

A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho



JUSTIÇA FEDERAL
TRF2



EMARF
Escola da Magistratura
Regional Federal 2ª Região

A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas



A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

1ª Edição

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Setembro de 2019

Este livro não pode ser reproduzido total ou parcialmente sem autorização

Catalogação na Fonte: Divisão de Biblioteca. Seção de Tratamento Técnico da Informação

A663

Araújo Filho, Luiz Paulo da Silva

A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas / Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. -- Rio de Janeiro : Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Escola da Magistratura Regional Federal, 2019.

262p.

Disponível em: <<http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/livrotuteladireitos2019.pdf>>

ISBN: 978-85-62108-10-5

Bibliografia: p. 245-262

1. Tutela jurisdicional. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos sociais. 4. Políticas públicas. I. Brasil. Tribunal Regional Federal (2. Região). II. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região). III. Título.

CDU: 347.919.6

CDD: 347.8105

Capa: composição sobre foto de Dierk Schaefer/Flickr

licença de uso disponível em <https://creativecommons.org/licenses/by/2.0/deed.pt_BR>

Editado pela **Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF**

Órgão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

Rua Acre, 80 - 22º andar - Centro - Rio de Janeiro - RJ

CEP20081-000

☎ (21) 2282-8530 - 2282-8788

<http://emarf.trf2.jus.br/site>

revistaemarf@trf2.jus.br

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Theophilo Antonio Miguel Filho

EQUIPE DA EMARF

Roque Bonfante de Almeida - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Flávia Munic Medeiros Pereira

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Pedro Mailto de Figueredo Lima

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Vice-Presidente

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Corregedor-Geral

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Membros

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro;

Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ, Especialista em Direito Processual Civil pela UnB;

Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 2ª Região;

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

Dedico este trabalho à “Escola do Rio de Janeiro”, em cujos livros, teses e dissertações encontrei ânimo para escrever uma monografia contramajoritária.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AG	Agravo
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo Interno
al.	alínea
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
arg.	Argumento
art(s).	artigo(s)
Atual.	Atualização
BPC	Benefício de Prestação Continuada
c/c.	combinado com
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEBEPEJ	Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CF	Constituição Federal
cf.	confira
CFT	Comissão de Finanças e Tributação
cit.	citado(a)(s)
CNCDO	Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de órgãos
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
Coord.	Coordenador
CPC	Código de Processo Civil
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
e. g.	exempli gratia (por exemplo)
EC	Emenda Constitucional
ED ou EDcl	Embargos de Declaração
ed.	edição
espec.	especialmente
et al.	et alii (e outros)
et. seq.	et sequens (e seguinte ou seguintes)

i. e.	id est (isto é)
Ibid.	Ibidem (na mesma obra)
Id.	Idem
IEJ	Instituto de Estudos Jurídicos
inc(s).	inciso(s)
judg.	juízo
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LC	Lei Complementar
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
loc.	local
LOMPU	Lei Orgânica do Ministério Público da União
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
n. ou nº	número
NHS	National Health Service (Serviço Nacional de Saúde)
NICE	National Institute for Health and Clinical Excellence (Instituto Nacional de Saúde e Excelência Clínica)
op. cit.	opus citatum (obra citada)
p.	página(s)
p. ex.	por exemplo
p. m.	por maioria
par. ou parág.	parágrafo
PFPB	Programa Farmácia Popular do Brasil
Prof.	Professor
pub.	publicado
Rcl	Reclamação
RDA	Revista de Direito Administrativo
RE	Recurso Extraordinário
Reg.	Região
Rel.	Relator
REMUME	Relação Municipal de Medicamentos Essenciais
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

REsp	Recurso Especial
saE	Sergio Antonio Fabris Editor
SNT	Sistema Nacional de Transplante
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
t.	tomo
tir.	tiragem
TRF	Tribunal Regional Federal
UBS	Unidade Básica de Saúde
UCAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
v.	vide
v. g.	verbi gratia (por exemplo)
v. ou vol.	Volume(s)

Sumário

Introdução	19
1 Breve Análise da Situação Social do Brasil	25
1.1 Introito	25
1.2 Desigualdade e Pobreza.....	26
1.3 Saneamento básico.....	28
1.4 Saúde	31
1.5 Educação.....	35
1.6 Mercado de trabalho	39
1.7 Breve nota à guisa de conclusão.....	40
2 Considerações Gerais	43
2.1 A classificação dos direitos sociais.....	43
2.2 A inafastabilidade do controle jurisdicional	49
2.3 A proteção judicial	49
3 Governabilidade e Constitucionalismo na América Latina	55
3.1 Análise	55
3.2 Considerações conclusivas.....	72
4 Lições Jurisprudenciais da África do Sul	75
4.1 Afinidade	75
4.2 O caso <i>Grootboom – Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others</i>	75
4.2.1. Resumo.....	75
4.2.2. Destaques.....	77
4.3 O caso <i>Soobramoney – Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)</i>	82
4.4 O caso <i>TAC – Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others</i>	89
4.5 Considerações pertinentes	100
5 Da <i>class action</i> ao <i>complex litigation</i>	103
5.1 As class actions	103
5.2 <i>Structural injunctions</i>	107
5.3 <i>Complex litigation</i>	111

6 Constituição Orçamentária	119
6.1 O sistema constitucional orçamentário.....	119
6.2 A postura do Judiciário.....	124
6.3 Despreocupação com o orçamento público e o erário	128
7 A Realidade e a Jurisprudência.....	133
7.1 A situação real.....	133
7.2 A jurisprudência.....	138
7.2.1. Superior Tribunal de Justiça.....	138
7.2.2. Supremo Tribunal Federal	147
7.3 Considerações conclusivas.....	166
8 A Tutela Jurisdicional dos Direitos Sociais.....	169
8.1 Premissa	169
8.2 Ações coletivas, ações individuais ou ações individuais de efeitos coletivos.....	175
8.3 A demanda, o mérito da causa e as questões de mérito.....	181
8.4 Contestação do réu. Necessidade de concreta informação sobre os parâmetros administrativos pertinentes.....	190
8.5 Um novo processo.....	193
8.6 O Projeto de Lei 8.058 de 2014	198
8.7 O esforço pela ação coletiva	210
8.8 Atuação (extraprocessual) do Ministério Público	217
8.9 Julgamento	221
Conclusão.....	243
Referências	245

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, foi extensa ao prever *Direitos e Garantias Fundamentais* (Título II), mencionando muitos *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* (Capítulo I, art. 5º), como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, além de elencar vários *Direitos Sociais* (Capítulo II), a começar pelo artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Essa lista, aliás, vem sendo consideravelmente ampliada com o passar dos anos, como se vê das Emendas Constitucionais nº 26, de 14/02/2000, nº 64, de 04/02/2010, e nº 90, de 15/09/2015, que acrescentaram, respectivamente, “moradia”, “alimentação” e “transporte”.

Outros dispositivos constitucionais também aludem a direitos, como, p. ex.: direito à segurança pública (art. 144), incluído o “direito à mobilidade urbana eficiente” (art. 144, § 10, inc. I); direito à saúde (art. 196); direito à educação (art. 205), sendo caracterizado como “direito público subjetivo” o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (art. 208, § 1º); direitos culturais (arts. 215 e 216-A); direito ao fomento das práticas desportivas pelo Estado (art. 217); direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); direito de “absoluta prioridade”, das crianças, adolescentes e jovens 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 da proteção a toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227); direito dos idosos à dignidade, ao bem estar e à vida (art. 230).

Parece manifesto, e quase supérfluo seria ressaltar, que tais direitos são realizados por “políticas públicas”, ou seja, por programas e atividades de governo, a serem desenvolvidos pelo Estado, como deixam claro, *verbi gratia* – embora fosse desnecessária a didática advertência –, os artigos 196, 216-A e 227, § 8º, inc. II, todos da Constituição da República. Veja-se o art. 196, por sua capital relevância: “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.”

Além disso, não é concebível que todos esses “direitos”, enunciados na Constituição, pudessem ser imediatamente, ou em curto ou médio prazo, implementados pelo Estado, nem, *ipso facto*, garantidos de pronto por meio da tutela jurisdicional, independentemente de serem adotadas contínuas, eficientes e corajosas medidas político-econômico-administrativas para enfrentar, *gradativamente*, nossos seríssimos problemas estruturais e sociais; para produzir melhor distribuição de renda; para reduzir o desperdício e o mau uso de verbas públicas etc. etc. etc.

Ora, os direitos sociais, que ensejam a exigibilidade de prestações do Estado, encontram limites de cunho econômico e político,¹ sendo certo que “os direitos sociais e a ação governamental vivem sob a *reserva do possível*, isto é, da arrecadação dos ingressos previstos nos planos [orçamentários] anuais e plurianuais.”² Como foi muito bem colocado: *direitos não nascem em árvores*.³

A referência aos planos anuais e plurianuais faz lembrar que nossa Constituição adota sistema de *orçamento-programa*, estabelecido por leis do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais (art. 165). Todas são leis de *iniciativa privativa* do Presidente da República (art. 84, XXIII, e 165). O processo de emendas aos projetos dessas leis tem limitações para assegurar a compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 166, §§ 3º e 4º), bem como para prevenir severamente aumentos de despesas sem especificação das receitas necessárias (v. arts. 63, *caput* e inc. I, c/c. 166, § 3º, inc. II).

Assim, embora a Constituição tenha aludido a tantos direitos sociais e a tantos deveres do Estado, ao cuidar do orçamento tratou de estabelecer sistema rígido, de louvável *orçamento-programa*,⁴ de iniciativa privativa do Executivo e controle do Legislativo.

Nesse contexto, e tendo em mente a independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF), não pode haver dúvida de que a atuação do Poder Judiciário deve observar os *limites* impostos pela Lei Maior, sem esquecer dos limites materiais de sua própria atuação, pois, como ensinou Ana Paula de Barcellos, “pouco

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 99-100.

² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V, p. 79 – grifado no original.

³ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 715.

adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”⁵

A questão não assume maior relevância, em princípio, quando se trata de pleitos visando à simples efetivação de prestações definidas por políticas públicas já estabelecidas, conquanto possa ocorrer, como realmente ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, de não haver recursos sequer para o cumprimento orçamentário. No entanto, quando se cuida de ações para obter prestações *não oferecidas* pelas políticas públicas existentes, o tema alcança grave, complexa e difícil dimensão.

Passou então a preocupar a doutrina, com múltiplas orientações, a questão da chamada sindicabilidade judicial, judicialidade ou justiciabilidade dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, havendo, apenas para aludir aos extremos, corrente que sustenta que todo e qualquer direito social seria plenamente tutelável pelo Judiciário, às vezes sob a limitação da reserva do possível, e corrente que reconhece que apenas o direito ao mínimo existencial seria exigível judicialmente, ao passo que os direitos sociais e econômicos estariam “sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especificamente na via do orçamento público”⁶

A questão adquire relevo preocupante e extraordinário quando se percebe que, de forma crescente, milhares de ações vêm sendo propostas pleiteando direitos sociais, especialmente com relação a medicamentos e tratamentos de saúde. Na verdade, consoante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tramitavam no País, em junho de 2014, 392.921 processos judiciais na área de saúde,⁷ e a tendência é que o número aumente cada vez mais, sem falar em outros direitos sociais. Nesse sentido, em maio de 2018, nova notícia veiculada pelo CNJ informa que “ao menos 1.346.931 processos com o tema saúde tramitaram no Judiciário em 2016”⁸

A doutrina normalmente alude, então, ao controle judicial de políticas públicas, mas a verdade é que se pretende nesses milhares de processos individuais, quase sempre, obter tratamento e/ou dispensação de medicamentos *independentemente* das políticas públicas existentes (ou seja: *em detrimento* delas).

A grande multiplicação de ações tem levado à desarrumação do sistema, e

⁵ A *eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236-237.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V, p. 411. Veja-se, também, sobre toda essa questão, do mesmo autor, *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 40 e segs. Item 4.2 e seus subitens, bem como p. 106-111.

⁷ Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107, Ações de saúde, *Dados extraídos do sistema de acompanhamento da Resolução CNJ n. 107, em junho de 2014*. Não constam desse total as informações dos Tribunais de Justiça do Amazonas, da Paraíba e de Pernambuco.

⁸ Portal de Notícias do CNJ. Judicialização da saúde: iniciativas do CNJ são destacadas em seminário no STJ, 22 maio 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

surgem críticas veementes à atuação individualizada do Poder Judiciário, em vez de examinar a necessidade e viabilidade de implementação de política pública adequada, em prol de todos aqueles que estejam na mesma situação.

Com efeito: o sistema e as políticas públicas não suportam, incólumes, a convivência com o cumprimento de decisões judiciais proferidas em centenas de milhares de processos... e a intenção de beneficiar alguns individualmente acaba por prejudicar o próprio sistema e a grande maioria da população, que está sujeita – repise-se – às políticas públicas estabelecidas.

Ademais, em situação de escassez de recursos públicos, o próprio cumprimento de decisões individuais que determinam aquisição de bens (ex. remédios), à margem das políticas públicas adotadas, representa, quase sempre, gastos excessivos, porque normalmente realizado em tempo curto e sem observar estritamente o sistema jurídico instituído (cf. art. 37, XXI, da CF).

Nesse contexto, de irrestritas aspirações imediatas, desarranjo do sistema e aparente crença num Judiciário milagroso, surge, para o estudioso do direito processual, desafio único, de buscar mecanismos que compatibilizem a oportuna realização das normas constitucionais, mas sem desprezar a própria Constituição da República com a geração de privilégios pessoais, em prejuízo da igualdade de acesso a políticas públicas, com indevida criação de despesas (não autorizadas) e sem atenção aos limites orçamentários de receitas (art. 167 da CF). Ora, se o processo é “instrumento para preservação da ordem constitucional”,⁹ não pode satisfazer ao processualista a utilização do processo para desarrumar o sistema e causar distorções e regalias. Cabe-lhe, por ofício, encontrar, com imprescindível atenção às consequências práticas e à execução das decisões judiciais, os meios de garantir a tutela jurisdicional de forma a assegurar o respeito *integral* aos fundamentos da República Federativa do Brasil, mencionados – não por acaso – nos artigos 1º e 3º da Constituição.

