentação de EIA/RIMA, deixando entender que a situação já estaria consolidada.

---

<sup>365</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 766.236/PR. 1ª Turma. Relator Ministro Francisco Falcão. Julgado em 11/12/2007, DOU de 04/08/2008. Com o voto divergente, o Relator para acórdão passou a ser o Ministro Luiz Fux, tendo acompanhado a divergência os Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado.

<sup>366</sup> Reiteramos aqui os fatores mencionados na nota de rodapé nº 357, já que algumas atividades poderiam ser inofensivas há décadas por serem desenvolvidas por um pequeno grupo, panorama que se modifica com o aumento populacional, o desenvolvimento industrial, a exploração econômica em larga escala sem preocupação ambiental, etc., atingindo inclusive aqueles que outrora exerciam, até mesmo com exclusividade, algumas atividades.

O caso concreto, pelo grande lapso temporal transcorrido entre o início das atividades, o surgimento normativo da exigência do EIA/RIMA e a propositura da ação, não suscitaria tanta polêmica quanto à solução jurisdicional escolhida. Entretanto, o mesmo não ocorre em outras situações envolvendo tanto o licenciamento ambiental quanto o exercício do poder de polícia ambiental, advindo a necessidade de desenvolver melhor o estudo analítico destes dois temas com outros julgados.

## **8.2 O meio ambiente e as políticas públicas: estudo de casos**

### **8.2.1 Ação civil pública envolvendo licenciamento ambiental**

Já se adiantou que o licenciamento é o procedimento no qual os órgãos ambientais competentes avaliam os riscos de determinadas atividades ao equilíbrio ecológico de certa localidade, exigindo muitas vezes o estudo prévio e estabelecendo diversas condicionantes às licenças concedidas. Diante da competência administrativa concorrente entre os níveis municipal, estadual e federal (advinda da Constituição) para a preservação do meio ambiente e combate a todas as formas de poluição, muitas questões interessantes também surgem no campo do licenciamento ambiental e que se desdobram em ações civis públicas.

Até por fidelidade ao tema do estudo, olhando a questão sob o prisma das políticas públicas, mencionamos que originariamente a atribuição de licenciar atividades com risco ambiental, bem como estabelecer condicionantes para o desenvolvimento destas atividades, é do Estado-administrador. Ocorre que não são poucas as ações civis públicas propostas com o intuito de levar ao Estado-juiz o argumento de que no caso concreto o órgão ambiental deveria ter exigido o EIA/RIMA do particular, e, não o fazendo, se equivocou.

O precedente citado no tópico anterior é apenas um dos muitos exemplos envolvendo esta questão, mas deixamos propositamente para agora apreciar a viabilidade de o legitimado extraordinário e do Estado-juiz manifestarem-se sobre esta conduta do Estado-administrador. Se vimos que não é qualquer titular da ação ambiental que poderia suscitar esta necessidade de apresentação do EIA/RIMA, ainda assim tal constatação não leva à conclusão de que este questionamento sempre poderia ser feito.

Ora, se no caso concreto não houve omissão estatal, vale dizer, se o procedimento licenciatório transcorreu passando por suas diversas fases e sem qualquer vício, e ao final o órgão público ambiental entendeu pela concessão da licença (prévia, de instalação ou de operação), seria possível o Ministério Público (ou outro ente público legitimado) pleitear postura diversa em juízo? E seria possível ao Estado-juiz intervir neste sentido?

O primeiro aspecto a se ponderar é que no campo do direito ambiental (assim como no campo do direito à saúde), a inação ou a omissão podem levar a conseqüências irreversíveis, sendo o retorno ao *status quo ante* muitas vezes impossível, daí a menção já feita à prevenção e à precaução como pilares da garantia constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso, não raro a atuação do Estado-juiz através de provimentos antecipatórios com a fixação de severas medidas coercitivas tem o condão de primeiro afastar o risco da irreversibilidade do quadro fático, para depois discutir os pormenores das questões jurídicas que revestem o caso concreto.

Talvez este argumento justifique uma verdadeira “avalanche” de liminares concedidas para a abstenção de funcionamento ou a implementação de atividades de razoável risco ambiental, acrescida da obrigação de não-fazer aos órgãos ambientais, para que não emitam licenças até o desfecho da ação civil pública.

Ocorre que é possível identificar uma situação de conflito capaz de ameaçar o equilíbrio entre os Poderes da Federação nos casos em que não há omissão, mas conclusão em sentido diverso pelo órgão ambiental. Em outras palavras, o responsável pelo licenciamento entende que, para o caso concreto, os requisitos para salvaguarda do meio ambiente estão cumpridos, dispensando o EIA/RIMA. Frise-se que esta conclusão, quando advém de análises técnicas de servidores públicos capacitados profissionalmente para tanto, entra em choque com conclusões em sentido contrário do inquérito civil que embasa uma ação civil pública proposta pelo órgão ministerial, ou mesmo com as conclusões decorrentes da prova pericial feita em juízo. Como proceder? Partindo da premissa de que tecnicamente nenhuma das conclusões estivesse equivocada, qual delas seria mais legítima?

A situação não é tão complexa nos casos em que há demonstração da efetiva ocorrência de danos ambientais. Porém, sabe-se que a identificação concreta de tais danos nem sempre é flagrante, ou mesmo possível.

Assim, se por um lado a constatação de danos ambientais concretos (seja pelo inquérito civil, seja pela prova pericial produzida) traria consigo maiores elementos de convicção no sentido de uma omissão estatal (seja do órgão licenciador, seja dos demais

órgãos fiscalizadores), por outro muitos casos são analisados em boa parte apenas num plano hipotético.

Neste segundo cenário (*rectius*: quando não há demonstração concreta de danos, mas risco não comprovado), conflitam-se não apenas o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento de atividades econômicas (ambos com previsão constitucional), mas exsurge a polêmica suscitada ao longo de todo o estudo sobre a legitimidade democrática do Estado-juiz para intervir no ato da Administração Pública, devidamente motivado por um corpo técnico.

Já decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça pela desnecessidade de apresentação do EIA/RIMA quando, após a realização de vistoria e prova pericial, restou comprovada a inexistência de danos ambientais.<sup>367</sup> Trata-se de situação que retrata panorama bastante usual nas ações civis públicas: o Ministério Público, embasando sua pretensão com inquérito civil não conclusivo acerca da efetiva existência de danos ambientais (normalmente pautado em pareceres que opinam pela possibilidade, em tese, de risco de danos), sustenta a necessidade de apresentação do estudo prévio de impacto ambiental, requerendo com frequência medida liminar para suspender o procedimento licenciatório (ou a licença já concedida).

No caso citado, houve a realização de prova pericial, mas, como já analisado no item 2.2.3, nem sempre a produção desta prova é viável, notadamente pela sua complexidade, seus custos, e pela expressa disposição legal vedando o adiantamento de despesas. Com a conclusão dos peritos pela inexistência de risco ao meio ambiente, a decisão que ratificou a desnecessidade de apresentação do EIA/RIMA não suscita tanta polêmica, porque demonstrado em juízo a correção do procedimento licenciatório conduzido pelo órgão ambiental.

Mas, e no caso da inviabilidade de produção da prova pericial, havendo elementos no inquérito civil concluindo numa direção e elementos do procedimento licenciatório rumando em sentido diverso? Poderia o Estado-juiz se imiscuir em tal questão?

---

<sup>367</sup> AgRg no REsp nº 1.011.086-SP (2007/0283441-0), julgado em 16/10/2008 (DOU 10/11/2008) pela 2ª Turma do STJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, cuja ementa se segue: “*AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - ALEGADA NECESSIDADE DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL - PRETENSÃO AFASTADA EM 1º E 2º GRAUS, DIANTE DA REALIZAÇÃO DE VISTORIA E PERÍCIA JUDICIAL - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No caso, em primeiro e segundo graus foi afastada a necessidade de estudo de impacto ambiental, pois a realização da vistoria e perícia judicial teriam sido suficientes para comprovar a ausência de dano ao meio ambiente. Refutar a conclusão adotada na instância ordinária significa reexaminar o conjunto probatório. 2. O STJ já pontificou que “a verificação da repercussão ao meio ambiente causada por determinada obra não pode ser apreciada em sede de recurso especial posto ensejar enfrentamento de matéria fático-probatória, vedado pela Súmula 07/STJ” (REsp 499.188/SE, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJ 29/09/2003). No mesmo sentido, AgRg no Ag 47.163/RS, Rel. Min. AMÉRICO LUZ, 2ª Turma, DJ 06/02/1995. 3. Agravo regimental não provido.”*

Se considerarmos o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estatuído no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, em princípio não poderia o julgador deixar de apreciar a questão.<sup>368</sup> Entretanto, no choque entre manifestações técnicas advindas, por um lado do Ministério Público (que não raro dispõe inclusive de corpo técnico capaz de trazer análises bastante relevantes no campo ambiental), e por outro do órgão ambiental (que originária e legitimamente tem a atribuição técnica de estudar a questão), parece-nos que deve o julgador ficar com a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública.<sup>369</sup>

É evidente que não há como defender este caminho quando a prova pericial aponta para a ocorrência de danos (pois a presunção não é absoluta, podendo ser desconstituída por laudos periciais atestando de fato os danos ambientais), mas na inexistência de prova pericial, não há como o julgador ficar com argumentações hipotéticas sobre um possível risco de dano.

Portanto, parece-nos indevida a intervenção do Estado-juiz nos atos da Administração Pública quando unicamente pautada em situações hipotéticas não demonstradas nos autos, justamente porque a presunção de legalidade dos atos emanados pelos órgãos ambientais pauta-se em sua atribuição originária para analisar a implementação de atividades que possam potencialmente causar degradação ambiental.

Decisões sustando licenças concedidas ou interrompendo liminarmente procedimentos licenciatórios sem uma demonstração mínima de risco ambiental concreto caracterizam, inegavelmente, uma afronta à separação de Poderes. Não havendo elementos capazes de demonstrar vícios no procedimento do Estado-administrador, nem o Ministério Público nem o Estado-juiz estariam, com sua atuação, evidenciando serem mais preocupados com o meio ambiente do que os órgãos ambientais que naturalmente têm esta preocupação como sua própria essência de existência.

Neste choque de Poderes, a solução está com aquele que naturalmente tem o poder-dever de atuação, e não com aqueles que originariamente devem atuar de forma

---

<sup>368</sup> Parece-nos, entretanto, que este seria argumento tão simplório quanto aquele que, em sentido inverso, destaca a impossibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas por conta da necessidade de prévia reserva orçamentária para alguns programas. O debate não seria superficial a este ponto...

<sup>369</sup> A título de exemplo, vide o REsp nº 763377/RJ, julgado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 20/03/2007 (DJ de 27/08/2007), da relatoria do Ministro Francisco Falcão: “*EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPACTO AO MEIO AMBIENTE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DETERMINA A PARALISAÇÃO DA OBRA. I - O fundamento que serviu de alicerce para o Tribunal a quo determinar a paralisação da obra, qual seja, a necessidade de análise dos efeitos que o empreendimento provocaria ao meio ambiente, vai de encontro à autorização concedida pela Secretaria de Meio Ambiente Estadual, através do Conselho Estadual de Controle Ambiental - CECA e da Fundação do Estado do Meio Ambiente - FEEMA. II - Tal proceder importa em violação ao artigo 10 da Lei n.º 6.938/81, que atribui ao Órgão Estadual competente autorizar a instalação de empreendimento com potencial impacto ao meio ambiente. III - Em se tratando de recurso originário de ação cautelar que busca a paralisação de obra imobiliária e, tendo em vista que o mencionado empreendimento restou concluído, com habite-se concedido pela Prefeitura Municipal, tem-se a prejudicialidade da ação cautelar pela perda de objeto. IV - Recurso especial provido.*”

supletiva ou subsidiária. Ademais, é dentro do próprio procedimento licenciatório que eventuais irregularidades são sanadas, de acordo com os estudos realizados, que não necessariamente devem ter sempre a complexidade e dimensão do EIA/RIMA.<sup>370-371</sup>

<sup>370</sup> Neste sentido, veja-se decisão de juízo de 1º grau do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Comarca de Seropédica, processo nº 2009.077.002700-0) indeferindo pedido liminar visando a interrupção do procedimento licenciatório de centro de tratamento e disposição final de resíduos sólidos (CTR). Como causa de pedir, o Ministério Público estadual alega que o local onde se pretende a instalação do CTR não comporta viabilidade ambiental, e que o processo de licenciamento transcorre de forma irregular. Nas razões de decidir, aduz com propriedade o juízo que: *“Com efeito, qualquer atividade desenvolvida pelo homem que interfira nas condições ambientais, e o aterro sanitário é uma delas, está submetida ao controle do Estado, o qual tem competência para licenciar determinadas práticas ou condutas que possam, de algum modo, afetar o meio ambiente. Assim, percebe-se que o licenciamento ambiental, regulado sobretudo pela Resolução CONAMA nº 237/97, se consubstancia em procedimento complexo, desenvolvido em diversas etapas, culminando com a expedição ou não de duas licenças preliminares ( licença prévia e licença de instalação) e uma licença final (licença de operação). O referido processo de licenciamento serve, exatamente, como instrumento de prevenção de danos ambientais, posto que durante o seu desenvolvimento é que será avaliada a conformidade do projeto com o meio ambiente, devendo o agente se adequar às condições impostas pelo órgão responsável. (...) A viabilidade ambiental é matéria técnica que demanda produção de prova e, portanto, não está evidenciada nesta fase inicial; (...) Realmente, como ficou explicitado linhas atrás, o processo de licenciamento é um procedimento que conta com várias etapas, sendo certo que no seu curso deverão ser apuradas todas as circunstâncias para a instalação da atividade pretendida. Vê-se, portanto, que é no bojo do aludido procedimento que terão lugar a análise do local, a viabilidade ambiental, e a adequação do interessado às condições impostas pelo órgão licenciador. Dessa forma, suspender o processo de licenciamento implica em obstar todas aquelas análises e o atendimento das condições ambientais porventura determinadas. Parece claro, então, que não apenas inexistente o periculum in mora, como também o fato de que a suspensão do processo de licenciamento poderá, isto sim, acarretar periculum in mora inverso, pois o órgão licenciador ficará impedido de prosseguir nos estudos para a definição da melhor solução para a destinação dos resíduos sólidos. (...) Por fim, cabe destacar que a realização da audiência pública não implicará, necessariamente, na concessão da licença prévia, ato que dependerá da análise de diversos fatores pelo órgão licenciador, nem tampouco se pode presumir que a licença prévia será concedida ao arrepio da legislação pertinente. Na verdade, a presunção é evidentemente contrária: os atos públicos gozam de presunção de legalidade e de legitimidade, não havendo como este juízo fazer uma previsão futura em desacordo com o referido atributo inerente a todo e qualquer ato administrativo. Acrescente-se, ainda, que a adoção de medidas para o tratamento dos resíduos sólidos de toda e qualquer cidade é também uma forma de preservação do meio ambiente e da qualidade de vida dos cidadãos, desde que tais medidas sejam implementadas de forma regular e com obediência dos ditames legais aplicáveis à espécie, sendo certo que eventual prova do descumprimento das normas legais poderão ensejar a nulificação de qualquer procedimento. Por fim, cumpre destacar que os argumentos aqui expendidos o foram com base em um juízo superficial e provisório, típico da análise de pedidos liminares, não comportando, como se sabe, caráter de definitividade. Por todo o exposto, considerando a inexistência dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, INDEFIRO OS PEDIDOS LIMINARES FORMULADOS.”* Afora algumas questões absolutamente polêmicas envolvendo a alteração do Plano Diretor Municipal (que podem levar a conclusão do caso concreto a um caminho diverso) a decisão interlocutória afigura-nos irretocável, exatamente pela necessária ponderação que deve ser feita com relação aos objetivos do procedimento licenciatório, dentre os quais se inclui a correção de irregularidades constatadas no seu curso, o que nem sempre desencadearia na judicialização da questão.

<sup>371</sup> Interessante para o estudo, também, decisão proferida pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região em agravo de instrumento (2006.02.01.013487-4) interposto pelo IBAMA em face de decisão, proferida em ação civil pública, que deferiu a liminar requerida pelo Ministério Público Federal. Pretendeu o *Parquet Federal*, na referida Ação Civil Pública, a declaração de nulidade dos atos administrativos tendentes ao licenciamento de empreendimento nuclear conhecido como Angra III. Do voto do Relator do recurso (Des. Federal Reis Friede), acolhido por unanimidade, extrai-se a seguinte passagem: *“No procedimento de licenciamento ambiental o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais considerados efetiva ou potencialmente poluidoras, considerando, para tanto, as disposições legais e regulamentares, bem como as normas técnicas aplicáveis ao caso. Trata-se, de partida, de procedimento onde serão efetivados todos os estudos necessários para a efetivação de empreendimento considerado poluidor. Nestes estudos iniciais, consoante lição de Daniel Roberto Fink, Hamilton Alonso e Marcelo Dawalibi (apud Elida Seguin, O Direito Ambiental: nossa Casa Planetária. Forense. 2ª ed. p. 280) serão avaliados: 1. Definição pelo órgão ambiental competente dos documentos, projetos e estudos ambientais necessários ao início do processo de licenciamento; 2. Requerimento da Licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado da documentação exigida, dando-se a devida publicidade; 3. Análise pelo órgão ambiental competente dos documentos apresentados, realizando-se vistoria técnica, quando necessário. 4. Solicitação de esclarecimentos pelo órgão ambiental competente; 5. Realização de audiência pública, quando couber; 6. Solicitação de esclarecimentos pelo órgão ambiental competente, em decorrência da audiência pública; 7. Emissão de parecer técnico-jurídico conclusivo; 8. Deferimento ou não do pedido de licença, com a devida publicidade.”* Após todas essas etapas, poderá ser deferida apenas a chamada Licença Prévia, a qual deverá ser seguida, ainda, das Licenças de Instalação e Operação para só então estar o empreendimento autorizado a funcionar. Cumpre destacar, por sua vez, que tais estudos, à toda evidência, são imprescindíveis ao Congresso Nacional no momento em que for avaliar se deve autorizar ou não o funcionamento do empreendimento. Devem ser levados

Não obstante todas as considerações feitas, não há como deixar de registrar que não é este o entendimento prevalente nos Tribunais do ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, seja pela relevância da preservação do meio ambiente para as atuais e futuras gerações, seja pelo risco de irreversibilidade que os danos ambientais proporcionam, a postura do Estado-juiz diante de casos em que o EIA/RIMA foi dispensado tem sido a de acolher pedidos liminares de suspensão do procedimento licenciatório (ou cassação da licença concedida), até o desfecho da ação civil pública proposta.

Como ponderamos, as situações concretas, para não caracterizar intromissão indevida entre os Poderes, devem ser analisadas cuidadosamente pelo julgador, de modo a verificar quem traz aos autos os melhores parâmetros técnicos para a formação de um juízo cognitivo: se o proponente da ação civil pública; se o perito judicial; ou se o próprio órgão ambiental licenciador.

Outrossim, parece-nos que solução intermediária está, como também já dissemos, em não deixar de cumprir o artigo 2º da Lei nº 8.437/92, ouvindo-se o órgão ambiental competente antes da apreciação de provimentos antecipatórios, de modo a não se proceder a um juízo de probabilidade apressado que pode acabar por atrapalhar até mesmo a regularidade do procedimento licenciatório, palco próprio para a realização de estudos, adequação de condutas e resolução de eventuais irregularidades.

### 8.2.2 Ação Civil Pública envolvendo o exercício do poder de polícia ambiental

Se por um lado vimos que o licenciamento ambiental é, em certa medida, um mecanismo de controle dos entes públicos acerca das atividades exercidas por particulares que possam atingir o meio ambiente, também a questão envolvendo o exercício da fiscalização ambiental é bastante debatida.

Foi visto que o procedimento de licenciamento ambiental traz ao ente público o poder-dever de analisar os impactos da atividade que se pretende implantar, exigindo do empreendedor a adoção de todas as medidas capazes de prevenir, mitigar ou compensar o

---

*em conta, ainda, na decisão do local de instalação do mesmo. Caso contrário, o Congresso Nacional estaria sem qualquer referencial para emitir sua decisão, seja sobre a aprovação da construção da usina, seja sobre o local em que a mesma deverá ser construída. Em sendo assim, imprescindível se faz o início dos estudos ambientais em momento anterior ao conhecimento do Congresso Nacional sobre a questão. Diante do exposto, dou provimento ao presente Agravo de Instrumento para casar a liminar deferida pelo MM. Juízo a quo.”*

possível dano ambiental. Ocorre que esta análise, em que pese dividir-se em momentos distintos de acordo com a fase de andamento da atividade (daí as citadas licenças prévia, operacional e de instalação), não afasta dos órgãos ambientais a rotineira obrigação de fiscalizar com regularidade atividades que possam vir a degradar o meio ambiente.