Levanta-se, então, em síntese, a seguinte problemática: Quais os mecanismos processuais à disposição do juiz brasileiro para bem apreciar ações envolvendo incremento de políticas públicas? O chamado microssistema de tutela jurisdicional coletiva, existente entre nós, afigura-se suficiente? As ações individuais seriam assimiláveis à tutela por políticas públicas? Quais seriam as peculiaridades? O que pode ser aprimorado – ou construído – interpretativamente?

Busca-se traçar panorama processual específico para a adequada tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, sem que o Poder Judiciário contribua para a ingovernabilidade ou para o deplorável desvio, “que é típico brasileiro, de

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 439.

que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm um privilégio”,¹⁰ o que viola frontalmente a Constituição (v. arts. 1º, II e III, e 3º), que se afirmava efetivar.¹¹

Nossa investigação, entretanto, não abrangerá a inércia na elaboração de *atos normativos*, objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção; ao revés: preocupa-nos encontrar parâmetros contra a inefetiva e a inadequada tutela jurisdicional, considerando a “igualdade como princípio jurídico fundamental”, em relação às ações individuais e coletivas que são comumente propostas.

Não cuidaremos igualmente dos “direitos sociais do trabalhador” (arts. 7º a 11 da CF), nem dos direitos subjetivos a benefícios da previdência social (p. ex.: Lei nº 8.213/91) ou da assistência social (v. g.: Lei nº 8.742/93), mas apenas dos direitos sociais genéricos, basicamente os mencionados no art. 6º da Carta da República.

Embora seja algo natural a ênfase às ações na área de saúde, que inundam o Judiciário, com graves consequências ao sistema administrativo, nossa pesquisa não tratará exclusivamente do tema, até porque, em substância, não há discrimen entre os direitos fundamentais sociais, quando muito – em ambiente de penúria – somente em nível de prioridade. Mas a questão do *indispensável respeito à igualdade* é comum, tanto em ações, e. g., que pretendam tratamento médico, quanto em ações que reivindiquem acesso ao ensino obrigatório, pois seria da mesma forma odioso que alguns poucos conseguissem tratamento ou escola, em detrimento dos demais que se encontram na mesmíssima situação, aguardando a implantação da política pública *possível, conveniente e igualitária*.

Por isso, no título atribuído ao trabalho, referimo-nos à *tutela jurisdicional* levando também em consideração o sentido destacado por Cândido Dinamarco:

A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio *serviço* realizado pelos juizes no exercício da função jurisdicional. Não se confunde com a *jurisdição*. A tutela é o *resultado* do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos *efeitos* que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas.¹²

No desenvolvimento da obra, o Capítulo I é dedicado à análise básica da *situação social do Brasil*, nos temas que nos pareceram mais relevantes – isto é,

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto, manifestação na Audiência Pública sobre Direito à Saúde no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 21/10/2014.

¹¹ Seria a busca, em síntese, de “estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios de racionalidade e de eficiência” (Luís Roberto Barroso, *loc. cit.*).

¹² Tutela Jurisdicional. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II, p. 797-837, espec. p. 811-812 – grifado no original.

desigualdade e pobreza, saneamento básico, saúde, educação e mercado de trabalho –, para permitir a verificação das reais condições em que se estuda a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, evitando soluções teóricas que, na realidade, pelo menos agora, são utópicas, e contribuem para aumentar a desigualdade social.

Em seguida, no Capítulo II, são tecidas considerações gerais sobre a classificação dos direitos sociais, a inafastabilidade do controle jurisdicional e a proteção judicial dos direitos sociais, a fim de assentar premissas ao exame das questões propostas.

O Capítulo III foi dedicado ao estudo do importante tema da governabilidade e constitucionalismo na América Latina, objeto de precioso livro coordenado pelo professor Diego Valadés, do México, que reúne textos de vários autores e se propõe a explorar a relação da governabilidade com o sistema constitucional, para estabelecer em que medida a governabilidade depende de uma adequada estrutura constitucional, o que permite identificar problemas e mazelas comuns, em busca de possíveis soluções.

No Capítulo IV são analisados, em profundidade, três célebres julgados da Suprema Corte da África do Sul que consideramos paradigmáticos, quais sejam: o caso *Grootboom (Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others)*, o caso *Soobramoney (Soobramoney v. Minister of Health)* e o caso *TAC (Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others)*.

Uma incursão das *class actions* ao *complex litigation*, com exame das *structural injunctions*, é feita no Capítulo V, salientando aspectos relevantes do sistema do *common law* que devem nos inspirar, seja na conduta em relação ao direito posto, seja em perspectiva *de lege ferenda*.

Já no Capítulo VI observamos o sistema constitucional orçamentário, a postura do Poder Judiciário e a despreocupação com o orçamento público e o erário que predomina francamente entre nós, para, logo depois, no Capítulo VII, ressaltar a nossa real situação no que tange à ingente judicialização de direitos sociais, bem como pesquisar a jurisprudência, em especial recursos especiais repetitivos do Superior Tribunal de Justiça e arestos do Supremo Tribunal Federal, não apenas em repercussão geral, a fim de viabilizar algumas concretas avaliações.

Concentra-se a análise da tutela jurisdicional dos direitos sociais no Capítulo VIII, no qual são versadas, em itens próprios: ações coletivas, ações individuais ou ações individuais de efeitos coletivos; a demanda, o mérito da causa e as questões de mérito; a contestação do réu e a necessidade de concreta informação sobre os parâmetros administrativos pertinentes; o dito novo processo; o Projeto de Lei 8.058 de 2014; o esforço pela ação coletiva; a atuação (extraprocessual) do Ministério Público; e o julgamento. Por fim, chega-se ao último tópico, voltado à conclusão.

1 Breve Análise da Situação Social do Brasil

1.1 Introito

Tendo em conta que a interpretação jurídica não pode desconsiderar a realidade,¹³ sob pena de caracterizar o que se chamou, espiritualmente, de “esquizofrenia jurídica”,¹⁴ não poderíamos examinar, com cuidado, políticas públicas e atuação do Poder Judiciário sem verificar, ainda que brevemente, dados básicos de nosso desenvolvimento social.

Para tanto, utilizamos, precipuamente, elementos coligidos pelo IBGE, tanto os mencionados nos livros *Brasil em Números*¹⁵ e *Síntese de Indicadores Sociais 2017*¹⁶, que se valeram da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC)¹⁷ 2016, como dos próprios dados da PNADC 2017, sempre buscando dados oficiais e o mais atualizados possível.

Cabe registrar, todavia, que nos limitamos a mencionar os dados essenciais, na perspectiva deste trabalho, sem aludir a questões específicas

¹³ “[...] a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade.” GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 16.

¹⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 333. E explica: “Em vez de amoldarmos nossos conceitos à realidade concreta, procuramos fazer o caminho inverso, o que, infelizmente, nem sempre é possível. E a viagem torna-se cada vez mais difícil à medida que aumenta a distância entre os mundos jurídico e real. Alguns operadores do Direito não voltam ao mundo real...”

¹⁵ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. v. 25. Também disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2/bn_2017_v25.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2018.

¹⁶ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de indicadores sociais 2017: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. 140 p. (Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica, n. 37). O livro também está disponível em versão digital: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018

¹⁷ “A pesquisa é realizada por meio de uma amostra de domicílios, extraída de uma amostra mestra, de forma a garantir a representatividade dos resultados para os diversos níveis geográficos definidos para sua divulgação. A cada trimestre, são investigados 211.344 domicílios particulares permanentes, em aproximadamente 16.000 setores censitários, distribuídos em cerca de 3.500 municípios”. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e->>. Acesso em: 21 abr. 2018.

(mesmo que interessantes) como distinções por idade, sexo, cor ou raça, que, embora importantes para estabelecer políticas públicas, aqui soariam demasia.

1.2 Desigualdade e Pobreza

O Brasil é um país de alta desigualdade de renda, registra o IBGE, “inclusive quando comparado a outros países da América Latina, região do planeta onde a desigualdade é mais pronunciada”,¹⁸ e a *Síntese de Indicadores Sociais* busca “explicitar o acesso (desigual) a recursos econômicos, em particular, valendo-se do rendimento domiciliar *per capita* (RDPC)”.

Assim, por exemplo, “o rendimento médio *per capita* dos 20% dos domicílios com maiores rendimentos (R\$ 4.499,15) era 18,3 vezes maior que o rendimento médio dos 20% com menores rendimentos (R\$ 243,60) em 2016”. Destaca-se ainda que, pelo índice de Gini, “o Brasil chegou a 0,525 em 2016”¹⁹ e 0,524 em 2017,²⁰ mas relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)²¹ alerta que: “Em relação ao Coeficiente de Gini (2010-2015) [...] o Brasil é o quarto pior da América Latina e Caribe, atrás somente do Haiti, Colômbia e Paraguai”.²²

Com relação à pobreza, em sua análise “unidimensional e monetária (pela renda ou pelo consumo)”, algumas linhas de corte podem ser utilizadas. Para o Programa Bolsa Família (Lei nº 10.836/2004), *e. g.*, pelos valores atualizados pelo Decreto nº 8.794/2016, a situação de pobreza ou extrema pobreza seria caracterizada “pela renda familiar mensal *per capita* de até R\$ 170,00 (cento e setenta reais) e de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais), respectivamente”; já para a percepção do Benefício de Prestação Continuada (Lei nº 8.742/1993) considera-se “a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”.

Com dados da PNAD Contínua, em 2016, “a linha de 1/4 de salário mínimo e a de R\$ 85,00 classificavam, respectivamente, 12,1% e 4,2% das pessoas residentes em domicílios particulares na pobreza”²³ (*rectius*: na pobreza e na pobreza extrema).

¹⁸ *Síntese de indicadores sociais 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 58.

¹⁹ *Síntese de indicadores sociais 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 59. “O índice de Gini varia de 0 a 1, sendo ‘1’ o valor de máxima desigualdade e ‘0’ a perfeita igualdade na distribuição de rendimentos (quando 10% da população se apropria de 10% da renda total e assim por diante).” (Loc. cit., nota 34).

²⁰ PNAD Contínua 2017, Rendimento de todas as fontes 2017, p. 7. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559_informativo.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2018

²¹ *United Nations Development Programme* (UNDP).

²² Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relatorio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

²³ *Síntese de indicadores sociais 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 62.

Consoante a Tabela 1 da *Síntese de Indicadores Sociais 2017*,²⁴ havia no Brasil, considerando a população, na época, de 205.386.000, 4,2% [8.626.212] de pessoas com rendimento mensal domiciliar *per capita* de até R\$ 85,00, e 4,3% [8.831.598] de pessoas com rendimento de R\$ 85,00 a R\$ 170,00, totalizando assustadores 17.457.810 pessoas (quase 9% da população) com menos de R\$ 170,00 por mês.

Em nível regional, os percentuais são: Norte (população 17.420.000), 6,2% e 9,6%; Nordeste (*idem* 56.733.000), 7,9% e 8,8%; Sudeste (*id.* 86.305.000), 2,6% e 1,6%; Sul (*id.* 29.393.000), 1,8% e 1,3%; Centro-Oeste (*id.* 15.534.000), 2,2% e 1,8%. Impressiona que 16,7% da população do Nordeste e 15,8% da população da Região Norte tenham rendimento mensal domiciliar *per capita* de até R\$ 170,00, em verdadeira miséria.²⁵

Em perspectiva mundial, aplicando o recorte da linha de pobreza extrema internacional (*Global Poverty Line*), calculada pelo Banco Mundial e construída a partir dos 15 países mais pobres, no valor de 1,90 dólares por dia de renda ou consumo *per capita* em paridade de poder de compra (PPC), desde outubro de 2015,²⁶ cerca de 6,5% dos moradores de domicílios permanentes, no Brasil, estavam na pobreza extrema segundo esse critério, com base em cálculo aproximado com a PNAD Contínua, em 2016.²⁷

Especificamente para países considerados de nível médio-alto de desenvolvimento, como os da América Latina, o Banco Mundial usa a linha de 5,5 dólares por dia PPC (revisão 2011). Calculada a partir da PNAD Contínua, a linha de 5,5 dólares por dia correspondia, em média, a R\$ 387,07 mensais, em 2016,²⁸ e incluía 25,4% da população brasileira na pobreza, tendo a maior incidência no Nordeste (43,5%) e a menor no Sul (12,3%).²⁹ Eis os números regionais: Norte: (valor da linha regional) R\$ 391,00, 43,1%; Nordeste: R\$ 389,00, 43,5%; Sudeste: R\$ 384,00,

²⁴ Op. cit., p. 63.

²⁵ *Síntese de indicadores sociais 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 63.

²⁶ A paridade de poder de compra – PPC foi revisada em 2011, mas a nova linha de corte foi atualizada para US\$ 1,90 “a partir de outubro de 2015”. Cf. *Global Poverty Line Update*, disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/topic/poverty/brief/global-poverty-line-faq>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

²⁷ Veja-se, porém, a advertência: “Os cálculos de indicadores feitos nacionalmente não costumam coincidir com as estimativas internacionais. Estas, na maior parte das vezes, embutem esforços de harmonização para permitir a comparação global. Ademais, para cálculos de indicadores monetários, há uma série de decisões possíveis para ajustar dados de pesquisas domiciliares, por exemplo, com informações de contas nacionais, imputando aluguéis para proprietários de imóveis, ajustando o nível de vida em domicílios rurais, usando escalas de equivalência em vez de rendimento *per capita*, etc. (ATHIAS; OLIVEIRA, 2016; A GUIDE..., 2010 [*rectius*: 2014]). Optou-se aqui por evitar esses “ajustes” nos cálculos.” *Síntese de indicadores sociais 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 64 e nota 42.

²⁸ “O valor para o total Brasil é uma média ponderada e serve para referência unicamente. A linha foi balizada no nível nacional a partir da conversão em reais do dólar PPC em 2011 e atualizada pelo IPCA aplicado a 16 recortes geográficos da PNAD Contínua, o que faz com que a linha varie no País.” *Síntese...* cit., p. 65, nota 46.