#### Conforme leciona Paulo de Bessa Antunes

Uma das principais atribuições do direito ambiental é a de fixar parâmetros normativos capazes de estabelecer um patamar mínimo de salubridade ambiental. A obediência e o respeito de tais patamares é o que significa a *ordem pública* do meio ambiente. A ordem pública do meio ambiente é o cumprimento e a manutenção de tais padrões. Se os níveis ambientais legalmente estabelecidos estiverem sendo observados, a ordem pública ambiental estará sendo cumprida. A polícia do meio ambiente, no intuito de assegurar a obediência às normas ambientais, poderá agir preventivamente ou repressivamente. A atuação preventiva ou repressiva faz-se mediante a utilização de medidas de polícia ambiental.<sup>372</sup>

Assim, no exercício do poder de polícia ambiental, algumas medidas administrativas sancionatórias são aplicadas de modo a preservar a ordem pública ambiental, como a multa, interdição de atividades, fechamento de estabelecimentos, demolições, embargo de obras, destruição de objetos, dentre outras.<sup>373-374</sup>

Quando esta atribuição de manutenção da ordem falha, também os entes públicos a quem competiria o exercício deste poder-dever podem vir a ser responsabilizados. De todo modo, é possível distinguir a análise nos casos em que há omissão na fiscalização por órgão ambiental (que, aliás, não necessariamente foi o órgão licenciador de determinada atividade) bem como casos em que a implementação de um empreendimento de natureza pública confronta com a atribuição do próprio ente público de assegurar o equilíbrio ecológico do meio ambiente.

<sup>372</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 99.

<sup>373</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental...* Op. cit. p. 100.

<sup>374</sup> “DANO AMBIENTAL. CORTE DE ÁRVORES NATIVAS EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1. Controvérsia adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, consubstanciada no corte de árvores nativas. 2. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art.14, parágrafo 1º.) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar. 3. A adoção pela lei da responsabilidade civil objetiva, significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano. 4. O art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa, consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada lei. 6. A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades das particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental. 7. Recurso especial provido.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 578.797/RS. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 05/08/2004, DJ de 20/09/2004. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200301626620>. Acesso em: 10 mai. 2010.

Neste sentido, alguns julgados reconhecem a responsabilidade solidária entre o poluidor e os entes públicos por conta de danos ambientais em que, além da conduta lesiva causada pelo particular, também restou caracterizada a omissão no exercício do poder de polícia ambiental. A dificuldade está, entretanto, em verificar quem seriam os legitimados a figurar no pólo passivo desta ação civil pública, e qual o seu grau de responsabilidade na reparação.

Num primeiro momento, é comum que se traga à relação processual o órgão ambiental que teria a atribuição de promover o licenciamento (seja nas hipóteses do tópico anterior, em que se alegam vícios no procedimento licenciatório, seja nos casos em que não há licença, mas há a constatação de danos causados ao meio ambiente). Porém, muitas vezes também se aduz na causa de pedir uma possível omissão de outros órgãos ambientais a quem caberia igualmente fiscalizar a integridade do meio ambiente.<sup>375</sup>

Além disso, as situações concretas evidenciam que os órgãos ambientais têm sido demandados sempre que se discute provimentos relacionados a obrigações de fazer e não fazer, ao passo que as pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) têm composto o pólo passivo de ações civis públicas em que se pretende a responsabilização ambiental (com medidas compensatórias, mitigadoras ou reparatórias).

Parece-nos que a análise de omissão no exercício do poder de polícia ambiental deveria relacionar-se com o ente público responsável pela fiscalização ambiental, normalmente pessoa jurídica integrante da Administração Indireta, mas a realidade do ordenamento pátrio tem demonstrado que as pessoas jurídicas da Administração Direta têm sido responsabilizadas de forma solidária com o particular mesmo nestes casos de descentralização da fiscalização. Em outras palavras: ainda que exista, por exemplo, uma autarquia estadual ou municipal com a atribuição de exercer o poder de polícia ambiental, tem

---

<sup>375</sup> Segundo SILVA, Paulo Régis Rosa da. (*Direito ambiental constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, *apud* OSÓRIO, Fábio Medina; SCHMIDT, Cíntia. *Poder de Polícia Ambiental e Direito Administrativo Sancionador*, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 95), o artigo 23 da Constituição deve ser interpretado da seguinte forma: “a) matérias de interesse local, isto é, que não extrapolem os limites físicos do Município, devem ser administradas pelo Executivo Municipal; b) quando a matéria extrapola os limites físicos do Município, ou seja, os seus efeitos não ficam confinados na área física do Município ou envolvam mais de um Município, desloca-se a competência do Executivo Municipal para o Executivo Estadual; c) tratando-se de bens públicos estaduais e de questões ambientais supra-municipais, a competência será do Executivo Estadual; d) nas hipóteses em que as matérias envolvam problemas internacionais de poluição transfronteiriça ou duas ou mais unidades federais brasileiras, a competência será do Executivo Federal.” Muito embora coerente a distinção, vimos na nota de nº 364 que os Tribunais admitem a atuação supletiva de outros órgãos ambientais, e também acabam por reconhecer a responsabilidade de entes públicos que, de acordo com a sistematização supra, não teriam ordinariamente a atribuição de fiscalizar certa atividade, dado seu impacto local.

sido constante o enquadramento do próprio Estado ou do Município como responsável solidário ao particular na reparação.

Veja-se por exemplo o Recurso Especial nº 604.725-PR, tratando sobre danos causados ao meio ambiente com a construção de uma avenida chamada Beira Rio, tangenciando o Rio Paraná por longa extensão (7.620m). No caso em pauta, reconheceu-se a responsabilidade solidária do Estado do Paraná mesmo este sendo mero repassador de verbas ao Município de Foz do Iguaçu, a quem efetivamente cabia a implementação da obra pública. A ementa do julgado evidencia posicionamento que tem sido reiterado nos Tribunais Superiores do país:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. [...]

4. O repasse de verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexos de causalidade do evento, e assim legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexos de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo da demanda, conforme realizado pelo Ministério Público, em litisconsórcio facultativo. [...]<sup>376</sup>

Em que pese o principal objetivo de garantir a reparação ao meio ambiente degradado, parece-nos que o entendimento citado pode abrir um perigoso caminho aos legítimos titulares da ação civil pública ambiental para burlarem o princípio do juiz natural, escolhendo em que juízo demandar. Explique-se: o entendimento da solidariedade dos entes públicos nos três níveis da Federação poderia levar à conclusão de que a demanda sempre fosse proposta na Justiça Federal, porquanto a União, por também ter constitucionalmente a atribuição de fiscalizar o meio ambiente, sempre poderia integrar o pólo passivo como agente fiscalizador omissor.

O argumento da facultatividade do litisconsórcio, se por um lado tem como objetivo possibilitar a ampla reparação do dano, quando melhor observado à luz dos entes públicos que

<sup>376</sup> Do voto do Ministro Relator (Castro Meira), extrai-se citação de MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 306: “A União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal podem ser legitimados passivos para a ação civil pública, pois que, quando não parta deles o ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem quando licenciam ou permitem atividade nociva, ou então deixam de coibi-la embora obrigados a tanto.”

serão demandados, pode mascarar a escolha do juízo.<sup>377-378</sup> À luz de tudo o que já exposto, indaga-se: haveria discricionariedade do legitimado para propor ação civil pública na escolha dos responsáveis pela recomposição ambiental, quando identifica especificamente de qual ente da Federação advém a conduta omissiva?

Poder-se-ia aduzir que, sendo solidária a responsabilidade, qualquer um dos co-responsáveis seria legitimamente demandado, ainda que a este houvesse direito de regresso em face dos demais causadores dos danos.<sup>379</sup> Ocorre que, ao tratar da responsabilidade do ente público por omissão, além de não ser pacífico o entendimento de que esta

---

<sup>377</sup> Não é outra a conclusão a que se pode chegar na análise das ações civis públicas de nº 2008.014.028767-4 (0029232-35.2008.8.19.0014 na numeração única, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Comarca de Campos dos Goytacazes) e 2008.51.03.003067-2 (em trâmite no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Seção Judiciária do Rio de Janeiro – Campos dos Goytacazes): por conta de enchentes e inundações que levaram à decretação de estado de emergência no Município de Campos dos Goytacazes, o Ministério Público Estadual propôs ação civil pública para a demolição de diques irregularmente construídos por proprietários de fazendas da região, agravando o quadro de elevação do nível de rios e lagoas após intenso período de chuvas. Na ação proposta na Justiça Estadual não houve a concessão da medida liminar *inaudita altera pars* pretendida, razão pela qual o *Parquet Estadual* levou a questão ao Ministério Público Federal, que propôs idêntica ação perante a Justiça Federal, onde não só houve a concessão da medida liminar, como se suscitou conflito positivo de competência. Citando a Constituição Federal para fundamentar a legitimidade do *Parquet Federal*, o juízo sustenta sua competência no fato de ser o Ministério Público Federal o autor da ação, bem como num suposto interesse da União Federal na questão. Ou seja: ainda que a urgência na defesa do meio ambiente seja o pano de fundo de atuação tão intensa, não nos parece que questões processuais de índole igualmente constitucional, como o princípio do juiz natural e o devido processo legal, possam ser desprezadas por aqueles que originariamente não são os legitimados ao exercício do poder de polícia ambiental.

<sup>378</sup> Ainda assim, prevalece no ordenamento o entendimento de se tratar de litisconsórcio facultativo. Por todos, veja-se o REsp nº 771.619-RR, julgado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 16/12/2008 (DJe de 11/02/2009), Relatora Ministra Denise Arruda: “*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. No caso dos autos, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública por dano ambiental contra o Estado de Roraima, em face da irregular atividade de exploração de argila, barro e areia em área degradada, a qual foi cedida à Associação dos Oleiros Autônomos de Boa Vista sem a realização de qualquer procedimento de proteção ao meio ambiente. Por ocasião da sentença, os pedidos foram julgados procedentes, a fim de condenar o Estado de Roraima à suspensão das referidas atividades, à realização de estudo de impacto ambiental e ao pagamento de indenização pelo dano ambiental causado. O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, reconheceu a existência de litisconsórcio passivo necessário em relação aos particulares (oleiros) que exerciam atividades na área em litígio e anulou o processo a partir da citação. 2. Na hipótese examinada, não há falar em litisconsórcio passivo necessário, e, conseqüentemente, em nulidade do processo, mas tão-somente em litisconsórcio facultativo, pois os oleiros que exercem atividades na área degradada, embora, em princípio, também possam ser considerados poluidores, não devem figurar, obrigatoriamente, no pólo passivo na referida ação. Tal consideração decorre da análise do inciso IV do art. 3º da Lei 6.938/81, que considera “poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Assim, a ação civil pública por dano causado ao meio ambiente pode ser proposta contra o responsável direto ou indireto, ou contra ambos, em face da responsabilidade solidária pelo dano ambiental. 3. Sobre o tema, a lição de Hugo Nigro Mazzilli (‘A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo’, 19ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 148), ao afirmar que, “quando presente a responsabilidade solidária, podem os litisconsortes ser acionados em litisconsórcio facultativo (CPC, art. 46, I); não se trata, pois, de litisconsórcio necessário (CPC, art. 47), de forma que não se exige que o autor da ação civil pública acione a todos os responsáveis, ainda que o pudesse fazer”. 4. Nesse sentido, os precedentes desta Corte Superior: REsp 1.060.653/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 20.10.2008; REsp 884.150/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 7.8.2008; REsp 604.725/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.8.2005. 5. Recurso especial provido, a fim de afastar a nulidade reconhecida e determinar ao Tribunal de origem o prosseguimento no julgamento do recurso de apelação.”*

<sup>379</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...* Op. cit. p. 488, *apud* MEIRA, Castro. REsp nº 604.725-PR: “Na responsabilização por danos causados a interesses difusos, inclusive os ambientais, prevalece o princípio da solidariedade decorrente do ato ilícito. (...) Assim, por exemplo, os altos custos de recomposição ambiental devem ser cobrados por qualquer dos co-responsáveis, os quais, por via de regresso, poderão depois discutir entre si a distribuição mais equitativa da responsabilidade.”

responsabilidade tem natureza objetiva, imputar ao ente público a recomposição quando há particulares causadores dos danos com condições econômicas suficientes para fazê-lo seria imputar à própria sociedade ônus que a ela não caberia.<sup>380</sup>

Por fim, relevante a apreciação de hipóteses em que há um choque de interesses da própria Administração Pública, quando se vê diante da necessidade de realização de determinado projeto que, de alguma forma também afeta ao meio ambiente. Como compatibilizar o duplo interesse estatal? Seria a ponderação a melhor técnica para estes casos?

O Recurso Especial nº 840.011/PR traz interessante hipótese na qual um lago artificial, integrante de área de preservação ambiental permanente, foi aterrado por determinação de um ente público. Tal comando decorreu do fato de que, após terem sido drenadas as águas do lago, a população passou a despejar resíduos na parte alagadiça, transformando o local num depósito de lixo a céu aberto.

---

<sup>380</sup> Ao revés, parece-nos que prevalece a responsabilidade estatal subjetiva quando decorrente de omissão. Ademais, considerando que a recomposição, neste caso, ocorre com recursos públicos, a sociedade acaba duplamente penalizada: seja pelos danos causados ao meio ambiente por particulares (ainda que com a complacência do ente público omissor), seja pelo aproveitamento econômico obtido por estes ao não arcar com a reparação. Vide a este respeito, tratando de ambas as questões, outro caso interessante de danos causados ao meio ambiente por companhias de extração de carvão, RESP nº 647.493-SC. No caso em pauta, reconheceu-se a solidariedade da União Federal com os particulares demandados, mas expressamente considerou-se tratar de responsabilidade subjetiva: “*RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei. 2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna. 3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia. 4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local. 5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento ‘abuso de direito’; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da disregard doctrine não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação. 6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária. 7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível. 8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Ararangua (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte.”*

Diante da modificação ambiental da situação fática, o risco à saúde da população com a manutenção dos resíduos expostos passou a evidenciar uma nova preocupação ambiental, tornando legítima a determinação do ente público com vistas ao aterramento da área.<sup>381</sup>

A relativização das previsões legais acerca da responsabilidade ambiental do poluidor no caso em tela acaba por demonstrar que a atuação do Estado-administrador no campo do direito ambiental também se reveste de particularidades, nas quais por vezes até mesmo o

---

<sup>381</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp. nº 840.011/PR. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 29/07/2007, DJ de 08/10/2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600597046&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 10 jan. 2010: “*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. BACIA HIDROGRÁFICA ENVOLVIDA PELO DESENVOLVIMENTO URBANO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE. LAGO ARTIFICIAL. DETERMINAÇÃO DE ATERRAMENTO PARCIAL. URBANIZAÇÃO E SANEAMENTO. NECESSIDADE IMPOSTA PELA OCUPAÇÃO HUMANA. MEDIDA DE PROTEÇÃO À SAÚDE DA POPULAÇÃO. PROVA. ALTERAÇÃO AMBIENTAL QUE ATINGIU APENAS PARTE DA BACIA. PREVALÊNCIA DAQUELES VALORES. OPÇÃO ADMINISTRATIVA. CONJUNTURA DE FATO. SÚMULA 07/STJ. OFENSA AO ART. 535, DO CPC. INEXISTÊNCIA. 1. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ. 2. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de ex-prefeito, objetivando a realização de estudo técnico para reparação ou mitigação do impacto ambiental, bem como a condenação dos responsáveis nas despesas decorrentes das providências indicadas no laudo, além da compensação pelos danos não passíveis de reparação, ao fundamento de que o réu, quando prefeito, no ano de 1985, depois de ter determinado a instalação de drenos no Lago Igapó 2, para recolher as águas das nascentes, autorizou que particulares despejassem toda a espécie de resíduos em parte alagadiça, transformando o local num depósito de lixo a céu aberto, mandando, após, recobrir o local com uma camada de 30 centímetros de terra, providenciando, ainda, o estreitamento do leito normal do Ribeirão Cambé. 2. In casu, o Tribunal local analisou a questão sub examine - ocorrência de dano ambiental decorrente do aterramento de parte do Lago Guapó II situado no Município de Londrina - à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado, litteris: ‘(...) No âmbito substancial, a respeitável sentença recorrida deve ser inteiramente preservada. Seu digno e culto prolator realizou uma análise aprofundada e sensata da séria questão em tela, revolvendo cuidadosamente a prova produzida, para concluir, acertadamente, que a administração pública nada mais fez do que exercer seu poder discricionário, dentro do limite da razoabilidade, ao determinar, como opção administrativa, a realização do aterro. Nela foram bem exaltados e sopesados os elementos da instrução que amparam o convencimento de que aquela obra tomou-se inevitável, desde que, a partir da formação artificial do Lago Igapó, em gestão administrativa anterior da Prefeitura, a primitiva e extensa bacia do Ribeirão Cambé e outras nascentes já havia sofrido relevante alteração, em decorrência do represamento das águas, que acarretou a formação da remanescente área de brejo aqui referida. Convém deixar bem enfatizado, pois, que o aterro feito pelo apelado desponta como uma obra complementar e que, supervenientemente, revelou-se necessária, em razão das conseqüência do represamento realizado em administração anterior. Ainda que se trate de uma importante bacia, caracterizada por nascentes, o relatório elaborado pelo Instituto Ambiental do Paraná registrou às fls. 337/337, que: ‘Com o passar do tempo, já na década de 50, devido à exploração mineral e outros impactos, a área foi alterada e degradada pelo uso, tendo perdido suas características naturais. Com a construção de casas na Rua Prol Joaquim de Matos Barreto houve o corte da base da encosta o que provocou o afloramento de algumas nascentes, atualmente conduzidas ao canal norte do aterro. A influência degradatória da presença do homem, portanto, já era bem antiga. [...] como perdurasse o problema do mau cheiro e proliferação de mosquitos, procurou-se alternativas para resolver o problema. Na ocasião houve debate com diversos arquitetos da UEL e, em uma reunião na Prefeitura, [...] foi decidido que a melhor alternativa seria o aterramento do local. Foi também definido que a área deveria ser gramada e arborizada com eucaliptos e destinada a práticas esportivas. [...] Ora, quando foi instituído o Parque Ecológico Linear do Ribeirão Cambé, pelo Decreto n. 369/95, como área de preservação permanente, o aterro já estava implantado, como alternativa de saneamento, para proteger a população. O local foi transformado em extenso parque verde, que se localiza entre os dois lagos (Igapó- I e Igapó- II), preparado pela Administração Municipal como área pública de lazer, largamente freqüentada. Há toda uma conjuntura em que perdeu atualidade e objetividade a discussão sobre o argumento contido na inicial [...] Assim, o Código Florestal, como também a Lei n. 6.938/81, esta já vigente à época dos fatos, notadamente seu art. 18, devem ter sua interpretação temporizada, no contexto do caso, em que a Administração Municipal estava às voltas com o prosseguimento de um projeto cuja execução fora iniciada anteriormente com a criação artificial do Lago Igapó, da qual já havia decorrido o impacto ambiental que tudo faz crer, resultou na formação do brejo, e as conseqüências da ocupação humana dos setores marginais, com todas as suas repercussões negativas. [...] Em suma, porque irretocável, deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais se somam os aqui expendidos, a respeitável sentença recorrida, que concluiu pela improcedência do pleito deduzido nesta ação civil pública por danos ao meio ambiente. [...]’4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.”*

interesse público entra em conflito com o interesse social de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

O balizamento de tais questões pelo Estado-juiz, nestas situações sensíveis, não deve limitar-se apenas a substituir a vontade da Administração Pública, mas deve considerar a relevância dos valores tutelados, muitas vezes de igual peso ou importância, buscando-se uma solução que se adéque tanto ao interesse público quanto ao interesse da coletividade.

## PARTE IV – Conclusões

### 9 SISTEMATIZAÇÃO DO ESTUDO

Considerando a diversidade e complexidade das questões tratadas ao longo do estudo, parece-nos relevante sistematizá-las em proposições, possibilitando uma visualização um pouco mais objetiva dos principais pontos abordados:

- 1) Para se entender o movimento em direção aos litígios de grupo, a concepção da evolução do Estado e da postura dos Tribunais afigura-se relevante. O Estado Liberal, voltado para o desenvolvimento industrial e as relações privadas, com um Tribunal restrito a intervir apenas retroativamente nas situações que lhe são apresentadas, cede espaço aos movimentos sociais contra a desigualdade e ao Estado-Providência, voltado para o bem estar social e para a realização concreta de direitos sociais e econômicos. Por outro lado, o excesso de obrigações prestacionais também acaba responsável pelo seu declínio, advindo o Estado Democrático de Direito, no qual o estudo dos direitos humanos e de garantias mínimas aos cidadãos passa a se destacar;
- 2) Esta nova concepção também reflete a incapacidade dos Tribunais em atender às novas demandas sociais, seja pela explosão de litígios decorrentes de relações de massa, seja pela dificuldade de se exigir de Estados economicamente frágeis prestações positivas que, necessariamente, implicam previsões orçamentárias. Ademais, o descompasso entre o desenvolvimento social e as alterações legislativas e jurisprudenciais reflete a necessidade de novos instrumentos de tutela;
- 3) No Brasil, a evolução do direito coletivo aparenta iniciar-se com os dissídios coletivos do direito do trabalho. Ademais, a Constituição de 1934 previa a possibilidade de declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, o que foi repetido na Carta de 1946, além da previsão em leis extravagantes (como a Lei nº 1.134/50 e a Lei nº 4.215/63 – Estatuto da OAB) da possibilidade de se litigar em grupos associativos de classe. O advento da Lei nº 4.717/65 trouxe amplitude à ação popular, seguindo o crescimento da tutela coletiva com a Lei nº 7.347/85, e, sem dúvida alguma, com a Constituição da República de 1988. Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) trouxe o que para alguns seria um microsistema de tutela coletiva, evidenciando o desenvolvimento legislativo do tema no país;