²⁹ *Síntese...* cit., p. 65.

15,9%; Sul: R\$ 390,00, 12,3%; Centro-Oeste: R\$ 384,00, 17,0%.³⁰ O maior percentual de pobreza foi no Maranhão (52,4%), o menor em Santa Catarina (9,4%).

Tratamos até aqui, como anteriormente mencionado, de dados relativos à chamada pobreza unidimensional, ou por renda/consumo, mas a pobreza é fenômeno multidimensional, que abrange, evidentemente, variados aspectos. De acordo com o livro *Síntese de Indicadores Sociais 2017*, “com dados da PNAD Contínua é possível pensar em um recorte de pessoas sem acesso à educação, à proteção social, à moradia adequada, aos serviços de saneamento básico e à comunicação (internet).”³¹ Não analisaremos aqui todos esses cortes, nem seguiremos estritamente a mesma abordagem, embora nos valendo também dos dados ali coligidos.

1.3 Saneamento básico

Do total da população brasileira, apenas 63,7% tinha acesso a esgotamento sanitário por rede geral, rede pluvial ou fossa ligada à rede, em 2016, sendo importante salientar que o dado captado pela PNAD Contínua³² “concerne apenas ao afastamento do esgoto do domicílio – seja através de uma rede própria de esgoto, seja através da rede pluvial (de drenagem de águas da chuva) – não significando, portanto, que o esgoto será adequadamente tratado”.³³

Segundo estudo da Confederação Nacional da Indústria, em 2011, “apenas 37,5% de todo o esgoto gerado no Brasil é tratado. Todos os anos, 5,8 bilhões de metros cúbicos de esgoto são despejados diretamente na natureza sem qualquer tratamento”.³⁴

Já pelo recente *Atlas Esgotos*, da Agência Nacional de Águas:

A situação do atendimento da população brasileira com serviços de esgotamento sanitário pode ser caracterizada da seguinte forma: 43% é atendida por sistema coletivo (rede coletora e estação de tratamento de esgotos); 12% é atendida por solução individual (fossa séptica); 18% da população se enquadra na situação em que

³⁰ Cf., inclusive com referência aos Estados, *Síntese de indicadores sociais 2017*, Tabela 2.16. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

³¹ *Síntese de indicadores sociais 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 80.

³² “A PNAD Contínua coleta informações apenas em domicílios particulares permanentes, não incluindo domicílios coletivos (como penitenciárias, asilos, hospitais, alojamentos, etc.), nem domicílios particulares improvisados (como tendas, barracas, ou estabelecimentos comerciais utilizados como moradia sem ter instalações para tanto). Ainda assim, como os domicílios particulares permanentes abrigam a ampla maioria da população brasileira (99,5%, de acordo com o Censo Demográfico de 2010), a pesquisa permite uma boa visão das condições de moradia da população.” *Síntese...* op. cit., p. 68.

³³ *Ibidem*, p. 69, 75-76, e nota 51.

³⁴ *Saneamento: oportunidades e ações para a universalização*. Brasília: CNI, 2014. p. 13. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/461/V17_Saneamentooportunidadeacoos_web.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.

os esgotos são coletados, mas não são tratados; e 27% é desprovida de atendimento, ou seja, não há coleta nem tratamento de esgotos.³⁵

Assim, pode-se concluir que, somando os 18% da população que tem o esgoto coletado, mas não tratado, aos 27% cujo esgoto nem sequer é coletado, 45% (quarenta e cinco por cento) da população brasileira não tem o esgoto tratado.

Os dados regionais são marcantes, considerando a parcela da população atendida e (a) coleta de esgoto, (b) tratamento de esgoto, (c) parcela tratada em relação à coleta: Norte (a) 16%, (b) 12%, (c) 75%; Nordeste (a) 43%, (b) 32%, (c) 74%; Sudeste (a) 83%, (b) 54%, (c) 65%; Sul (a) 54%, (b) 40%, (c) 74%; Centro-Oeste (a) 51%, (b) 49%, (c) 97%. Entre os Estados, os melhores índices são de São Paulo (a) 87%, (b) 64%, (c) 74%, mas apenas o Distrito Federal atinge 100% de tratamento do esgoto coletado (83%), ao passo que os piores índices são do Amapá (a) 7%, (b) 7%, (c) 92%; Rondônia (a) 9%, (b) 4%, (c) 41%; Pará (a) 9%, (b) 4%, (c) 45%; Piauí (a) 12%, (b) 10%, (c) 81% e Maranhão (a) 17%, (b) 4%, (c) 23%. O total, no Brasil (a) 61%, (b) 43%, (c) 70%.³⁶

No que tange especificamente à população urbana, a parcela atendida com coleta e tratamento dos esgotos representa 42,6%, sendo, portanto, que “96,7 milhões de pessoas não dispõem de tratamento coletivo de esgotos”.³⁷

No entanto, examinando o percentual de esgoto “tratado”, a conclusão também deixa muitíssimo a desejar:

A Resolução CONAMA nº 430/2011, que dispõe sobre as condições e padrões de lançamento de efluentes, prescreve que o tratamento dos efluentes deve remover 60% de DBO [Demanda Bioquímica de Oxigênio] para o lançamento direto nos corpos receptores. Entretanto, a grande maioria das cidades brasileiras (4.801 cidades, totalizando 129,5 milhões de habitantes) apresenta níveis de remoção da carga orgânica inferiores a 60% da carga gerada. Há predominância de cidades com baixos níveis de remoção de carga orgânica em todas as regiões geográficas, em especial no Norte e no Nordeste.

No outro extremo, apenas 769 cidades (14% do total) apontam índices de remoção de DBO superiores a 60%, sendo que a Região Sudeste concentra a grande maioria dessas cidades.³⁸

³⁵ *Atlas esgotos*: despoluição de bacias hidrográficas. Brasília: ANA, 2017. p. 22. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/publicacoes/ATLASeESGOTOSDespoluicaoodeBaciasHidrograficas-ResumoExecutivo_livro.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

³⁶ *Atlas esgotos*. Brasília: ANA, 2017. p. 31.

³⁷ *Atlas esgotos*. Brasília: ANA, 2017. p. 30.

³⁸ *Atlas esgotos*. Brasília: ANA, 2017. p. 22. Vale a pena registrar que, em relação às taxas de remoção de DBO dos processos de tratamento, existem “até 60%”, de “60% a 80%”, “superior a 80%” e “superior a 80% com remoção de nutrientes” (p. 33).

O Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab) trabalhava com parâmetros para serem atingidos em 2033;³⁹ já o *Atlas Esgotos* menciona necessidades apontadas no diagnóstico, “tendo como horizonte o ano de 2035”.⁴⁰ Estudo da Confederação Nacional da Indústria, de 2016, entretanto, adverte que, no ritmo atual de investimentos, o “País só atingirá meta de universalização dos serviços de saneamento em 2054”.⁴¹

Não se pode perder de vista, neste ponto, que os benefícios econômicos do investimento em água e saneamento são extremamente relevantes: “eles incluem um ganho geral estimado de 1,5% do PIB global e um retorno de US\$ 4,3 para cada dólar investido em água e serviços de saneamento, devido à redução dos custos de saúde para indivíduos e sociedade”.⁴²

Como ressalta o Instituto Trata Brasil:⁴³

Estudo do BNDES estima que 65% das internações em hospitais de crianças com menos de 10 anos sejam provocadas por males oriundos da deficiência ou inexistência de esgoto e água limpa, que também surte efeito no desempenho escolar, pois crianças que vivem em áreas sem saneamento básico apresentam 18% a menos no rendimento escolar.⁴⁴

Em termos gerais, destaca ainda o Trata Brasil: “Em 2013, o país teve mais de 14 milhões de casos de afastamento por diarreia ou vômito. A cada afastamento as pessoas ficaram longe de suas atividades por 3,32 dias em média” (= “49,8 milhões de dias de afastamento ao longo de um ano”). “Em 2015, o custo com horas não trabalhadas alcançou R\$ 872 milhões”.⁴⁵

No que concerne ao “abastecimento de água por rede geral de distribuição” e à “coleta direta ou indireta de lixo”, os números são melhores, com 84,9% e 89,5%

³⁹ Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/461/V17_Saneamentoportunidadeseacoes_web.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁴⁰ *Atlas esgotos*. Brasília: ANA, 2017. p. 19.

⁴¹ Burocracia e Entraves ao Setor de Saneamento. CNI Notícias, 11 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2016/01/pais-so-atingira-meta-de-universalizacao-dos-servicos-de-saneamento-em-2054-diz-estudo-da-cni/>>. Acesso em 23 out. 2018.

⁴² No original e por inteiro: “*Economic benefits of investing in water and sanitation are considerable: they include an overall estimated gain of 1.5% of global GDP and a US\$ 4.3 return for every dollar invested in water and sanitation services, due to reduced health care costs for individuals and society, and greater productivity and involvement in the workplace through better access to facilities.*” *Water Sanitation hygiene*. World Health Organization (WHO). Disponível em: <http://www.who.int/water_sanitation_health/monitoring/economics/en/>. Acesso em: 21 abr. 2018.

⁴³ O Instituto Trata Brasil é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

⁴⁴ Trata Brasil: saneamento é saúde. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/o-que-e-saneamento>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/saude>>. Acesso em: 21 maio 2018.

das pessoas residentes em domicílios particulares atendidas. Mas em relação ao “acesso simultâneo aos três serviços de saneamento básico”, naturalmente, o percentual baixa para 62,1%,⁴⁶ “ou seja, para 37,9% da população (77,9 milhões de pessoas) faltava acesso a ao menos um dos serviços”,⁴⁷ sempre lembrando que esgotamento sanitário não equivale a tratamento do esgoto, este em níveis significativa e constantemente menores, à exceção, como visto, do Distrito Federal, onde 83% do esgoto é coletado e tratado, perfazendo a “parcela tratada em relação à coletada” de 100%.⁴⁸

Apesar dos avanços, “é importante ressaltar que ainda temos mais de 35 milhões de brasileiros que não têm acesso à rede de abastecimento de água potável, de acordo com os últimos dados do SNIS, 2016 (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento)”⁴⁹.

Além disso, “a soma do volume de água perdida por ano nos sistemas de distribuição das cidades daria para encher 6 (seis) sistemas Cantareira. Ao distribuir água para garantir consumo, os sistemas sofrem perdas na distribuição, que na média nacional alcançam 38,1%, número 3,7% superior ao de 2015”⁵⁰.

1.4 Saúde

A Constituição de 1988 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (cf. art. 4º da Lei nº 8.080/90), mas a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada” e “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde...” (art. 199, *caput* e § 1º, da CF).

A Lei nº 8.080/90, ao prever a *gratuidade* das ações e serviços de saúde, mereceu a doutíssima crítica de que “criou a utopia da gratuidade das prestações públicas nessa área, desarticulando inteiramente a ação estatal e piorando consideravelmente o atendimento ao povo” (art. 43).⁵¹ Em 1998, entrou em vigor a Lei nº 9.656, cujo art. 32 criou o ressarcimento ao SUS pelas operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde, gerando milhares de processos judiciais.

⁴⁶ *Síntese de indicadores sociais 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 70.

⁴⁷ Op. cit., p. 75-76.

⁴⁸ *Atlas esgotos*. Brasília: ANA, 2017. p. 31.

⁴⁹ Trata Brasil. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/dia-mundial-da-agua-consciencia-coletiva-e-necessaria>>. Acesso em: 21 maio 2018.

⁵⁰ Trata Brasil. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua>>. Acesso em: 21 maio 2018.

⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 245-246

Segundo aponta, por outro lado, estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), “o *mix* público-privado não funciona como esperado: o setor privado deveria ser complementar ao SUS, mas compete com o público por recursos financeiros e humanos”, e conclui:

A capacidade do governo de centralizar a política de saúde no país é refreada ante a presença e o peso do setor particular no mercado, cuja interferência é significativa até na distribuição espacial da oferta de serviços de média e alta complexidade e na incorporação tecnológica pelo SUS.⁵²

Pior:

As ações e os serviços do SUS devem estar organizados em redes regionalizadas e hierarquizadas, medida necessária para a garantia da integralidade da atenção à saúde. Porém, as três esferas de governo atuam de forma autônoma administrativamente. Isso impõe uma complexa articulação entre os estados para a garantia da implementação de políticas de interesse nacional. A cooperação entre os entes federados é particularmente importante para os processos de regionalização da oferta.

A coordenação ainda frágil entre os estados implica em vários pontos de estrangulamento, entre os quais a baixa oferta de serviços de apoio diagnóstico e terapêutico e as grandes filas para agendamento de consulta com especialistas e para cirurgias eletivas.⁵³

Além disso, a “judicialização da saúde tem sido um empecilho crescente para o bom funcionamento do sistema”, diante da “dificuldade inerente à definição da cobertura de saúde financiada pelo setor público – que implica fixar prioridades em um quadro de escassez de recursos, sob necessidade de incorporação contínua de novos procedimentos e tecnologias.”⁵⁴

De outra parte, foi adotada, com base na Constituição de 1988, concepção ampla de saúde, abrangente do bem-estar físico, social e mental, não somente da ausência de doença, e as ações de saúde, segundo os técnicos, deixaram de ser unicamente a luta contra a doença para ser a promoção dos fatores que levam o indivíduo e o ambiente onde vive a serem saudáveis. Assim, “a abordagem deixa de ser a individual e passa a ser a coletiva e o objeto da ação em saúde deixa de ser as causas de doença para ser os fatores que condicionam a saúde.”⁵⁵

O próprio Sistema Único de Saúde reconheceu, no entanto, “sua ineficácia de atuar preventivamente sobre as doenças do aparelho circulatório e as neoplasias, as principais causas de morte do País”:

⁵² *Desafios da nação*. Brasília: IPEA, 2018. v. 1. p. 85.

⁵³ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Desafios da nação*. Brasília: IPEA, 2018. v. 1. p. 86.

⁵⁴ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Desafios da nação*. Brasília: IPEA, 2018. v. 1. p. 86.

⁵⁵ *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 111.