- 4) Como perspectivas atuais, Comissão constituída por juristas tentou remodelar a ação civil pública, o que levou ao encaminhamento do Projeto de Lei nº 5.139/2009 às Casas Legislativas. No entanto, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, por maioria, rejeitou o projeto. Em paralelo, também foi constituída Comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto para o Novo Código de Processo Civil, ainda a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Com relação à tutela coletiva de direitos, a previsão é apenas de um incidente de coletividade, que buscará dar solução uniforme a demandas de massa que versem sobre o mesmo tema, suspendendo-se as ações idênticas até a prolação da decisão paradigma;
- 5) A distinção dos direitos coletivos, apesar de complexa, mostra-se necessária para que se verifique o provimento jurisdicional mais adequado à tutela do direito envolvido. Neste sentido, apesar das ressalvas de que interesses e direitos não se confundem, a ampliação do espectro da tutela coletiva mostra que a diferenciação não é tão relevante, diante de uma concepção mais larga de direito subjetivo que abrange aquilo que outrora seria um mero interesse. Ainda assim, não se confundem o interesse individual e o interesse coletivo, apesar de o interesse social e o interesse público por vezes se confundirem, e por vezes até entrarem em choque, demandando cautela nesta apreciação;
- 6) O Código de Defesa do Consumidor expressamente consagrou no artigo 81 a tripartição dos direitos coletivos *lato sensu* em direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Como critérios distintivos, utilizou a titularidade do direito material (determinação ou indeterminação dos sujeitos), o objetivo (divisibilidade ou indivisibilidade do direito), e a origem (origem comum, relação jurídica ou circunstância fática). Deste modo, os chamados direitos transindividuais são aqueles indivisíveis, e que apresentam dificuldade na determinação de seus titulares, ao passo que os direitos individuais homogêneos seriam aqueles em que a identificação dos seus titulares é possível, assim como a divisibilidade do direito (que, além disso, reveste-se de uma relevância social capaz de ensejar a sua tutela em conjunto);
- 7) Originária das *class actions for damages* norte-americanas, a concepção de direitos individuais homogêneos sofre algumas críticas por aqueles que sustentam se estar, em verdade, diante de uma tutela coletiva de direitos individuais, e não propriamente diante de direitos coletivos. Tal distinção refletiria nos instrumentos processuais mais adequados para sua tutela, até porque, inobstante as remissões recíprocas entre a Lei nº 7.347/85 e a Lei nº 8.078/90, é possível identificar particularidades entre a ação civil pública e a ação civil coletiva do diploma consumerista, situação que mereceria maior reflexão sobre os benefícios

e possíveis conseqüências de se generalizar os instrumentos de tutela dos direitos transindividuais e dos direitos individuais homogêneos;

**8)** Em vigor há 25 anos, e com um potencial expansivo significativo no ordenamento, a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, merece um estudo atento acerca da evolução de sua interpretação ao longo destes anos de existência, notadamente por conta do próprio desenvolvimento social, doutrinário, e jurisprudencial acerca da tutela coletiva. Com relação à titularidade para sua utilização, a previsão de legitimados extraordinários, para, em regime de substituição processual, buscar a satisfação dos direitos coletivos, apesar de relativamente ampla, na prática tem evidenciado maior atuação do Ministério Público, seja por conta de uma melhor estrutura para proporcionar uma atuação judicial adequada, seja pelos poderes requisitórios que a lei lhe confere (além, é claro, da possibilidade de celebração de ajustamento de conduta com os supostos responsáveis pelas lesões ou riscos de lesão a direitos coletivos, bem como a promoção do inquérito civil como instrumento preparatório à propositura da ação). Os entes públicos, apesar de em alguns casos exercerem a legitimação ordinária na tutela de seu patrimônio, também se mostram tímidos na utilização deste instrumento processual, e, ao revés, são freqüentemente integrantes do pólo passivo das ações civis públicas como supostos responsáveis pela violação a direitos da coletividade;

**9)** Especificamente quanto à atuação do Ministério Público, é forçoso reconhecer que a evolução legislativa e constitucional ampliou sensivelmente a importância da Instituição na tutela dos direitos transindividuais e individuais (tanto homogêneos quanto indisponíveis). O conjunto infraconstitucional formado pela Lei nº 7.347/85, pela Lei nº 8.078/90 e pela Lei nº 8.625/93, bem como as disposições constitucionais, justificam uma extensa legitimidade de atuação. Entretanto, em sede de direitos individuais, sua atuação supletiva, de modo a não inibir o titular do direito de buscar por vias próprias a satisfação de seu direito parece mais adequada, além do que, mesmo na tutela de direitos transindividuais, a adequação dos pedidos formulados, a demonstração de efetiva urgência, e a ciência de que há limites mesmo quando há um poder-dever de atuação são peculiaridades relevantes para se evitar uma violação tanto ao princípio da separação de poderes quanto à legitimidade democrática de atuação do órgão;

**10)** Alterações promovidas na Lei nº 7.347/85 ampliaram seu objeto, sendo certo que a admissão doutrinária e jurisprudencial dos mais variados provimentos jurisdicionais na ação civil pública tornaram o instituto largamente utilizado, o que não afasta o dever de apreciar a questão do objeto e do pedido nestas ações. A ampliação de seu objeto no curso da demanda, e a admissão de pedidos extremamente complexos (por vezes sem previsão no ordenamento) são questões que merecem reflexão, principalmente para se verificar se a tutela dos direitos

coletivos pode ser ampliada e modificada durante a relação processual, por vezes desvirtuando sensivelmente o objeto inicial, ou se as regras processuais e o devido processo legal devem ser observados rigidamente;

**11)** Diante do posicionamento daqueles que sustentam uma ampla interpretação da possibilidade jurídica do pedido (de modo a englobar tudo o que não for vedado ao ordenamento), surge, no campo das políticas públicas, o debate acerca da legitimidade para realização das melhores escolhas para sua implementação. Em outras palavras, não há como se garantir que um provimento jurisdicional reconhecendo uma escolha que não tenha expressa previsão legal trará ao plano prático uma situação mais vantajosa do que aquela inicialmente pretendida pela Administração Pública. Assim, os litígios coletivos demandam extrema cautela em sua análise, ainda mais ao se considerar que a ampliação do provimentos admissíveis já possibilita uma tutela quase que exaustiva das mais diversas situações;

**12)** Por outro lado, a fundamentalidade de alguns direitos envolvidos impõe muitas vezes uma intervenção judicial não apenas necessária, como também urgente, sob pena inclusive de perecimento do direito. Deste modo, diversos são os instrumentos capazes de assegurar um provimento antecipatório na ação civil pública, seja através da ação cautelar e da medida liminar (expressamente contemplados na Lei nº 7.347/85), seja através da antecipação de tutela e do poder geral de cautela, previstos no diploma processual civil;

**13)** Tratando-se, entretanto, de litígios que envolvam os entes públicos, a observância ao artigo 2º da Lei nº 8.437/92, que prevê a manifestação prévia da Fazenda Pública antes do julgador apreciar o pleito liminar, é medida que se impõe não só como prerrogativa estatal (por conta da presunção de legalidade e legitimidade de seus atos), mas pelo próprio fato de que os elementos trazidos com a manifestação prévia podem influenciar sobremaneira o convencimento preliminar do juízo, muitas vezes demonstrando até um *periculum in mora inverso*. Nos dias atuais, a celeridade dos meios de comunicação não justifica o descumprimento do dispositivo legal ao argumento de urgência do caso concreto, sendo mais razoável a fixação de um prazo inferior às 72 horas legais do que a ignorância do dispositivo;

**14)** Exatamente pela existência de situações em que o provimento jurisdicional pode se afigurar temerário à ordem pública e a outros valores de elevado interesse público, é previsto no ordenamento o anômalo instituto da suspensão de execução de decisão liminar (ou suspensão de segurança), apreciado pelo Presidente do Tribunal ao qual caberia o julgamento do recurso contra a decisão. Pelo seu viés hierárquico e pelas conseqüências que esta suspensão traz à causa (vigorando até o trânsito em julgado da decisão proferida na ação principal), deve o instituto ser utilizado *cum grano salis* e de modo excepcional, apesar de ser

um dos mecanismos processuais manejado pelos entes públicos para suspender decisões teratológicas que impõem ônus excessivo à Administração sem um cotejo prudente do caso concreto;

**15)** No que tange à fase instrutória da ação civil pública, não há como deixar de ressaltar a importância do inquérito civil como meio de prova. A sua relevância, entretanto, não permite que esta seja a única prova dos autos, sem a oportunização do contraditório e da ampla defesa à outra parte, bem como não afasta a realização de perícia, quando o caso impuser. Neste particular, a previsão legal expressa de pagamento de honorários periciais ao final da causa vem sendo relativizada pela doutrina e pela jurisprudência, de modo a não estagnar o curso do processo, nem levar à não produção desta prova;

**16)** Diante da constatação de que na ação civil pública são admitidos provimentos jurisdicionais das mais diversas naturezas como forma de se assegurar a tutela coletiva, o ordenamento dispõe de diversos mecanismos para que se promova a efetivação tanto dos provimentos antecipatórios quanto das decisões finais. Se outrora havia uma tendência à resolução em perdas e danos, a própria relevância dos direitos coletivos impõe, sempre que possível, a busca pela prevenção do dano. Não sendo esta possível, procura-se assegurar a tutela específica, ou ainda o resultado prático equivalente, relegando-se ao último plano a mera reparação pecuniária;

**17)** Deste modo, identifica-se medidas de coerção e de sub-rogação para se efetivar a execução ou o cumprimento de decisões judiciais. A fixação de astreintes pode ser considerada a medida mais utilizada, porém nem sempre efetiva. Considerando que em alguns casos uma análise econômica feita pelo descumpridor da decisão acaba incentivando-o a continuar inerte, a fixação de valores astronômicos ou prazos de cumprimento irrazoáveis acaba promovendo o efeito inverso, despiando a medida de credibilidade;

**18)** Quanto à utilização destas medidas em face de entes públicos, nota-se um substancial crescimento da utilização do bloqueio de verbas públicas como provimento sub-rogatório de satisfação do resultado prático equivalente. O perigo da medida está na sua proliferação sem o devido cuidado com a fiscalização e a prestação de contas dos recursos utilizados para se obter o resultado equivalente. Assim, se já seria questionável a medida diante da previsão constitucional do artigo 100, com muito mais razão a inobservância do artigo 70, parágrafo único do Texto Maior de 1988 afigura-se temerária, tanto pelo julgador que determinou a medida, quanto pelo particular destinatário dos recursos que deixou de comprovar sua aplicação com vistas à satisfação material da demanda;

**19)** Ademais, outras medidas coercitivas um tanto quanto questionáveis não raro são utilizadas para compelir os agentes públicos ao cumprimento de decisões, como a fixação de multa pessoal e a ameaça de caracterização de crime de desobediência. Quanto a este último aspecto, o entendimento jurisprudencial é pela impossibilidade de estipulação pelo juízo cível de qualquer restrição à liberdade individual que não sejam as hipóteses de prisão civil expressamente consignadas na Constituição da República, sendo certo que a apuração de eventual crime de responsabilidade deve seguir o trâmite penal;

**20)** No que diz respeito à liquidação e execução de sentenças prolatadas em sede de ação civil pública, a identificação do procedimento mais adequado decorre da análise das disposições tanto do Código de Processo Civil quanto do Código de Defesa do Consumidor, já que poucas são as diretrizes traçadas pela Lei nº 7.347/85. A ausência de um procedimento próprio de liquidação e execução para a tutela coletiva acaba expondo as deficiências da execução do processo civil comum;

**21)** De todo modo, a liquidação e a execução de direitos individuais homogêneos apresenta particularidades, como a possibilidade de atuação da vítima, de seus sucessores ou dos legitimados extraordinários. É previsto o instituto do *fluid recovery* como forma de se promover a integral reparação dos danos nas obrigações pecuniárias. Quanto aos direitos difusos e coletivos propriamente ditos, utilizam-se as disposições da tutela específica prevista no Código de Processo Civil (artigos 461 e 461-A) para obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Com relação as obrigações pecuniárias, recorre-se das previsões para o cumprimento de sentença dos artigos 475-I a 475-R;

**22)** Adentrando na Parte II do estudo, constata-se que, se no início do trabalho foi visto um Estado Liberal no qual prevalecia uma conduta dos Tribunais pautada na legalidade, com prevalência do Poder Legislativo, atualmente o panorama aponta para um crescimento de importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. No Brasil, o advento da Carta Política de 1988 marcou sensivelmente este fenômeno, trazendo ao Estado-juiz garantias como a autonomia administrativa e financeira, a independência funcional e a inamovibilidade e vitaliciedade de seus membros. Entretanto, discussões acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para apreciar algumas questões remanescem, e decorrem de um fenômeno mais amplo: a judicialização da política, a politização da justiça e o ativismo judicial;

**23)** Estudos iniciais deste fenômeno identificaram que a queda de regimes totalitários e a influência norte-americana na redemocratização de alguns ordenamentos influenciou a formação de Estados de Direito pautados num Poder Judiciário forte. A proteção a direitos

fundamentais passou a repercutir num dúplice movimento: procedimentos tipicamente judiciais passaram a ser incorporados pelas instâncias políticas, enquanto temas sensíveis envolvendo questões originariamente políticas passaram a ser levados às Cortes Judiciais. Surgem os fenômenos da judicialização da política e da politização da justiça;

**24)** Como fatores de favorecimento para a expansão da atividade jurisdicional, são identificadas: a existência de uma democracia fundada na separação de poderes; a existência de uma política de direitos (com uma declaração de direitos fundamentais no próprio texto constitucional); a percepção de grupos de interesses da sociedade quanto à reputação de administradores públicos e legisladores; e a delegação implícita de questões sensíveis às Cortes pelas instituições majoritárias;

**25)** No Brasil, o tímido movimento de judicialização iniciado pouco tempo após a Constituição da República de 1988, no qual os Tribunais ainda eram refratários a adentrar na apreciação de questões políticas, hoje se mostra num plano ascendente. Questões sensíveis envolvendo prestações estatais positivas, direitos fundamentais e a tutela de direitos coletivos em diversos campos (como a saúde, segurança pública, educação, infância e juventude, meio ambiente, consumo, dentre outros) retratam com clareza a realidade de uma nova postura do Estado-juiz. O desafio está em saber o grau de intensidade desta participação, e como legitimá-la nos provimentos jurisdicionais;

**26)** Conceitualmente, relevante distinguir as três particularidades do fenômeno identificado. Assim, judicialização da política seria o movimento de absorção pelas arenas políticas de procedimentos tipicamente judiciais; politização da justiça seria a apreciação pelos Tribunais de questões originariamente afetas às instituições majoritárias; e ativismo judicial seria a conduta proativa do julgador em interpretar o texto constitucional e os institutos jurídicos, projetando suas decisões para além dos autos em que estariam confinadas. Não seria de modo algum um julgamento *extra* ou *ultra petita*, mas sim uma releitura do direito à luz de sua função social e à luz de valores fundamentais do ordenamento;

**27)** A idéia de discricionariedade inicialmente estava atrelada à concentração de poderes nas mãos de um único governante. Confundiam-se arbítrio e discricionariedade, surgindo daí a concepção de que caberia ao poder deter o poder. A tripartição de poderes desponta como forma de equilibrar o Estado. Por outro lado, o desenvolvimento de relações sociais dinâmicas também passou a demandar atos de governo mais céleres. Como dito, a dificuldade das leis em acompanhar as situações concretas evidenciou com mais clareza que as escolhas públicas não são necessariamente arbitrárias, e que em alguns contextos são necessárias para uma atuação mais célere: surge a discricionariedade administrativa;

**28)** Muito ligada à questão da conveniência e da oportunidade, por longo tempo sustentou-se que a discricionariedade administrativa estaria inserida na esfera de insindicabilidade pelo Poder Judiciário dos atos emanados pelo Estado-administrador. Entretanto, o desvirtuamento desta idéia, notadamente num contexto de má gestão de recursos públicos, corrupção e omissão estatal em áreas fundamentais, trouxe um novo debate acerca dos limites que tangenciariam o exercício desta atribuição. Além de se sustentar que se trataria de um poder-dever de adotar dentre várias sempre a melhor solução (o que em certos casos concretos é difícil de se aferir), passou-se a debater um movimento inverso de incremento do controle externo dos atos da Administração, com decréscimo da liberdade do administrador para realizar escolhas;

**29)** Modificando-se o entendimento para se admitir o controle jurisdicional dos atos discricionários, ainda assim surge outra questão: admitir-se-ia apenas o controle de aspectos restritos à legalidade, ou seria possível adentrar no mérito administrativo? Em que pese argumentar-se que a apreciação jurisdicional estaria restrita a aspectos objetivos dos atos administrativos, a crescente interpretação do princípio da razoabilidade no ordenamento, somada à utilização de técnicas de ponderação de interesses demonstram que é uma realidade o amplo controle jurisdicional das atividades do Estado-administrador. No campo das políticas públicas, então, que em sua grande maioria está relacionado com valores fundamentais, esta intervenção entre os Poderes é ainda mais clara;

**30)** As políticas públicas podem ser vistas como instrumentos de execução de programas políticos que têm por fim último proporcionar condições de convívio mais adequadas aos cidadãos. Mesclam-se os objetivos governamentais (interesses da Administração Pública que, ainda assim, podem ser considerados interesse público) e necessidades sociais (a dimensão social do interesse público, sob o aspecto da coletividade), o que não exime a existência de situações de conflito entre tais interesses;

**31)** Nas situações de choque envolvendo políticas públicas, percebe-se que o campo de sindicabilidade pelo Poder Judiciário de escolhas equivocadas ou omissões da Administração Pública na consecução das finalidades públicas volta-se para a implementação (ou execução) de políticas já formuladas. Ademais, a tênue aproximação das políticas públicas com os direitos fundamentais (em que pese nosso entendimento de que esta relação nem sempre ocorre de modo imediato, mas casos há em que a correspondência é mediata) também acaba por legitimar a intervenção jurisdicional;

**32)** Argumentos pautados na teoria da “reserva do possível” só vêm sendo acolhidos pelos Tribunais quando o ente público demonstra concretamente a insuficiência de recursos

para arcar com determinada política pública. Ainda assim, o raciocínio só se reveste de sensibilidade quando o caso concreto não aponta para falta de planejamento prévio na formulação da política, ou para escolhas equivocadas que levaram à destinação de recursos para outra área, em detrimento daquela na qual se constatou a omissão estatal. Em outras palavras, a tentativa de entes públicos de eximirem-se de responsabilidade com justificativas vazias sobre a separação de poderes e a reserva orçamentária não encontram respaldo quando ausentes provas concretas de uma omissão não intencional;

**33)** Ordinariamente, a legitimidade para formulação de políticas seria do Parlamento (quanto à produção legislativa) e do Poder Executivo (para traçar diretrizes prévias à execução), ao passo que a este último também incumbiria a sua execução. Por outro lado, omissões capazes de colocar em risco direitos fundamentais, ainda que por estratégia política, não vem sendo toleradas no ordenamento. O histórico de má administração de recursos públicos e corrupção levou a uma situação de intolerância, na qual o que outrora se considerava uma opção discricionária da Administração Pública, hoje é vista como exercício ilegítimo de efetivação das políticas, possibilitando-se o controle jurisdicional;

**34)** Assim, não se discute a possibilidade do exercício de controle jurisdicional das políticas públicas, mas há dúvidas acerca de sua possibilidade para toda e qualquer hipótese. A tentativa de se estabelecer critérios passa, por exemplo: pelo incremento de integração entre os três Poderes e mesmo o Ministério Público; pelo maior conhecimento do objeto da política pública a ser implementada, bem como suas diretrizes; pela tentativa de solução extrajudicial do conflito (com o fomento à realização de compromissos de ajustamento de conduta), não através de intimidação, mas sim buscando-se soluções voltadas para o melhor atendimento das finalidades públicas;

**35)** Admitida a sindicabilidade de temas originariamente afetos à política pelo Estado-juiz, cumpre estudar se ao julgador também é conferida certa margem de escolha, e em que medida os caminhos por ele adotados podem ser considerados legítimos e melhores do que os inicialmente escolhidos pela Administração. Passa-se a debater, pois, a possível existência de uma discricionariedade judicial;

**36)** As distinções entre discricionariedade administrativa e judicial, assim como discricionariedade decisória (voltada para o ato judicial de decisão) e cognitiva (analisada sob o prisma da inteligência do julgador), auxiliam no debate acerca da possibilidade de o Estado-juiz criar soluções ao realizar a cognição, ou mesmo, diante de soluções existentes, ele próprio efetuar escolhas legitimamente;