Com a mudança dos alvos das ações de saúde para os fatores que condicionam a saúde é necessário atuar na construção de ambientes, hábitos e comportamentos saudáveis junto à população. Fornecer um conhecimento que permita à população evitar e se antecipar ao aparecimento das doenças, ou seja, *ações essencialmente educativas*.⁵⁶

Vale salientar que, em 2015, as doenças do aparelho circulatório correspondiam a 27,7% das mortes, as neoplasias a 16,0%, as causas externas (acidentes e violência) a 12,0% e as doenças do aparelho respiratório a 11,8%.⁵⁷

As causas externas, principalmente acidentes terrestres, que além de óbitos geram lesões graves e, por vezes, incapacitação, também merecem fortes ações *educativas*, pois alguns cuidados elementares são suficientes para prevenir ou minimizar consequências, como, *e. g.*, o uso do cinto de segurança⁵⁸ ou o uso de capacete,⁵⁹ o que demonstra que o investimento na adoção de políticas educacionais e de segurança pode reduzir sensivelmente gastos com a saúde.

Com relação à mortalidade infantil, os esforços realizados em sua redução permitiram atingir o coeficiente de 15,3 óbitos por mil crianças nascidas vivas em 2011, ultrapassando a meta de 15,7 óbitos/1000 nascidos vivos para 2015, estabelecida nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da Organização das Nações Unidas.⁶⁰ A taxa de mortalidade infantil (menores de um ano de idade), aliás, já foi reduzida para 14,4/1000 vivas em 2013,⁶¹ e 13,8/1000 vivas em 2015.⁶² Apesar do avanço, contudo, estamos longe de alcançar os melhores índices, pois a taxa é inferior a 05/1000 em vários países.

Na verdade, como divulgado pela Fundação Abrinq, com base em dados do Ministério da Saúde (Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos – SINASC e Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM), a mortalidade infantil voltou a crescer no Brasil, alcançando o índice de 14,9 óbitos por mil crianças nascidas vivas em 2016.⁶³

⁵⁶ *Ibidem*. p. 113 e 115 – grifo nosso.

⁵⁷ *Ibid*. p. 122 e 123, tabelas 4.1.

⁵⁸ “No Brasil, 79,4% das pessoas de 18 anos ou mais de idade sempre usavam cinto de segurança no banco da frente quando andavam de automóvel, *van* ou táxi”, já no banco de trás o percentual foi “de 50,2%”. *Pesquisa nacional de saúde 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. p. 55.

⁵⁹ 83,4% de pessoas de 18 anos ou mais de idade sempre usavam capacete quando dirigiam motocicleta, e 80,1% usavam capacete como passageiros de motocicleta. *Pesquisa nacional de saúde 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. p. 55 e 57.

⁶⁰ *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 113.

⁶¹ *Plano Nacional de Saúde: PNS 2016-2019*. Brasília, 2016. p. 22

⁶² Brasil em síntese, IBGE. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-mortalidade-infantil.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁶³ Cf. Observatório da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/sobrevivencia-infantil-infancia/619-taxa-de-mortalidade-na-infancia-para-1-000-nascidos-vivos?filters=1,233>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Demais, dados recentes do *World Health Statistics 2018* indicam, por exemplo, que: (i) a taxa de mortalidade materna por 100.000 nascidos vivos (2015), no Brasil foi de 44/100.000, situando nosso país em 11º entre 32 países da região das Américas, mas em nível pior que o do 49º país da Europa, entre os 50 listados;⁶⁴ (ii) o número de pessoas, em milhares, que necessitam de intervenções contra doenças tropicais negligenciadas (2016), no Brasil foi de 10.461, pior colocação na região das Américas, entre 35 países;⁶⁵ (iii) a incidência de tuberculose por 100.000 habitantes (2016), no Brasil, alcançou 42/100.000, sendo o 25º país entre 35 países da região das Américas;⁶⁶ (iv) taxa de mortalidade por 100.000 habitantes devido a lesões no trânsito (2013), Brasil = 23.4/100.000, 31º país entre 34 países da região das Américas;⁶⁷ (v) taxa de mortalidade por homicídios (por 100.000 habitantes) (2016), no Brasil = 31.3/100.000, caracterizando o 27º lugar entre 33 países das Américas, um dos piores índices do mundo.⁶⁸

No mais, os dados da Saúde obtidos são menos recentes, porquanto a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) do IBGE data de 2013, mas foram os dados dessa pesquisa que embasaram o Plano Nacional de Saúde: 2016-2019, do Ministério da Saúde, justificando sua utilização. Assim, em 2013, 27,9% da população brasileira tinha algum plano de saúde (médico ou odontológico), mas 5,2% tinham plano apenas para assistência odontológica.⁶⁹

Interessante notar que, das pessoas que conseguiram atendimento de saúde (97,0%), 64,8% tiveram algum medicamento receitado, 82,5% conseguiram obter todos os medicamentos prescritos, ao passo que 92,4% conseguiram obter pelo menos um dos medicamentos receitados.⁷⁰ Mas esses percentuais consideram “a obtenção por meio de cobertura do plano de saúde, do Programa Farmácia Popular, de algum serviço público de saúde, ou ainda pelo pagamento direto efetuado pelo próprio indivíduo”.⁷¹

A proporção de pessoas que conseguiram obter pelo menos um dos medicamentos receitados *no serviço público de saúde* foi de 33,2% (6,4 milhões de pessoas), e não houve diferenças significativas nas estimativas por Grandes Regiões do País.⁷²

⁶⁴ World Health Organization. *World Health Statistics 2018: monitoring health for the Sustainable Development Goals (SDGs)*, p. 23. O 49º é o Turcomenistão (Tukmenistan), cuja taxa é de 42 por 100.000.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 30.

⁶⁶ *Ibid.* p. 27.

⁶⁷ *Ibid.* p. 34.

⁶⁸ *Ibid.* p. 55.

⁶⁹ *Pesquisa nacional de saúde 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. p. 29 e 32.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 44.

⁷¹ *Ibid.*, p. 93.

⁷² *Ibid.* p. 45.

Dentre as políticas de saúde podem ser destacadas, em síntese, a Estratégia Saúde da Família (ESF) e a Estratégia Agentes Comunitários de Saúde (EACS), bem como o Programa Nacional de Imunização (PNI) que visa à vacinação preventiva para as principais doenças imunopreveníveis, “chegando a atingir em 2015 níveis de cobertura acima de 90,0%, com exceção da Região Norte”, que atingiu “cobertura de 80,3%”.⁷³ Esses números, todavia, são incompatíveis com os dados do *World Health Statistics 2018*, talvez pela época do levantamento, que, no Indicador 3.b.1 (“Proporção da população-alvo coberta por todas as vacinas incluídas no seu programa nacional”), aponta o Brasil com 72%, na 24ª colocação entre 30 países das Américas.⁷⁴

1.5 Educação

Ainda nos valendo dos dados da PNAD Contínua do IBGE, “a taxa de analfabetismo no país [das pessoas de 15 anos ou mais de idade] foi de 7,2% em 2016 (o que correspondia a 11,8 milhões de analfabetos), variando de 14,8% no Nordeste a 3,6% no Sul”. Ademais, “cerca de 66,3 milhões de pessoas de 25 anos ou mais de idade (ou 51% da população adulta) tinham concluído apenas o ensino fundamental”, já “no Nordeste, 52,6% sequer haviam concluído o ensino fundamental”. Por outro lado, menos de 20 milhões (ou 15,3% da população) “havam concluído o ensino superior”.⁷⁵

Em termos gerais:

No país, 11,2% da população de 25 anos ou mais não tinham instrução; 30,6% tinham o fundamental incompleto; 9,1% tinham fundamental completo; 3,9% tinham ensino médio incompleto; 26,3% tinham o ensino médio completo e 15,3% o superior completo. Portanto, mais da metade da população de 25 anos ou mais no Brasil possuíam apenas até o ensino fundamental completo. As regiões Norte e Nordeste registaram os maiores percentuais de pessoas sem instrução, 14,5% e 19,9%, respectivamente. As maiores proporções de nível superior completo foram estimadas para o Centro-Oeste (17,4%) e Sudeste (18,6%), enquanto as regiões Norte e Nordeste tiveram as menores proporções, 11,1% e 9,9%. No Nordeste 52,6% da população não alcançou o ensino Fundamental completo. Na região Sudeste, 51,1% tinha pelo menos o Ensino Médio Completo.⁷⁶

⁷³ *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 115 e 117.

⁷⁴ World Health Organization. *World Health Statistics 2018*: monitoring health for the Sustainable Development Goals (SDGs), p. 43.

⁷⁵ PNAD Contínua 2016: 51% da população com 25 anos ou mais do Brasil possuíam apenas o ensino fundamental completo. Agência IBGE notícias. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam-apenas-o-ensino-fundamental-completo.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018. O PNAD 2016 considerou a população brasileira em 205.301.000 pessoas.

⁷⁶ Agência IBGE notícias, loc. cit.

Não bastasse:

[...] A qualidade do ensino é baixa, particularmente na rede pública, onde estão 90% das matrículas do ensino básico e 75% das do ensino médio. Em 2012, o país ficou mal classificado no Programa Internacional de Avaliação de Alunos (Pisa). No desempenho em matemática, os estudantes brasileiros se saíram pior que 89% dos participantes. O desempenho considerado pelo menos adequado (nível 2, ou 482 pontos) foi atribuído a 33% dos brasileiros, bem menos que os 90% de coreanos, os 80% de vinte países e os 70% de outros quarenta países. O Brasil ficou na lista dos 11% com pior desempenho.⁷⁷

Com base no precitado Pisa 2015, “ficou evidente que os alunos brasileiros aprendem muito menos que os europeus, canadenses ou coreanos, e estão atrasados quatro ou cinco anos em relação a colegas de países industrializados.”⁷⁸

Estudo recente promovido pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, intitulado Por que o Brasil vai Mal no PISA? Uma Análise dos Determinantes do Desempenho no Exame, destaca em seu início:

A qualidade da educação no Brasil em comparações internacionais é ruim. Em 2015, o Brasil ficou na posição 59 a 66, dependendo da disciplina, de 73 regiões e [70] países no Programa Internacional de Avaliação de Alunos (*Programme for International Student Assessment - PISA*), com médias de notas em matemática (401 pontos), leitura (407 pontos) e ciências (377 pontos) abaixo das médias dos alunos da OCDE [Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico] (de respectivamente 493, 493 e 490 pontos). Essas médias não representaram melhora em relação aos últimos anos. A média brasileira de ciências tem se mantido estável desde 2006, e a de leitura, desde 2000. A média de matemática apresentou crescimento significativo de 21 pontos desde 2003, porém diminuiu 11 pontos entre 2012 e 2015 (OCDE, 2016).⁷⁹

Menos de um terço das crianças com até 3 anos de idade frequentavam creche, com taxa de escolarização de 30,4%, equivalente a 3,1 milhões de estudantes. Entre “as crianças de 4 e 5 anos, faixa correspondente à pré-escola, a taxa foi 90,2%, o equivalente a 4,8 milhões de estudantes”. “Na creche ou pré-escola, a maior parte estudava em um único turno: somente de manhã, 40,9%, ou somente de tarde, 34,8%; 23,4% estudavam de manhã e tarde.”⁸⁰

Noutro aspecto, somente “718 mil pessoas frequentavam curso de qualificação

⁷⁷ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Desafios da nação*. Brasília: IPEA, 2018. v. 1. p. 62. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32753&Itemid=433>. Acesso em: 21 maio 2018

⁷⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁷⁹ SASSAKI, Alex Hayato *et al.* Por que o Brasil vai Mal no PISA? Uma Análise dos Determinantes do Desempenho no Exame. *Policy Paper* n° 31 (Insper), jun. 2018. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/07/Por-que-Brasil-vai-mal-PISA-Analise-Determinantes-Desempenho.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸⁰ PNAD Contínua 2016... Agência IBGE notícias. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam- apenas-o-ensino-fundamental-completo.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

profissional em 2016”, ou seja, “entre as pessoas de 14 anos ou mais de idade cujo nível de instrução alcançou, no máximo, o ensino fundamental completo (ou equivalente), apenas 08% estava frequentando curso de qualificação profissional” (*ibidem*).

Na verdade, em 2016, “cerca de 25,8% dos jovens de 16 a 29 anos não estavam ocupados nem estudavam”, os chamados “nem nem”. “A maior incidência de jovens que não estudavam nem estavam ocupados se encontrava entre jovens com o fundamental incompleto ou equivalente (38,4%)”.⁸¹

Mudando de ângulo, convém ainda analisar o grau de alfabetismo no Brasil, com exame do *Indicador de Alfabetismo Funcional (INAF)*, pesquisa idealizada pelo Instituto Paulo Montenegro (IPM) e pela ONG Ação Educativa, e realizado com o apoio do IBOPE Inteligência, com o objetivo de mensurar o nível de alfabetismo da população brasileira entre 15 e 64 anos, avaliando suas habilidades e práticas de leitura, de escrita e de matemática aplicadas ao cotidiano.

O INAF apresenta os seguintes cortes dos grupos de alfabetismo, em 2015: Analfabeto, Rudimentar, Elementar, Intermediário, Proficiente. As habilidades que caracterizam esses cinco grupos de alfabetismo estão assim descritas:

Analfabeto: Corresponde à condição dos que não conseguem realizar tarefas simples que envolvem a leitura de palavras e frases ainda que uma parcela destes consiga ler números familiares (números de telefone, preços, etc.).

Rudimentar: Localiza uma ou mais informações explícitas, expressas de forma literal, em textos muito simples (calendários, tabelas simples, cartazes informativos) compostos de sentenças ou palavras que exploram situações familiares do cotidiano doméstico. Compara, lê e escreve números familiares (horários, preços, cédulas/moedas, telefone) identificando o maior/menor valor. Resolve problemas simples do cotidiano envolvendo operações matemáticas elementares (com ou sem uso da calculadora) ou estabelecendo relações entre grandezas e unidades de medida. Reconhece sinais de pontuação (vírgula, exclamação, interrogação, etc.) pelo nome ou função.

Elementar: Seleciona uma ou mais unidades de informação, observando certas condições, em textos diversos de extensão média realizando pequenas inferências. Resolve problemas envolvendo operações básicas com números da ordem do milhar, que exigem certo grau de planejamento e controle (total de uma compra, troco, valor de prestações sem juros). Compara ou relaciona informações numéricas ou textuais expressas em gráficos ou tabelas simples, envolvendo situações de contexto cotidiano doméstico ou social. Reconhece significado de representação gráfica de direção e/ou sentido de uma grandeza (valores negativos, valores anteriores ou abaixo daquele tomado como referência).

⁸¹ Síntese dos Indicadores Sociais: um em cada quatro jovens do país não estava ocupado nem estudava em 2016. 15.12.2017. Agência IBGE notícias. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18824-sintese-dos-indicadores-sociais-um-em-cada-quatro-jovens-do-pais-nao-estava-ocupado-nem-estudava-em-2016.html>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

Intermediário: Localiza informação expressa de forma literal em textos diversos (jornalístico e/ou científico) realizando pequenas inferências. Resolve problemas envolvendo operações matemáticas mais complexas (cálculo de porcentagens e proporções) da ordem dos milhões, que exigem critérios de seleção de informações, elaboração e controle em situações diversas (valor total de compras, cálculos de juros simples, medidas de área e escalas). Interpreta e elabora síntese de textos diversos (narrativos, jornalísticos, científicos), relacionando regras com casos particulares a partir do reconhecimento de evidências e argumentos e confrontando a moral da história com sua própria opinião ou senso comum. Reconhece o efeito de sentido ou estético de escolhas lexicais ou sintáticas, de figuras de linguagem ou sinais de pontuação.

Proficiente: Elabora textos de maior complexidade (mensagem, descrição, exposição ou argumentação) com base em elementos de um contexto dado e opina sobre o posicionamento ou estilo do autor do texto. Interpreta tabelas e gráficos envolvendo mais de duas variáveis, compreendendo elementos que caracterizam certos modos de representação de informação quantitativa (escolha do intervalo, escala, sistema de medidas ou padrões de comparação) reconhecendo efeitos de sentido (ênfases, distorções, tendências, projeções). Resolve situações-problema relativos a tarefas de contextos diversos, que envolvem diversas etapas de planejamento, controle e elaboração, que exigem retomada de resultados parciais e o uso de inferências.⁸²

A longa descrição de habilidades justifica-se para bem compreender a gravidade das conclusões da pesquisa: Analfabeto, 4%. Rudimentar, 23%. Elementar, 42%. Intermediário, 23%. Proficiente, 8%. Como analfabeto e rudimentar caracterizam analfabetos funcionais, chega-se a 27% de analfabetos funcionais. Entre os classificados como alfabetizados funcionalmente, a maioria é elementar (42%), e apenas 8% “estão no último grupo de alfabetismo, revelando domínio de habilidades que praticamente não mais impõem restrições para compreender e interpretar textos em situações usuais e resolvem problemas envolvendo múltiplas etapas, operações e informações”.⁸³

Curioso notar, inclusive, que “a grande maioria de quem *chegou* ou *concluiu* a educação superior permanece nos grupos Elementar (32%) e Intermediário (42%), enquanto apenas 22% situam-se na condição de Proficiente da escala considerada”,⁸⁴ e 4% estão no grupo Rudimentar, ou seja, são analfabetos funcionais.⁸⁵

⁸² INAF – *Indicador de Alfabetismo Funcional*, São Paulo, maio 2016. p. 4 e 5. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B5WoZxXFQTCRRWFyakMxOTNyb1k/view>>. Acesso em 22 abr. 2018.

⁸³ *Ibidem*, p. 7.

⁸⁴ INAF – *Indicador de Alfabetismo Funcional*, São Paulo, maio 2016. p. 9. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B5WoZxXFQTCRRWFyakMxOTNyb1k/view>>. Acesso em 22 abr. 2018. Atente-se, porém, como destacamos em itálico, que: “O grau de escolaridade indicado na tabela informa sobre o ingresso do sujeito na etapa descrita e não a conclusão da mesma.”

⁸⁵ INAF, p. 8, tabela 2a.

1.6 Mercado de trabalho

Com a recessão econômica, dados de 2016 indicam o desemprego (12%), o aumento do peso das ocupações de trabalhadores por conta própria (24,7%) e a parcela de empregados sem carteira de trabalho assinada (18,5% do total das ocupações).⁸⁶ Este recorte, de assalariamento sem carteira, ressalte-se, “está associado não apenas à precariedade do trabalho, mas constitui ilegalidade flagrante. Assim, um em cada cinco postos de trabalho no Brasil está nessa situação de ilicitude.”⁸⁷

Noutro giro, a composição do pessoal ocupado de acordo com a contribuição, ou não, para algum instituto de previdência, demonstra que ainda é baixa a cobertura previdenciária no País, “ligeiramente acima de 60%”.⁸⁸ No Norte e no Nordeste o percentual de não-contribuintes é maior do que o de contribuintes.⁸⁹

Segundo dados mais recentes, como se vê do Agência IBGE Notícias, de 27 de abril de 2018:

A taxa de desocupação do trimestre encerrado em março de 2018 chegou a 13,1%, com aumento de 1,3 ponto percentual em relação ao último trimestre do ano passado (11,8%). O total de pessoas desocupadas também cresceu no período, passando de 12,3 milhões para 13,7 milhões. Houve um aumento de 11,2% nesse contingente, ou mais 1,4 milhões de desempregados no país.⁹⁰

A distribuição das pessoas ocupadas segundo classes de rendimento mensal do trabalho, em 2015, “revela que um quarto dos trabalhadores recebeu no máximo um salário mínimo, enquanto mais da metade não superou o patamar de dois salários mínimos”; quadro que se torna ainda mais inquietante “se for levado em conta que cerca de outros 6% sequer receberam algum rendimento”.⁹¹ É a chamada inserção *tangencial* no mercado de trabalho, “entendida como a participação como trabalhador não remunerado, na produção para o próprio consumo ou na construção para o próprio uso”, que representava “6,1% na esfera nacional em 2015”, mas chegava na Região Nordeste a “11,2% dos ocupados”.

Por falar em salário mínimo, ou, melhor, no valor do salário mínimo, o Brasil não está em boa colocação na América Latina, como se vê em valores de 2018, com salário de cerca de US\$ 295.00 (R\$ 954,00), é ultrapassado pelo Panamá (US\$ 721.00), Costa Rica (US\$ 512.00), Uruguai (US\$ 431.00), Chile (US\$ 413.00),

⁸⁶ *Síntese de indicadores sociais 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 14-15.

⁸⁷ *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 179.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 181.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 190, gráfico 7.4.

⁹⁰ Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁹¹ *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 181.

Equador (US\$ 386.00), Guatemala (US\$ 380.00), Paraguai (US\$ 368.00), Honduras (US\$ 341.00), Argentina (US\$ 340.00), El Salvador e Bolívia (US\$ 300.00), e está na 12ª posição, à frente apenas da República Dominicana (US\$ 288.00), Peru (US\$ 283.00), Colômbia (US\$ 262.00), México (US\$ 141.00), Nicarágua (US\$ 115.00), Venezuela (US\$ 37) e Cuba (US\$ 29,6).⁹²

É certo, no entanto, que o almejado fim da recessão possibilitará o aumento do nível de ocupação e o desenvolvimento econômico ensejará a diminuição desse problema de modo mais rápido do que a necessária correção de nossos graves problemas sociais. Por isso, o tema não se põe com a mesma importância para o presente trabalho.

Uma última observação, todavia, afigura-se apropriada, inclusive porque decorrente dos precitados sérios problemas sociais, e que transcende índices de ocupação: a *produtividade* dos trabalhadores. Com efeito: “A composição por escolaridade da população ocupada [...], mostra que há ainda um longo caminho a percorrer para atingir patamares que garantam níveis de produtividade satisfatórios, na medida em que quase um terço dos ocupados não chegou a completar o ensino fundamental”⁹³

Aliás, e também pelo pouco investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D), bem como em ciência e tecnologia (C&T), a “produtividade brasileira não cresce – ou cresce muito pouco – desde o final dos anos 1970, e o leve movimento ascendente registrado a partir de 2000 não foi suficiente para superarmos desafios estruturais, pois decorreu mais de um aumento na mão de obra ocupada que da expansão de investimento”⁹⁴

1.7 Breve nota à guisa de conclusão

Nossos problemas sociais são imensos. A projeção de universalização do saneamento básico é para, no mínimo, cerca de duas décadas, com estudos no sentido de que, pela redução de investimentos, pode demorar quase quatro décadas. A situação da educação é lastimável, com taxa de analfabetismo de 7,2%; de analfabetismo funcional 27%; ensino fundamental incompleto 30,6% e por aí vai até chegar a 4% de analfabetos funcionais entre aqueles que alcançam ou concluem o ensino superior. O serviço de saúde pública é precário, com taxa de mortalidade

⁹² *Salario Mínimo en Latinoamérica*. Disponível em: <<http://salariominimo.com.mx/comparativa-salario-minimo-latinoamerica/>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁹³ *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 177-179.

⁹⁴ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Desafios da nação*. Brasília: IPEA, 2018. v. 1. p. 110.

infantil e mortalidade materna elevadas, considerável nível de óbitos por doenças associadas à pobreza e altíssimo índice de mortes e incapacitação por acidentes de veículos ou violência decorrente da severa falta de segurança pública.

A solução de tão graves e tão amplos problemas, que exigem sérias e múltiplas escolhas eminentemente políticas, dentre miríades de possibilidades e termos de alternativa, a reclamar dados técnicos especializados e conhecimento global dos recursos disponíveis para cada uma das alvitradas destinações, não se amolda nem se reduz ao processo e à prestação jurisdicional, e alguma coisa vai muito mal quando se espera que o Poder Judiciário resolva esses problemas.

2 Considerações Gerais

2.1 A classificação dos direitos sociais

Convém destacar, desde logo, que as expressões direitos sociais, direitos fundamentais, mínimo existencial não são definidas pela doutrina com clareza e, sob a perspectiva da “sindicabilidade judicial”, as conclusões muitas vezes se misturam, sem permitir precisa delimitação.

Em sentido mais amplo, com inexecedível autoridade, assevera Canotilho:

[...] A nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais a carga metodológica da “vagueza”, “indeterminação” e “impressionismo” que a *teoria da ciência* vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de “fuzzysmo” ou “metodologia fuzzy”. Em abono da verdade, este peso retórico é hoje comum a quase todas as ciências sociais.⁹⁵

Nesse contexto, a menção a “direitos fundamentais sociais” no título deste trabalho não representa acolhimento conceptual da teoria sobre a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, que teria eficácia plena e justiciabilidade. Nem perfilhamos qualquer corrente relativa ao primado dos direitos sociais ou à indivisibilidade dos direitos humanos, “que compreenderiam os direitos fundamentais e os sociais”, como exposto com a mestria habitual pelo eminente professor Ricardo Lobo Torres.⁹⁶

Além de ser flagrantemente reconhecido que “não há fronteira nítida” entre “direitos fundamentais e direitos sociais”, e que “o mínimo existencial aparece, não raro, emburilhado com os direitos sociais, sendo missão deveras difícil detectá-los a jusfundamentalidade”,⁹⁷ o critério se afigura tênue, com significativa área de penumbra e transição.

Como ensina Gustavo Amaral: “Haveria, portanto, uma ampla zona de transição

⁹⁵ “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97-113, espec. p. 99 – grifado no original.

⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 9, 40 et seq.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 17 e 13, respectivamente.

entre o mínimo existencial e o ‘não mínimo’”, e “como associar um resultado binário, exigível x não exigível a um gradualismo? O resultado desse confronto nos parece ser a abertura de um enorme campo para o subjetivismo, ou mesmo para o ‘achismo’”.⁹⁸

Felipe de Melo Fonte, ao adotar e aprofundar o *discrímén* “mínimo x não-mínimo” para embasar a justiciabilidade, e afirmar que do gradualismo “não decorre a impossibilidade real de se buscar uma linha que separe o que é mínimo existencial e os direitos cuja concessão está sujeita à deliberação democrática (em abstrato ou diante de um caso particular)”, admite que “*não está excluída a redução do mínimo a patamares inferiores aos apresentados neste [naquele] capítulo*”,⁹⁹ mas se há possibilidade de reduzir o mínimo a patamares inferiores, na verdade o mínimo não é mínimo, ou é um mínimo meramente relativo,¹⁰⁰ abrindo realmente espaço para o subjetivismo.

Ressalte-se, no particular, o cuidadoso trabalho realizado por Ana Paula de Barcellos na busca da determinação do conteúdo do *mínimo existencial*, que seria composto “de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”, os quais correspondem ao “núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”.¹⁰¹ É certo que a diletta professora traz vários elementos concretos de possível delimitação,¹⁰² mas cogita que sua proposta do mínimo existencial pode ser superada.¹⁰³

Assim, a construção de um mínimo existencial visa a fixar pontos que poderiam ser *imediatamente* exigidos judicialmente, independente de *interpositio legislatoris*, mas o conceito é substancialmente relativo e representa uma limitação, ao nosso ver, artificial. O mínimo de São Paulo ou Santa Catarina não é *genericamente* o mesmo do Maranhão ou do Piauí,¹⁰⁴ o mínimo de hoje não será, provavelmente, o mínimo de

⁹⁸ *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 118.

⁹⁹ *Políticas públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 226-227 – grifado no original.

¹⁰⁰ Gustavo Amaral salienta: “Não empregamos a expressão ‘mínimo existencial’ porque nos parece um tanto contraditório estabelecer gradação do superlativo absoluto sintético de pequeno”. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 120.

¹⁰¹ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

¹⁰² *Ibidem*, p. 148 *et seq.* e 260 *et seq.*

¹⁰³ *Ibid.*, p. 258.

¹⁰⁴ Na crítica de Gustavo Amaral: “O mínimo existencial é o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior de Alagoas e de Piauí? Se a resposta for positiva, então a escassez de recursos não estará sendo considerada. Se a resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma ‘condição’ que afasta a exigibilidade ‘incondicional’”. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 102.

amanhã. A Constituição se refere a “direitos”, sem referências a mínimos, e por que pretender limitar sua eficácia positiva ao que seria absolutamente elementar?