**37)** Com relação aos poderes criativos do juiz, a discussão não é recente. Enquanto H.L.A. Hart sustentava esta possibilidade (na medida em que ao julgador não seria facultado deixar o caso concreto sem solução, ainda que o direito não a tenha previsto), para Ronald Dworkin ao juiz não seria possível criar o direito: deveria solucionar casos não previstos no ordenamento através da utilização de argumentos de política ou argumentos de princípio. Dworkin desenvolve uma teoria de princípios que atualmente vem sendo amplamente aplicada, mas o mérito dos debates está em reforçar a importância da argumentação jurídica nas decisões judiciais, de modo a se justificar uma atuação extraordinária daqueles que, originariamente, não deveriam apreciar certos temas;

**38)** Além do célebre embate acadêmico, outros posicionamentos também evidenciam a relevância da discussão. Mauro Cappelletti reconhece que a interpretação do direito legislativo pelos julgadores é revestida de certo grau de criatividade, o que não implicaria reconhecer uma total liberdade ao intérprete. Outros autores como a professora Teresa Wambier, afastam a idéia de discricionariedade judicial, aduzindo que ao julgador não seriam conferidos os juízos de conveniência e oportunidade, além do que a eventual criatividade do intérprete ao apreciar o caso concreto seria ínsita ao próprio processo intelectual e interpretativo do direito, não configurando uma situação de excepcional discricionariedade;

**39)** O suposto déficit de legitimidade democrática na atuação do Estado-juiz pode ser justificado através da utilização da teoria da argumentação e do discurso, fundamentando-se as decisões judiciais de modo claro e preciso quanto à excepcionalidade da intervenção ante as particularidades do caso concreto. Tanto no campo dos direitos fundamentais quanto no campo das políticas públicas, o incremento desta participação traz consigo grande responsabilidade argumentativa: mesmo com a utilização do princípio da razoabilidade e das técnicas de ponderação deve-se explicitar de forma clara que a apreciação de temas originariamente afetos às arenas políticas decorre de uma insustentável situação de violação à democracia, mais intensa que uma possível quebra da separação de poderes;

**40)** A não observância destas cautelas na apreciação de temas sensíveis pelo julgador pode acabar apenas “transferindo” de Poderes uma situação de arbitrariedade, o que também seria insustentável. Decisões mal fundamentadas ou baseadas em conjunto probatório unilateral evidenciarão situações tão gravosas quanto as omissões ou abusos da Administração Pública, o que igualmente demandaria correção através dos recursos próprios para tanto;

**41)** Um dos fatores que contribui para a ausência de fundamentação e argumentação adequada nas decisões judiciais está no pouco conhecimento dos julgadores acerca dos trâmites administrativos relacionados à implementação de políticas públicas. Como soluções

para esta situação (que reforça a posição dos defensores da falta de legitimidade democrática do Estado-juiz para apreciação destas questões sensíveis), estariam tanto a especialização dos Magistrados que lidam com os chamados “casos difíceis” quanto a fixação de limites ou critérios para a apreciação dos litígios nos quais a margem de escolha do julgador pudesse levar a caminhos contestáveis. Além disso, uma aproximação entre Estado-juiz e Estado-administrador de modo que o julgador pudesse visualizar as conseqüências globais de sua decisão (e não apenas aquela restrita a uma situação particular) também minimizaria os questionamentos acerca do tema;

**42)** Para ilustrar a dimensão atual do debate, optou-se por escolher campos em que a sensibilidade das questões tratadas poderia levar tanto à constatação de uma necessária intervenção do Estado-juiz, quanto situações limítrofes à abusividade e violação à separação de poderes. Em que pese a relevância de campos como o da segurança pública, das relações de consumo e da proteção à infância e juventude, as questões relacionadas ao direito à saúde, ao direito à educação e ao meio ambiente, no que tange à implementação de políticas públicas, pareceu retratar com clareza os argumentos expostos ao longo do estudo;

**43)** No que tange ao direito à saúde, o tratamento constitucional da questão evolui de meras prescrições programáticas à imposição de prestações positivas pelos entes públicos, notadamente pela relação tênue com a dignidade da pessoa humana. Ademais, a fundamentalidade deste direito como condição para a própria garantia do mínimo existencial reflete a impossibilidade de o Estado-juiz ficar alheio aos casos concretos que a ele são levados;

**44)** A questão do fornecimento de medicamentos e de procedimentos cirúrgicos de internação, amplamente acolhidas pela doutrina e jurisprudência como um dever estatal de atuação positiva, não pode deixar de ser vista sob um outro ângulo, no qual cidadãos que não buscam a tutela jurisdicional acabem em situação mais desfavorável do que aqueles que exercem seu direito de acesso à justiça. Uma visão global da questão afigura-se necessária não só para universalizar o direito à saúde, como ainda para não acentuar as situações de desigualdade. Já com relação à construção de hospitais e unidades de saúde, a proximidade apenas mediata desta política pública com o direito fundamental à saúde impõe uma intervenção menos acentuada do Poder Judiciário, sob pena de afronta à separação de poderes;

**45)** Como desdobramento atual das questões envolvendo a saúde, a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal demonstrou uma preocupação do ordenamento e da sociedade com o tema, mostrando um amadurecimento das instituições democráticas no país

nunca antes visto em grau tão acentuado. Decisões posteriores ressaltando a necessidade de critérios e a ponderação do Estado-juiz para que não haja intromissão indevida trazem esperançosas perspectivas de futuro;

**46)** Também com relação ao direito à educação, os debates acerca da natureza programática ou auto-executiva das previsões constitucionais refletem na tutela jurisdicional do tema. Se o histórico precedente do reajuste de mensalidades escolares já evidenciava a complexidade de sistematização dos direitos coletivos (e, conseqüentemente, a legitimidade para sua tutela), outros provimentos voltados para este direito social (como a matrícula de crianças em creches) suscitam a análise acerca da compatibilização entre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. Em contrapartida, a concepção da educação como uma política pública, especificamente no que tange à construção de creches ou escolas, ainda evidencia que a intervenção do Poder Judiciário na implementação pela Administração Pública de projetos que dependem de planejamento, reserva orçamentária, procedimento licitatório e outras particularidades típicas da atividade administrativa, deve ser vista *cum grano salis*;

**47)** Por fim, no campo do direito ambiental, pode-se identificar situações de omissão estatal no exercício do poder de polícia ambiental, divergências de entendimento em questões de licenciamento ambiental, bem como conflito entre direitos de índole igualmente fundamental na implementação de políticas públicas específicas, que de algum modo interfiram no meio ambiente. A concepção do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental também traz conseqüências diretamente ligadas à judicialização de tais questões, mas aspectos técnicos que envolvem a Administração Pública (como o ente responsável pelo licenciamento, a interpretação acerca do efetivo potencial poluidor de atividades, as medidas compensatórias ou reparadoras mais adequadas para um caso concreto) não podem ser desconsiderados no curso da relação processual, sob pena de mais uma vez a questão da legitimidade dos provimentos jurisdicionais (e, neste caso, por conta de filigranas não meramente interpretativas, mas de caráter técnico) vir a ser questionada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando às linhas finais do presente trabalho, imperioso tecer algumas considerações conclusivas acerca das questões tratadas. Muito longe de trazer soluções imediatas para as diversas controvérsias que revestem a utilização da ação civil pública para controle da implementação de políticas públicas, o principal objetivo do estudo foi suscitar a reflexão.

Neste particular, pode-se destacar que o principal mérito da Lei nº 7.347/85 ao longo destes 25 anos de existência foi proporcionar um incremento da participação do Estado-juiz em questões fundamentais para o desenvolvimento da própria sociedade. Se ao tempo do nascimento do diploma legal a importância do Poder Judiciário para a implementação de políticas governamentais e para a efetivação de direitos fundamentais ainda se mostrava tímida, o crescimento de sua atuação, pela dimensão alcançada, demanda o amadurecimento de alguns pontos que não estão expressamente previstos na lei, notadamente porque as relações sociais contemporâneas apontam para a necessidade de novas disposições legais.

O primeiro deles relaciona-se com a identificação do instrumento processual mais adequado para o tipo de tutela jurisdicional pretendida, de acordo com a espécie de direitos coletivos do caso concreto. Como exposto durante o tratamento do tema, posicionamo-nos na linha do professor Teori Albino Zavascki, no sentido de não ser adequada a generalização da tutela coletiva, sob o único rótulo de ação civil pública, para toda e qualquer situação.

As particularidades dos direitos individuais homogêneos, por exemplo, como a própria previsão atual do Código de Defesa do Consumidor evidencia, demandam um procedimento próprio, com contornos ligeiramente diversos do trato judicial dos interesses difusos e coletivos propriamente ditos. Não consideramos nenhum absurdo sustentar que, em eventual modificação legislativa (como se vem tentando consolidar o direito coletivo num único diploma legal), haja previsão de um procedimento específico e distinto para a tutela coletiva de direitos individuais, com sutilezas que não se aplicariam aos direitos transindividuais.

Apenas a título exemplificativo: será que a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido a qualquer tempo, em se tratando de direitos individuais homogêneos, seria uma possibilidade benéfica, considerando que a mutação no tempo e no espaço não é característica desta espécie de direitos? Será que tal peculiaridade não poderia levar à demora da prestação jurisdicional, em contraposição à própria necessidade de provimentos céleres e um processo com duração razoável, pela relevância social que reveste tais direitos?

Como sustentamos a todo tempo, vemos *cum grano salis* a tendência de generalização dos institutos, de modo a ampliar tanto quanto possível a sua tutela. Partindo da premissa de que a sensibilidade dos temas tratados pela tutela coletiva muitas vezes leva ao Poder Judiciário questões que originariamente não lhe seriam afetas, parece-nos que a existência de dispositivos legais mais específicos e claros sobre a relação processual nestas demandas, ao invés de “engessar” o julgador, em verdade revestiria de maior legitimidade a sua atuação. Na medida em que as Casas Legislativas reconheçam a importância de atuação do Estado-juiz na efetivação de direitos coletivos, perdem força os questionamentos sobre o suposto déficit de legitimidade democrática, até mesmo porque a sociedade aponta para um reconhecimento do Poder Judiciário como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.

Por outro lado, considerando que este reconhecimento não é algo pacífico (pois importa na admissão, pelos demais Poderes, de um controle externo de seus atos cada vez mais intenso), cabe aos estudiosos do tema refletir sobre os melhores caminhos para se tentar compatibilizar os anseios sociais por um procedimento de tutela coletiva mais amplo e ao mesmo tempo mais específico, e os receios dos Poderes Executivo e Legislativo acerca da expansão da atividade jurisdicional.

Já com relação ao que chamam alguns de discricionariedade judicial, pensamos que não há como negar a existência de uma margem de escolha, pelo julgador, ao apreciar determinadas questões. Se partirmos da premissa de que o conceito de discricionariedade estaria sempre ligado a juízos de conveniência e oportunidade, não seria possível utilizar a expressão diante da atuação do Estado-juiz. De todo modo, não parece haver dúvidas de que ao julgador, no seu processo intelectual, situações há em que a escolha de caminhos diversos pode trazer conseqüências igualmente distintas.