Como procuramos demonstrar no capítulo anterior, ainda que de forma breve e sucinta, não seria materialmente possível realizar hoje, no Brasil, nem sequer a proteção do mínimo existencial para toda a população, mesmo que seja ele considerado como “renda mínima, saúde básica e educação fundamental”,¹⁰⁵ e, portanto, do ponto de vista da tutela jurisdicional as questões que se põem são inexoravelmente as mesmas dos direitos sociais.

Quando a doutrina se esforça para definir um *núcleo básico* ou um *mínimo* prontamente exigível, uma *norma-regra* de imediata subsunção, aludindo a direito subjetivo público que pode ser vindicado individualmente, decerto não almeja – ou não deveria almejar – satisfazer um único indivíduo. Vejamos o caso do ensino fundamental, que o art. 208, § 1º, da Constituição Federal reconhece como “direito público subjetivo”, pelo que “o indivíduo poderá exigir judicialmente uma vaga em alguma escola pública”.¹⁰⁶ Nessa linha, não havendo vaga, o particular poderia, por exemplo, pedir ao Judiciário a condenação do “Estado a custear o estudo do menor em escola privada existente na área”,¹⁰⁷ em uma “instituição de ensino privada de padrão e custo similares ao da pública até que a Administração esteja em condições de prestar o serviço”.¹⁰⁸

Deixando de lado, por ora, questões específicas, será que a obtenção da vaga exclusivamente por Tício, filho de Mévio, atenderia à *mens Constitutionis*? A probabilidade de faltar apenas uma vaga é ínfima e, naturalmente, a questão abrangeria a falta de vagas para diversas (ou muitas) crianças, e a pretensão à vaga, inclusive, se necessário, em escola privada, mencionada individualmente, certamente quer significar a aspiração de exercício da pretensão *por todas* aquelas crianças, pois só assim seriam efetivamente respeitados os *fundamentos* e os *objetivos essenciais* da República Federativa do Brasil (artigos 1º, III, e 3º, I a IV, da CF). Vale dizer: mesmo aludindo à tutela individual, o que se quer, em conformidade com a Constituição, é a satisfação *de todos* na mesma situação, nos limites do possível. Não é à toa, por conseguinte, que se costuma exigir ou enaltecer a tutela coletiva dos direitos sociais.¹⁰⁹

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001. p. 31.

¹⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 261.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 144.

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 264.

¹⁰⁹ CANELA JUNIOR, Osvaldo, p. ex., assevera: “O processo coletivo é o instrumento adequado à efe-

Pode até vir à mente, de súbito e com simplicidade, que satisfazer alguém é melhor do que não satisfazer ninguém, mas a equação se torna intrincada quando se leva em conta, por respeito à realidade, que a satisfação aleatória de alguns pode dificultar ou comprometer a satisfação de todos. Lembre-se que no Brasil não há apenas duas dúzias de pessoas aquém do que representaria o mínimo existencial.

Como se viu no capítulo anterior, nossos indicadores sociais, na área de saúde, estão, muitas vezes, abaixo dos piores índices da América do Norte, Europa e Ásia Oriental, não raro à frente apenas dos piores indicadores de alguns países da África.¹¹⁰ Além disso, quase 10% da população tinha rendimentos inferiores a R\$ 170,00 por mês, e 25,4% menos de R\$ 387,07 mensais, na linha da extrema pobreza e da pobreza;¹¹¹ 27% da população não tem o esgoto sequer coletado e 45% não tem o esgoto tratado; apenas um terço das crianças com até 3 anos de idade frequentavam creche, com taxa de escolarização de 30,4%, cerca de somente 3,1 milhões de estudantes; a taxa de analfabetismo total no país (das pessoas de 15 anos ou mais de idade) foi de 7,2% em 2016 (o que correspondia a 11,8 milhões de analfabetos), e a de analfabetismo funcional de 27% da população; 11,2% da população de 25 anos ou mais não tinha instrução em 2016, e 30,6% tinham o fundamental incompleto.

Pois bem, diante da dura realidade, como desconsiderar a situação global e a evidente escassez de recursos; como assegurar, de imediato, por decisão judicial, cerca de 63 milhões de vagas para a educação fundamental,¹¹² inclusive para aqueles que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, incisos I e II, e § 1º, da CF), ou cerca de 6 milhões de vagas em creche (arts. 7º, XXV, e 208, IV, da CF)?

Ao apreciar essas questões, questões de direito social, ainda que básicas, não cabe ao juiz, como veremos em capítulos futuros, deixar de analisar as políticas públicas existentes (p. ex.: Bolsa Família, Lei 10.836/04; assistência social, arts. 203 e 204 da CF, Lei 8.742/93; Programa Educação Básica) e, para eventuais correções ou incrementos, *ex vi Constitutionis*, deverá examinar competências constitucionais e dotações orçamentárias, a não ser que se imaginem concessões a esmo e, destarte, arbitrárias.

tivação dos direitos fundamentais sociais, dada a sua inequívoca natureza difusa” (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 173, conclusão 26). Conquanto a ideia do “processo coletivo” nos pareça perfeita, a “inequívoca natureza difusa” será adiante questionada. FONTE, Felipe de Melo sustenta a “preferência da tutela coletiva sobre tutela individual”, referindo-se à “hierarquização de tutelas” (*Políticas públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 197).

¹¹⁰ Vejam-se os dados do *World Health Statistics 2018*, no item 1.4, do Capítulo I, *supra*.

¹¹¹ Com cerca de 21% da população beneficiada pelo programa Bolsa Família. MARCHESINI, Lucas. Benefícios do Bolsa Família sustentam 21% da população do país. Valor Econômico, Brasília, 5 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5306087/beneficios-do-bolsa-familia-sustentam-21-da-populacao-do-pais>>. Acesso em: 28 maio 2018.

¹¹² Aproximadamente 30,6% da população, perto de 207 milhões de pessoas.

De outro modo, aliás, a concepção de decisões judiciais em quantidade, com relação a direitos *sociais*, que encerram o valor *igualdade*,¹¹³ em nível *individual*, para satisfação de alguns, cria nítidas distorções e transforma o Poder Judiciário em instrumento para contornar ou burlar imprescindíveis políticas públicas, estabelecendo funesta competição de quem conseguir primeiro a decisão (liminar ou definitiva) obtém primeiro o direito, com relação a direitos que, a rigor, são *da sociedade*.¹¹⁴ Dessa competição, todavia, normalmente não participam as “pessoas invisíveis de tão pobres”,¹¹⁵ e o Judiciário pode, em vez de “remover as injustiças [sociais] encontradas na sociedade”,¹¹⁶ contribuir para agravá-las, até mesmo porque, de ordinário, quanto mais houver decisões individuais, mais difícil será estabelecer, com eficiência e economicidade, a política pública universal, isonômica – *et pour cause* –, adequada.

Essa preocupação é muito bem destacada pela culta e brilhante professora Ana Paula de Barcellos, na perspectiva além do mínimo existencial:

Muitas vezes, o magistrado imagina, que negar o pedido de um autor, sob o fundamento de que não fará qualquer diferença prática, se trata de uma prestação de saúde básica, pois duvida que os recursos em questão serão aplicados pelo Poder Público no setor, portanto, garantir a saúde ao menos desse indivíduo real, já que ele [o magistrado] não tem controle sobre o restante. Ainda que isso possa ser eventualmente verdadeiro, o certo é que, ao determinar o fornecimento de outras prestações de saúde além do mínimo existencial, sem fundamentar-se em uma decisão política pública, o Judiciário também não está contribuindo para a generalização da saúde básica.

Muito ao revés, tais decisões judiciais acabam por se transformar, involuntariamente, em veículos de uma tradicional ação de distribuição de renda no âmbito da sociedade brasileira: todos custeiam, sem que tenham decidido fazê-lo, determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma

¹¹³ “Os direitos sociais, também chamados direitos de igualdade, correspondem à segunda geração dos direitos humanos”. BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 04, nº 01, p. 488-512, 2011, espec. p. 505. Vide, porém, a crítica de Flávio Galdino à adoção dessa ordem entre nós, pois, “no que concerne ao Brasil, especificamente, é lícito afirmar – em linhas simplificadas – que, ao contrário do que ocorreu na prática institucional inglesa, na prática brasileira vieram em primeiro lugar os direitos sociais [...]”. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 171.

¹¹⁴ Referindo-se ao tema “primeiro a obter liminar, primeiro a ser atendido”, em relação a concursos públicos, observa Gustavo Amaral: “O conflito entre critérios adotados numa ótica de microjustiça e critérios adotados numa ótica de macrojustiça põe em questão um somatório de escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo irracional [...]” *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 97)..

¹¹⁵ A significativa frase aspeada é de Luís Roberto Barroso, com sua sensibilidade única. É preciso estabelecer como meta uma razoável duração do processo. *Revista Consultor Jurídico*, 5 set. 2016, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-05/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo>>. Acesso em: 28 maio 2018.

¹¹⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 04, nº 01, p. 488-512, 2011, espec. p. 507-508.

decisão favorável. Note-se que no caso do mínimo existencial, diferentemente, há sim uma decisão política fundamental – constitucional –, pela qual toda a sociedade se comprometeu a custeá-la para assegurar a dignidade de todos os homens.¹¹⁷

Em substância, entretanto, a nosso ver, com a máxima vênia, mesmo em se tratando de mínimo existencial (*escasso!*), as decisões judiciais em benefício individual acabam por se transformar em veículos para atender as necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram decisões favoráveis, sem que a decisão individual sequer contribua “para a *generalização* da saúde básica”.¹¹⁸

Voltando ao exemplo do ensino fundamental: o *autor* do processo obtém vaga na escola particular, várias outras crianças – que não buscaram ou não tiveram acesso ao Judiciário – continuarão sem escola, havendo discriminação indevida.

A solução constitucionalmente mais adequada não seria buscar o juiz – em diálogo com as autoridades públicas –, valendo-se da ação proposta, decisões capazes de desenvolver a política pública que atenda, quanto antes, ao autor e ao maior número possível de crianças na mesmíssima penúria?

É certo, no entanto, convém deixar claro, que a concessão judicial de prestações que extrapolem o mínimo existencial, diante de nossa triste situação, representa, sem dúvida, mal maior, mas nem por isso pode o Judiciário desconsiderar o sistema jurídico constitucional (como um todo) e as políticas públicas, ou seja, a perspectiva social, quando apreciar demandas abrangendo renda mínima, saúde básica, educação fundamental.

Assim sendo, as referências a *direitos fundamentais sociais* no título e no texto deste trabalho, em primeiro lugar, seguem a linha dos autores que a eles fazem menção por estarem previstos na Constituição da República,¹¹⁹ e, em segundo lugar, visam, precipuamente, a fixar a questão das políticas públicas e da tutela jurisdicional a partir de seu elemento mais grave, já que, seguindo a lição de Gustavo Amaral, *quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida*.¹²⁰

Em poucas palavras: o intrinsecamente relativo mínimo existencial pode constituir valor a ser considerado, mas não parâmetro para a incondicional concessão jurisdicional de prestações individuais positivas. Na verdade, nada que exija dispêndio de recursos públicos, pode ser absoluto e incondicional.

¹¹⁷ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 276.

¹¹⁸ Grifo nosso.

¹¹⁹ Cf., p. ex., MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 831.

¹²⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 120.

2.2 A inafastabilidade do controle jurisdicional

Mais do que isso, porém, a problemática teórica exposta no item anterior, tão debatida por constitucionalistas e internacionalistas, gravita, na realidade, em torno da chamada *justiciabilidade*,¹²¹ a qual, a rigor, mesmo que seja negada a jusfundamentalidade, nesta ou naquela hipótese, jamais poderia ser interpretada como eventual vedação de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), sendo, por conseguinte, premissa *irrelevante* para este estudo, já que, proposta a ação e *alegada* a violação à Constituição, ao juiz caberá julgar o(s) pedido(s) ou, excepcionalmente, extinguir o processo sem resolução do mérito, e é exatamente a atuação da Justiça que nos interessa.

Referindo-se à justiciabilidade das políticas públicas, ressalta Maria Paula Dallari Bucci, “[q]ue essa justiciabilidade existe, ninguém há de negar, em face do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Os modos de exercê-la, no entanto, são vários, alguns mais ‘compreensíveis’ pela ordem jurídica em vigor – é o caso da ação civil pública, por exemplo – e outros menos”.¹²²

2.3 A proteção judicial

Como parece possível depreender do subitem 2.1, *supra*, a distinção entre princípios, regras e direitos subjetivos, consoante vêm debatendo, com grande intensidade, os publicistas, ainda está relacionada, ao menos em parte, à chamada justiciabilidade, direta e imediata, dos direitos sociais.

Noutro enfoque, para nós fundamental, com inspiração em estudo de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein,¹²³ que demonstraram que também os denominados “direitos negativos” ou direitos da liberdade – e não apenas os “direitos positivos” ou direitos a prestações do Estado – têm elevado custo, foi incorporada à discussão sobre a exigibilidade dos direitos sociais a noção indispensável do *custo* dos direitos.¹²⁴

Assim, adveio excelente obra de Flávio Galdino, na qual foi extensa e

¹²¹ Neologismo equívoco e estranho ao nosso sistema jurídico.

¹²² *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 257-258.

¹²³ *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

¹²⁴ Curioso notar que Luís Fernando Sgarbossa lançou livro intitulado *Crítica à teoria dos custos dos direitos*: reserva do possível. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010. v. 1. Todavia, no primeiro volume, o único publicado, apenas cuidou do subtítulo, a reserva do possível, com exceção do subitem 2.2.4 (p. 198-214), onde, após tentar resumir, em tom crítico, as obras de Flávio Galdino e Gustavo Amaral, que serão mencionadas a seguir no texto, promete: “Crítica substancial à Análise Econômica do Direito será feita no segundo volume desta obra, para a qual se remete o leitor.” Mas, apesar da remissão e dos anos decorridos, ao que se sabe, o segundo volume ainda não foi lançado.

profundamente sustentada a necessidade de que “o direito, em especial o direito público, leve a sério – pragmaticamente – a escassez de recursos”.¹²⁵ E adverte:

Antes de ser uma inimiga ou um mero artifício ideológico para denegação de direitos, a compreensão da escassez de recursos – ao lado da correta compreensão dos custos dos direitos – através de análises de custo-benefício, significa um meio de converter o Direito em um poderoso instrumento de transformação social, representando também, até mesmo, uma justificativa para o próprio direito.¹²⁶

Dessa forma, na lição do autor, “não se admite mais a afirmação de um direito fundamental sem a necessária inclusão e séria consideração acerca dos seus custos”, e, assim, “incluindo os custos no conceito de direito fundamental, podemos falar em **um conceito pragmático de direito fundamental**”.¹²⁷ Não obstante, pouco antes, os direitos fundamentais foram reconhecidos “como direitos subjetivos, representando situações valoradas positivamente pelo ordenamento jurídico – aí entendido também e principalmente o momento de aplicação do Direito [...]”.¹²⁸

Desenvolvendo a ideia, em seguida, assevera Galdino: “Como se pode observar, a própria justiciabilidade de um invocado direito fundamental depende da aferição das possibilidades reais – entenda-se orçamentárias. Mais do que isso, depende da demonstração de que os benefícios justificam tais custos (em vez de outros)”.¹²⁹

Gustavo Amaral, num primeiro momento, refere-se à “pré-compreensão quanto à dimensão positiva dos direitos fundamentais”, para afirmar: “Para a correta compreensão dessas pretensões positivas, deve o intérprete pressupor a limitação de recursos para atender a todos e, assim, deve pressupor a existência e a legitimidade de decisões alocativas pelo Estado, [...] com vistas à concretização dessas normas”.¹³⁰

Em *post scriptum* para a segunda edição de seu livro, além de conservar a ideia de que “[é] necessário ter, como elemento de pré-compreensão, que a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas”, e que “[a] interpretação deve ter isto em consideração”,¹³¹ Amaral destaca que “[a] decisão do caso é ato de *aplicação do direito*, que detém relevância própria em relação à interpretação”,¹³² e conclui:

¹²⁵ *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 252.

¹²⁶ *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 252.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 339 – negrito no original.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 336.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 342.

¹³⁰ *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 109.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 182.

¹³² *Op. cit.*, p. 183. Convém transcrever, para melhor compreensão, trecho anterior do autor: “Agora – e aqui reside o ponto central da evolução entre o que exposto na versão originária e na atual – nos parece que é

Na *aplicação* é preciso ter em consideração o *caso concreto*. Ele inclui não apenas a necessidade relativa àqueles indicados ou referidos na demanda, mas também os resultados que razoavelmente se pode esperar (1) da enunciação como *regra* de que todos os casos com as mesmas características devem ser ou não atendidos e (2) da indisponibilidade dos meios utilizados para atender aos beneficiados pelo pedido para atender a outros. O órgão que foi para um não vai para outro, o remédio que um recebeu o outro não toma, construído o centro de referência para queimados, os tuberculosos não serão ali atendidos.¹³³

A consideração dos custos dos direitos sociais foi destacada por José Joaquim Gomes Canotilho: “Hoje, como ontem, os direitos sociais, econômicos e culturais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro”, aludindo à “reserva das caixas financeiras” e à “reserva do possível”,¹³⁴ para, depois de alguns reparos e observações críticas, assentar:

[...] Parece inequívoco que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela *gradualidade* da realização; (2) pela *dependência financeira* relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial *liberdade de conformação do legislador* quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela *insusceptibilidade de controlo jurisdicional* dos programas político-legislativos, a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns ‘dogmas’ contra os direitos sociais.¹³⁵

Além da irrefragável relevância do custo dos direitos sociais, convém salientar o caráter essencialmente principiológico desses direitos,¹³⁶ em razão da intrínseca gradualidade. Na respeitada lição de Robert Alexy, assaz difundida entre nós, “[o] ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Desta forma: “Princípios são [...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em

preciso separar a interpretação da aplicação do Direito. A questão da escassez tem papel mais relevante *na aplicação* do direito do que na especificação de seu conteúdo sem ser em vista de um caso concreto” (op. cit., p. 151 – grifado no original).

¹³³ *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183 – grifado no original.

¹³⁴ “Metodologia *fuzzy*” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97-113, espec. p. 106-107.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 107 – grifado no original.

¹³⁶ “No plano normativo (operacional), considerando que as normas jurídicas são estabelecidas e compreendidas fundamentalmente em sentido principiológico e atentando também para que o aplicador do Direito deve ponderá-las no momento da respectiva aplicação – a chamada ponderação *ad hoc* –, convém considerar também nessa operação as possibilidades fáticas ou reais e, mais do que isso, analisar os custos e benefícios de determinada medida” (GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 341).

graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”¹³⁷

O mais interessante é que, em palestra proferida no Brasil, em dezembro de 1998, referindo-se inclusive à nossa Constituição, afirmou Alexy:

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem ainda uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais que devem aqui ser considerados, é de grande significado. Ela possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não-validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.¹³⁸

O substancial, em resumo, a nosso ver, é que não há como simplesmente reconhecer direitos subjetivos incondicionalmente exigíveis do Estado, *ad instar* de meros direitos de crédito,¹³⁹ com relação a direitos econômicos, sociais e culturais, porquanto nada que abranja dinheiro, precipuamente escassos recursos públicos, pode ser absoluto.

Veja-se a lição de Holmes e Sunstein, sob a rubrica Retórica e Realidade:

Direitos são comumente descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Mas estes são floreios claramente retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetivação pressupõe um gasto seletivo de valores pagos pelos contribuintes pode, afinal de contas, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário, sem levar em conta as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes são os responsáveis finais.¹⁴⁰

¹³⁷ *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90 – grifado no original.

¹³⁸ Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999, espec. p. 78-79.

¹³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599, *passim*.

¹⁴⁰ *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 97. No original: “*Rhetoric and Reality. Rights are familiarly described as inviolable, peremptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility.*”

Posto isso, mais uma vez, depois de breve menção a polêmicas dos estudiosos dos direitos fundamentais, devemos ressaltar que, a rigor, a questão relativa à estrita definição da natureza jurídica das normas sobre direitos sociais não é essencial para este trabalho, já que, como ensinou o Mestre, embora ao cuidar dos interesses ou direitos coletivos, “inexiste princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica subjetiva que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra.”¹⁴¹

Do ponto de vista da tutela jurisdicional, portanto – e aqui ainda com maior razão –, basta ver que a Constituição Federal alude a “direitos” sociais e, *ipso facto*, cumpre verificar o grau e dimensão da proteção que o próprio sistema constitucional, interpretado realisticamente, a eles assegura, para então examinar, em perspectiva instrumental, as peculiaridades especiais dos respectivos processos.

¹⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: *Temas de Direito Processual*: primeira série. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110-123, espec. p. 114 – grifado no original.

3 Governabilidade e Constitucionalismo na América Latina

3.1 Análise

O título deste capítulo provém do livro *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*, coordenado pelo professor Diego Valadés, pesquisador do Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) e ex-Ministro da Suprema Corte de Justicia de la Nación, no qual – depois de ressaltar que “a governabilidade faz parte do contexto constitucional e político de um país”,¹⁴² e que “os aspectos distintivos correspondem ao estágio de desenvolvimento ou consolidação vivido por cada democracia, de modo que a análise comparativa apenas nos oferece alguns elementos para contrastar diferentes realidades”¹⁴³ – estipula: um dos objetivos da obra é explorar a relação da “governabilidade com o sistema constitucional”, “para estabelecer em que medida a governabilidade depende de uma adequada estrutura constitucional”.¹⁴⁴

Mais do que isso, no entanto, nos vários estudos que compõem o supramencionado livro encontramos referências que permitem identificar problemas semelhantes dos países da América Latina, algumas reivindicações ou propostas de solução, tudo bastante útil para o desenvolvimento do presente trabalho. A ideia, decerto, não é compendiar o livro, mas apenas destacar os pontos de afinidade que nos parecem sensíveis e relevantes para, conhecidos os obstáculos, melhor fundamentar algumas de nossas futuras considerações.

Antes, porém, cabe assentar que, como ensina José Afonso da Silva, na

¹⁴² “*La gobernabilidad es parte del contexto constitucional y político de un país.*” (VALADÉS, Diego (Ed.). Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio introductorio. In: *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. IX-XLI, espec. p. IX).

¹⁴³ “*Los aspectos distintivos corresponden a la etapa de desarrollo o de consolidación que viva cada democracia, de suerte que el análisis comparativo sólo nos ofrece algunos elementos para contrastar realidades diferentes [...]*” (*Loc. cit.*).

¹⁴⁴ Na íntegra: “*Otro aspecto que resulta relevante es asociar la gobernabilidad con el sistema constitucional. Uno de los objetivos de esta obra es explorar esa relación, para establecer hasta qué punto la gobernabilidad depende de una adecuada estructura constitucional.*” (*Ibidem*, p. IX-X).

doutrina brasileira, em geral, “os termos *governabilidade* e *governança* se referem a fenômenos diferentes. *Governabilidade* tem conotação política; *governança* tem sentido institucional”. Na doutrina estrangeira nem sempre encontramos essa diferenciação, utilizando-se o termo *governança* (‘gouvernance’, ‘governanza’, às vezes ‘gubernación’, ‘governança’), para abranger aspectos da governabilidade.¹⁴⁵ O próprio autor cita, entretanto, entre nós, Maria Helena de Castro Santos, que afirma: “Com a ampliação do conceito de *governance* fica cada vez mais imprecisa sua distinção daquele de governabilidade”.¹⁴⁶

Sem desconhecer que “*el concepto de gobernabilidad es uno de los que más polémicas ha generado*”,¹⁴⁷ valemo-nos aqui, dentre os diversos mencionados no livro, daqueles conceitos que nos parecem refletir a melhor perspectiva para a nossa pesquisa. Assim, Rodrigo Borja, citando Antonio Camou, define *governabilidad* como “*un estado de equilibrio dinámico entre las demandas sociales y la capacidad de respuesta gubernamental*”.¹⁴⁸

Na mesma linha, Bolívar Lamounier refere-se “ao sempre precário equilíbrio entre, de um lado, as capacidades do governo (capacidade decisória, capacidade de implementação, capacidade de angariar apoio social) e, do outro lado, [...] as aspirações, necessidades, demandas e pressões da sociedade”.¹⁴⁹

Convém ainda salientar, de antemão, como adverte Diego Valadés, que é importante enfatizar que, ao falar de governabilidade, se está incluindo a responsabilidade que concerne a todos os órgãos de poder. Deve tomar-se cuidado em não fazer recair responsabilidades somente no órgão tradicionalmente conhecido como executivo ou de governo (*stricto sensu*). Em um Estado constitucional, a tarefa de governar, e o desempenho que consideramos característico da governabilidade, corresponde a todos os órgãos investidos de competência para exercer atos

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. A governabilidade num Estado democrático de direito. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 1-29, espec. p. 2 – grifado no original.

¹⁴⁶ Governabilidade, governança e democracia: Criação de Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 40, nº 3, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300003>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁴⁷ ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio César. La búsqueda de la gobernabilidad democrática a partir del cambio constitucional de 1991. El caso de Colombia como un proceso inconcluso y amenazado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 275-329, espec. p. 275-276.

¹⁴⁸ “[...] um estado de equilíbrio dinâmico entre as demandas sociais e a capacidade de resposta governamental.” (BORJA, Rodrigo. La gobernabilidad: talón de Aquiles de nuestra América. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 59-72, espec. p. 60). Também adotando o conceito de Camou, veja-se SALAZAR UGARTE, Pedro, Desde la gobernabilidad ideal hasta la (in)governabilidad posible. Una reflexión sobre la realidad política de América Latina. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 379-399, espec. p. 380.

¹⁴⁹ Brasil: reflexões sobre governabilidade e democracia. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 239-250, espec. p. 239.

de autoridade.¹⁵⁰ No mesmo sentido, Valentin Paniagua Corazao afirma que a governabilidade está relacionada “com todas as áreas em que funciona ou é exercido o poder”.¹⁵¹

Em verdade, no entanto, além dos organismos oficiais, a governabilidade é dever de todos. Como registrou Héctor Gros Espiell, transcrevendo trecho de discurso de Wilson Ferreira Aldunate: “Nosso primeiro dever, o dever de todos, é garantir a governabilidade do país”.¹⁵² É certo que Aldunate, naquele momento, aludia à consolidação das instituições democráticas no Uruguai, mas a ideia básica – o *dever de todos* – deve ser amplamente aplicada à governabilidade, num estado democrático de direito.

Dito isso, cumpre agora indicar, para posterior análise, com base nos artigos coligidos no supracitado livro, as questões afins de (in)governabilidade que, conquanto em proporções diferentes, afligem a América Latina. São elas, em suma: pobreza e desigualdade, com expressiva carência nas áreas de saúde, alimentação, educação e habitação; violência; clientelismo, corrupção e impunidade; legitimidade; representatividade; eficiência; segurança jurídica; separação de poderes, predomínio do Poder Executivo; indiferença ou insatisfação pela democracia.

As referências à pobreza e à desigualdade social são constantes, mencionando Rodrigo Borja que “o flagelo multidimensional da *pobreza*, que é a consequência de um longo processo de acumulação de renda, é o primeiro obstáculo que encontra a governabilidade nos países em desenvolvimento”.¹⁵³

Do México, Gilberto Rincón Gallardo assevera que “a pobreza é o maior problema do país”,¹⁵⁴ ao passo que Pedro Salazar Ugarte, de forma geral, exclama:

¹⁵⁰ No original: “Llegados a este punto conviene enfatizar que, al hablar de gobernabilidad, se está involucrando la responsabilidad que concierne a todos los órganos del poder. Debe tenerse cuidado en no hacer recaer la responsabilidad sólo en el órgano tradicionalmente conocido como ejecutivo o de gobierno (stricto sensu). En un Estado constitucional la tarea de gobernar, y el desempeño que estimamos característico de la gobernabilidad, corresponde a todos los órganos investidos de competencia para ejercer actos de autoridad”. (Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio introductorio. In: *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. IX-XLI. espec. p. XIII).