A preocupação maior, ao nosso sentir, especificamente quanto aos temas tratados no trabalho, deve estar focada no fato de que o Magistrado não pode desconsiderar a legitimidade do Estado-administrador na implementação de políticas públicas, nem deixar que a ampliação de seu processo intelectual se constitua em instrumento de arbítrio pelo Estado-juiz (o que apenas transmudaria o arbítrio entre Poderes, mantendo-o no próprio Estado, mas em desfavor da sociedade), razão pela qual a fixação de limites que permitam uma intervenção legítima e fundamentadamente democrática não pode ser desconsiderada.

Também com relação à atuação do Ministério Público, não há dúvidas de que sua participação nas ações civis públicas possibilitou a efetivação de grande parte dos direitos coletivos. Entretanto, também nos parece necessário que sejam fixados critérios para uma atuação harmônica com a separação de Poderes do ordenamento pátrio.

Ainda que não tenha explicitamente *status* de Poder, o exercício de controle dos entes públicos que a Instituição realiza sob o manto de guardião da sociedade não pode se afastar de limites e de uma legitimidade condizente com o Estado Democrático de Direito. Do contrário, no mesmo sentido do raciocínio anterior, transmudar-se-ia o *Parquet* em apenas mais um órgão revestido de atuações arbitrárias, desvirtuando-se de sua própria missão institucional.

Especificamente com relação às questões processuais da ação civil pública, ao nosso sentir a jurisprudência evoluiu bastante na apreciação dos mais variados temas, demonstrando que a ausência de uma alteração legislativa imediata e substancial não traz consigo o risco de graves distorções no ordenamento. Em outras palavras, o posicionamento dos Tribunais com relação aos temas tratados no trabalho vem acompanhando as necessidades sociais atuais, e demonstrando que a falta de dispositivos legais expressos para algumas questões não tem obstado a efetivação de direitos, principalmente os fundamentais. A sensibilidade de compreender as dificuldades da Administração Pública, no campo da implementação das políticas públicas, não passa despercebida pelas Cortes, muito embora caiba aos entes públicos demonstrar concretamente seus percalços, e não reiterar argumentações jurídicas que, em conflito com direitos fundamentais, acabam sendo facilmente rechaçadas.

Uma solução intermediária que levaria à minimização de litígios e à efetivação de políticas públicas sociais estaria numa maior integração entre os Poderes para a consecução das finalidades públicas. Na linha do que foi sustentado, a visão global do ordenamento não pode ser desconsiderada pelos julgadores, e as audiências públicas sobre temas sensíveis já são um reflexo desta preocupação de visão macro das necessidades sociais. O estabelecimento de parcerias governamentais, com a colaboração da sociedade civil, e rígida fiscalização dos órgãos jurisdicionais e do Ministério Público podem trazer soluções “pré-judiciais”, de modo que a ação civil pública acabe sendo utilizada também para a análise global de questões, e não para tutelar particularidades de uma ou outra situação concreta.

A partir do momento em que as dificuldades na efetivação dos direitos coletivos, no plano das políticas públicas, sejam vistas como um problema do Estado, e não apenas da Administração Pública, o advento de soluções conjuntas entre os três Poderes e demais órgãos podem evitar a proliferação de ações em que os entes públicos figurem como réus, e, diante da própria complexidade dos litígios, eternizem seu desfecho com os mais variados incidentes processuais. Este não é o caminho desejável para um ordenamento que, ao longo dos anos, demonstra um grande amadurecimento democrático, e que, com a colaboração dos estudiosos do direito e dos Tribunais, vem incrementando intensamente a efetivação de direitos fundamentais.

**BIBLIOGRAFIA**

ACKEL FILHO, Diomar. *Discricionariedade administrativa e ação civil pública*. In Revista dos Tribunais. n. 657. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo* (Tradução de Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *El concepto y La Validez Del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALONSO JR, Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*. In MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais*. In MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *Prova Pericial*. In MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Revista dos Tribunais, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e a política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro*. In *Temas de Direito Processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *Julgamento e ônus da prova*. In *Temas de Direito Processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Reformas Processuais e Poderes do Juiz*, in Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Doutrina e Jurisprudência. n. 56. jul/set. Rio de Janeiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. In *Temas de Direito Processual*. 2. ed. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito e as prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumária e tutela de urgência*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENTHAM, J. *An introduction to the principles of morals and legislation*, in J.H.Burns e L.H.A. Hart (Orgs.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*. Londres: The Athlone Press, 1970.

BERTRAND, Edmond. *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, in *Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle (Études offertes à Georges Ripert)*. Paris: Libr. Gen. Droit Jurispr., 1950. t. 1.

BONFANTE, Bruna. *Dissídio coletivo, ação civil pública e a efetivação do princípio protetivo nas negociações coletivas*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13209&p=1>>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *A discricionariedade e o Estado de Direito*, in GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Controle Jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública*. In FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; e DIAS, Maria Teresa Fonseca (Orgs.). *Políticas Públicas: Possibilidades e Limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. vol. 12. n. 34. São Paulo, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In Revista dos Tribunais. n. 737.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DANTAS, Marcelo, Buzaglo. *Tutela antecipada e tutela específica na ação civil pública ambiental*. In MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tutela de urgência e demandas coletivas*. In Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 69.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Jean Carlos. *Políticas Públicas e questão ambiental* In *Revista de Direito Ambiental*, ano 8. n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie . *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. vol. 1, 12. ed. Salvador: Podivm, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. vol. 4. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (*Taking rights seriously*. Tradução de Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *O império do Direito*. (*Law's empire*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. (*A matter of principle*. Tradução de Luiz Carlos Borges) São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. Porto Alegre: Revista AJURIS, v. 66, mar. 1996.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso*. In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ, Sérgio. *Provimentos antecipatórios na ação civil pública*. In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Folha de São Paulo/Nova Fronteira, 1988.

FERREIRA, Heline Silvini; LEITE, José Rubens Leite Morato. *Estado de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal*. Jornal da AJUFESP (Associação dos Juízes Federais de São Paulo e do Mato Grosso do Sul), set. 1998.

\_\_\_\_\_. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação civil pública em tutela de direitos difusos: condições da ação – indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos*. In *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. New Jersey: Princeton University Press, 1988.

GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais*. (Tradução de Thiago Magalhães Pires). In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*. In MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Orgs.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Leonardo. *A titularidade da ação civil pública*. In *Coleção Ensaio Acadêmicos*. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1998.

\_\_\_\_\_. *Execução nas ações civis públicas*. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. *O acesso ao direito e à justiça*. In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Campos, 2005. Disponível também em <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=420](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=420)>.

GUIMARÃES, José Lázaro Alfrêdo. *As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. In *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 2. 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

\_\_\_\_\_. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. In *Revista Brasileira de Direito Processual*. n. 16. (1978).

\_\_\_\_\_. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*. In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. v. 1. 2. ed. (tradução: Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito (The concept of law)*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HENRIQUES, Fátima Vieira. *Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOUAISS Antônio; VILLAR Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contagem da População 2007 e Estimativas da População 2007*. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br>>.

JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. *O papel do Judiciário na proteção do meio ambiente*. In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos (The metaphysics of morals)*. Tradução de Leopoldo Holzbach). São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. (*Reine Rechtslehre* - Tradução de João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LACERDA, Galeano. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Revista Ajuris. v. 15. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1988.

LANDFRIED, Christine. *Germany* (Capítulo 17). In TATE, C. NEAL e VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A Judicialização da Política*, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. SÃO PAULO: Revista dos Tribunais, v. 29.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Anotações sobre a discricionariedade judicial*. In MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luis Manoel (Coords). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACIEL, Débora Alves, e KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. In *Lua Nova: revista de cultura e política*. n° 57. CEDEC: São Paulo, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Transposição das águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia*. In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tutela Cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Algumas considerações sobre a lei da ação popular*, in Revista do Ministério Público. n. 6. Julho/Dezembro de 1997. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral de Justiça, 1997.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coords.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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

\_\_\_\_\_. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público*. In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luis Manoel (coords). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais (Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública* (atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – Reminiscências após 10 anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Ambiental: da eco-ideologia. da prevenção à precaução*. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

NERY Jr., Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança coletivo*, in *Revista de Processo* v. 15, n. 57. São Paulo, jan./mar. 1990.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *O Ministério público e a responsabilidade civil por dano ambiental*. In *Revista Justitia*. v. 55. n. 161. São Paulo: jan./mar. 1993. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/links/edicao.php?ID=161>>.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. In FERREIRA, Helene Silvini; LEITE, José Rubens Leite Morato. *Estado de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina; SCHMIDT, Cíntia. *Poder de Polícia Ambiental e Direito Administrativo Sancionador*. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. vol. XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. (Tradução, para o espanhol, de Isabel Lifante Vidal). In: DOXA. *Cuadernos de filosofia del derecho* [Publicaciones periódicas]. n. 14. Espanha: Universidad de Alicante, 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acessado em 20/08/2009.

\_\_\_\_\_. *A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acessado em 20/03/2009.

\_\_\_\_\_. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acessado em 20/08/2009.

\_\_\_\_\_. *As ações coletivas no direito brasileiro: aspectos gerais, evolutórios e algumas controvérsias*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, volume 11, pp. 78/90, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito individual homogêneo: uma leitura e releitura do tema*. Disponível em <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_190403.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf)>.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

\_\_\_\_\_. *Observações críticas acerca da suspensão de segurança na ação civil pública* (art. 4.º da Lei 8.437/1992 e art. 12, § 1.º, da LACP). In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC*. In MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coords.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução específica e ação civil pública*. In MILARÉ, ÉDIS (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A judicialização da política*. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>>

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>.

SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Humanos: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SEABRA FAGUNDES, MIGUEL. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Paulo Régis Rosa. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARUFFO, Michelle. *Il processo Civile “Adversary” nell’Esperienza Americana*. Padova: Cedam, 1979.

TATE, C. NEAL e VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Direito Fundamental à Educação*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEIXEIRA, Ariosto. *A judicialização da política no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: UNB, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade*, in *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VARELLA, Marcelo Dias; PLAUTAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: ESPMU, Del Rey, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck (Coord.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WALLACH, H. G. Peter. *Reunification and Prospects for Judicialization in Germany*, in TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997.

WAMBIER, Luis Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Limites à chamada discricionariedade judicial*. In *Revista de Direito Público*. v. 24. n. 96. São Paulo, 1990.

\_\_\_\_\_. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo Civil e interesse público: introdução*. In SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional dos interesse difusos: a legitimação para agir*, in GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v.8. São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais*, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.