¹⁵¹ *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina: el presidencialismo peruano. Retos y propuestas*. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 331-363, espec. p. 331.

¹⁵² *La lucha por la libertad. Obras de Wilson Ferreira Aldunate*. Montevideo: Cámara de Representantes, 1992. p. 283, *apud* GROS ESPIELL, Héctor. *La gobernabilidad y la Constitución uruguaya*. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 221-238, espec. p. 223.

¹⁵³ “El flagelo multidimensional de la pobreza, que es la consecuencia de un dilatado proceso de acumulación del ingreso, es el primer obstáculo que encuentra la gobernabilidad en los países en desarrollo”. (La gobernabilidad: talón de Aquiles de nuestra América. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 59-72, espec. p. 64 – grifado no original).

¹⁵⁴ “La pobreza es el mayor problema del país. Está a la base de los demás problemas que entorpecen el desarrollo institucional, el aumento de la calidad de vida y la seguridad y certidumbre de la vida ciuda-

“o principal problema dos países latino-americanos é o atraso social. Pobreza e desigualdade atravessam a região como cavaleiros de um Apocalipse que não terminou, mas que sempre esteve presente”.¹⁵⁵

Sob outro enfoque, a pobreza é mencionada, por vezes, com relação à democracia, seja para destacar que “ela põe à prova não apenas a opção de governo, mas a própria *democracia*”,¹⁵⁶ ou que representa “a principal ameaça às novas democracias”,¹⁵⁷ seja para, (também) em razão dela, revelar nossa fragilidade democrática, já que, como observou Lorenzo Córdova Vianello, “as condições de desequilíbrio econômico, de pobreza e de desigualdade social que prevalecem em praticamente todos os países latino-americanos são, junto com a demanda de governabilidade, o principal desafio que enfrentam nossas *incipientes democracias*”.¹⁵⁸

Além da pobreza e da desigualdade social, surgem alusões à corrupção, “outra ameaça à estabilidade política, porque deslegitima os governantes que nela incorrem e destrói os valores éticos da sociedade”,¹⁵⁹ sendo certo, portanto, que “a

dana...” (La gobernabilidad democrática y los temas olvidados de una necesaria reforma del Estado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 365-377, espec. p. 371).

¹⁵⁵ “[...] *el principal problema de los países Latinoamericanos es el rezago social. Pobreza y desigualdad atraviesan la región como jinetes de un Apocalipsis que no ha terminado de llegar pero que siempre ha estado presente. [...] el problema de fondo: la desigualdad social. El abismo económico y educativo (que no cultural) que separa a unas personas de otras...*” (Desde la gobernabilidad ideal hasta la (in)governabilidad posible. Una reflexión sobre la realidad política de América Latina. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 379-399, espec. p. 397).

¹⁵⁶ BORJA, Rodrigo. La gobernabilidad: talón de Aquiles de nuestra América. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 59-72, espec. p. 64 – grifado no original.

¹⁵⁷ “[...] *la principal amenaza para las nuevas democracias tiene nombre y apellido: se llama pobreza y se apellida desigualdad...*” (SALAZAR UGARTE, Pedro. Desde la gobernabilidad ideal hasta la (in)governabilidad posible. Una reflexión sobre la realidad política de América Latina. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 379-399, espec. p. 395).

¹⁵⁸ “*Las condiciones de desequilibrio económico, de pobreza y de desigualdad social que privan en prácticamente todos los países latinoamericanos son, junto con la demanda de gobernabilidad, el principal reto que enfrentan nuestras incipientes democracias*” (Repensar la gobernabilidad de las democracias.” In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 97-119, espec. p. 116 – grifo nosso). Pouco antes, mencionou: “*La idea de dignidad humana que subyace a los derechos sociales implica la satisfacción de ciertas condiciones mínimas de igualdad que acaban siendo determinantes para el efectivo ejercicio de los derechos de libertad política en los que se funda la democracia; aquéllos constituyen, para decirlo de otra forma, la precondition misma de la democracia.*” (p. 103 – grifo nosso).

¹⁵⁹ “*Qué decir de la corrupción. Es otra amenaza contra la estabilidad política porque ilegítima a los gobernantes que incurren en ella y destruye los valores éticos de la sociedad...*” E conclui: “*La corrupción ha llevado a un profundo malestar social cuyos principales síntomas son la suspicacia frente al gobierno, la desconfianza en las instituciones democráticas, el descrédito de los partidos y de otros sistemas de intermediación, la abstención electoral, la apatía cívica, el derrumbe de los valores ético-sociales y otras manifestaciones de desencanto colectivo que tornan cada vez más difícil el gobierno de los Estados*” (BORJA, Rodrigo. La gobernabilidad: talón de Aquiles de nuestra América. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 59-72, espec. p. 67 e 68).

cidadania, para assegurar bons níveis de governabilidade democrática, exige hoje castigo à corrupção e à impunidade”, “a luta aberta e pública contra a corrupção em todos os níveis e esferas”.¹⁶⁰

Bolívar Lamounier menciona “o problema do clientelismo e da corrupção”, para concluir:

Como em outros países latino-americanos, no Brasil o clientelismo e a corrupção não se deixam delimitar de maneira precisa, como fenômenos objetivos. Têm uma aura assaz elástica: um anel ou *expectativa* de corrupção adicional, anel que tende a se dilatar na mesma proporção em que se dissemina socialmente a sensação de crise econômica ou política, erodindo ainda mais a governabilidade.¹⁶¹

Nesse ponto, vêm à baila as referências à legitimidade, representatividade, eficiência. Os estudos são incansáveis ao salientar a importância da *legitimidade*, bem como ao distinguir a legitimidade *de origem* e a legitimidade *de exercício*, asseverando que “um governante legítimo por sua origem pode se tornar ilegítimo em função de seus atos no exercício do poder”.¹⁶² Diego Valadés, por seu turno, fala em “*autoridades legítimas (por el origen y por el desempeño)*”.¹⁶³ A legitimidade de origem, *em tese*, advém do “princípio eletivo, único válido nas Repúblicas democráticas”,¹⁶⁴ quer dizer: “*la legitimidad democrática nacida del voto*”.¹⁶⁵

Destaque-se a utilização, proposital, da locução “em tese”, que nos parece proveitosa em razão de significativa referência do ex-professor da *Universidad Central de Venezuela* Humberto Njaim:

Agora, a interpretação de que o governante tem um projeto é provavelmente otimista demais em condições nas quais os políticos parecem mais preparados para vencer uma disputa eleitoral do que para o posterior exercício do governo. [...]

¹⁶⁰ ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio César. La búsqueda de la gobernabilidad democrática a partir del cambio constitucional de 1991. El caso de Colombia como un proceso inconcluso y amenazado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 275-329, espec. p. 279 e 281.

¹⁶¹ Brasil: reflexões sobre governabilidade e democracia. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 239-250, espec. p. 243. No Brasil, graças a severo processo de investigação, agora (se não sempre) sob risco, é possível ter ideia objetiva da bilionária dimensão da corrupção ao longo da última década.

¹⁶² “*La legitimidad del gobernante es muy importante. Ella puede ser una legitimidad de origen o de ejercicio. Quiero decir con esto que un gobernante legítimo por su origen puede devenir ilegítimo en función de sus actos en el ejercicio del poder.*” (BORJA, Rodrigo. La gobernabilidad: talón de Aquiles de nuestra América. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 59-72, espec. p. 60). Também mencionando “*legitimidad de origen y de ejercicio*”, veja-se o autor argentino VENTURA, Adrián (Gobernabilidad, legitimidad y opinión pública. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 401-450, espec. p. 401).

¹⁶³ Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio introductorio. In: *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. IX-XLI, espec. p. XVI.

¹⁶⁴ VALADÉS, op. e p. cits.

¹⁶⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobernabilidad democrática y Constitución (a propósito del caso peruano). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 199-220, espec. p. 204.

Também é preocupante quando os governantes tomam decisões que contradizem o que sustentaram perante o eleitorado. A política aparece como um exercício enganoso e a irritação aumenta quando os líderes superestimam seu poder e prosseguem com seu desígnio sem se dar ao trabalho de explicar à comunidade as razões que justificam sua repentina mudança. Boa parte das críticas em voga à chamada democracia representativa tem sua origem na recorrência desse fato.¹⁶⁶

É certo que o autor menciona, em seu texto, *ejercicio de engaño*, mas a fraude do candidato que se elege mentindo, já consciente de que não fará o que disse, parece até configurável como ilegitimidade de origem, a despeito do (inverídico e artificioso) desempenho eleitoral.

Registra Adrián Ventura, ademais, que “o distanciamento entre representantes e representados é ampliado e aparecem outros elementos que criam a sensação de que há menos espaço e interesse na democracia”,¹⁶⁷ para, em seguida, distinguir: i) legitimidade do *regime*, que é o consenso da comunidade em manter as instituições que regem a luta pelo poder, e legitimidade do *governo*, segundo a qual um governo é legítimo quando assumiu o poder de acordo com as normas do regime e o exerce de acordo com elas; ii) legitimidade *formal*, relacionada com a realização de eleições e a competência dos órgãos decisórios, e legitimidade *substancial*, ligada a valores constitucionais e à verdadeira pretensão de alcançá-los.¹⁶⁸

Legitimidade e eficácia são considerados, nas palavras de Domingo García Belaunde, aspectos estreitamente ligados à governabilidade e necessários para torná-la possível,¹⁶⁹ enfatizando Antonio Camou:

Deste modo, a eficácia governamental e a legitimidade social se combinariam positivamente em um “círculo virtuoso” de governabilidade, garantindo a estabilidade dos sistemas políticos; enquanto a ineficácia governamental para lidar com problemas sociais e a erosão da legitimidade política gerariam, ao contrário, um “círculo vicioso” que pode levar a situações instáveis ou de franca ingovernabilidade.¹⁷⁰

¹⁶⁶ “Ahora bien, la interpretación de que el gobernante tiene un proyecto probablemente es demasiado optimista en unas condiciones donde los políticos parecen más preparados para ganar una lucha electoral que para el posterior ejercicio del gobierno. [...] También resulta perturbador cuando los gobernantes toman decisiones que contradicen lo que han sostenido ante el electorado. La política aparece así como un ejercicio de engaño y la irritación aumenta cuando los dirigentes sobrestiman su poder y permiten seguir adelante con su desígnio sin molestarse en explicar a la colectividad las razones que justifican su brusco giro. Buena parte de las críticas en boga a la llamada democracia representativa tienen su origen en la recurrencia de este hecho.” (La gobernabilidad en Venezuela: un desastre previsible. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 253-274, espec. p. 256).

¹⁶⁷ Gobernabilidad, legitimidad y opinión pública. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 401-450, espec. p. 406.

¹⁶⁸ VENTURA, Adrián, *Ibid.*, p. 417 – grifado no original.

¹⁶⁹ Gobernabilidad democrática y Constitución (a propósito del caso peruano). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 199-220, espec. p. 202.

¹⁷⁰ “De este modo, eficacia gubernamental y legitimidad social se combinarían positivamente en un “cír-

A eficácia [efetividade ou eficiência], na profunda síntese de Diego Valadés, pode ser entendida como o uso razoável e satisfatório dos recursos do Estado (neste caso, em sentido amplo). É razoável o que permite alcançar o máximo de resultados para atender as necessidades coletivas, com o menor sacrifício (esforço) social possível. É satisfatório o que permite atender as demandas coletivas mediante a utilização transparente dos recursos disponíveis.¹⁷¹

Cabe ressaltar que, apesar das dificuldades (ou, quiçá, em respeito a elas), não são apontadas, nem sugeridas, soluções prontas e imediatas; ao contrário, é reconhecido nos estudos em exame que os direitos econômicos e sociais exigem, para sua realização, a existência de condições materiais e, por isso, que eles têm aplicação e exigibilidade *progressivas*, sem embargo do dever do Estado contribuir para suas respectivas efetivações e para que sua política promova o *avanço* neste campo.¹⁷²

Gilberto Rincón Gallardo sustenta que as políticas para superar a pobreza devem transcender os limites temporais de cada período presidencial ou os vaivéns das administrações locais, cumprindo garantir a continuidade desses programas, estabelecer metas e implementar estratégias de *médio e longo prazo*, com resultados e medidas suscetíveis de avaliação e melhoramento contínuos.¹⁷³

*culo virtuoso” de gobernabilidad, garantizando la estabilidad de los sistemas políticos; mientras que la ineficacia gubernamental para el tratamiento de los problemas sociales y la erosión de la legitimidad política generarían, por el contrario, un “círculo vicioso” que puede desembocar en situaciones inestables o de franca ingobernabilidad”. Gobernabilidad y Democracia. 6. reimp. México: Instituto Federal Electoral, 2013. p. 23. Disponível em: <http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-CuadernosDivulgacion/2015/cuad_6.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018. O excerto também é citado, embora de outra fonte, por SALAZAR UGARTE, Pedro (Desde la gobernabilidad ideal hasta la (in)gobernabilidad posible. Una reflexión sobre la realidad política de América Latina. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 379-399, espec. p. 382).*

¹⁷¹ “Por eficacia puede entenderse la utilización razonable y satisfactoria de los recursos del Estado (en este caso, en sentido amplio). Es razonable aquello que permite alcanzar los máximos resultados para atender las necesidades colectivas, con el menor sacrificio (esfuerzo) social posible. Es satisfactorio aquello que permite la atención de las demandas colectivas mediante la utilización transparente de los recursos disponibles.” (Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio introductorio. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. IX-XLI, espec. p. XIII).

¹⁷² Na íntegra: “Ciertamente, la mayoría de derechos económicos y sociales [rectius: todos] requieren para su realización efectiva de la existencia de ciertas condiciones materiales, que tienen que ver con el grado de desarrollo y bienestar alcanzados en una sociedad; por ello, se admite que tienen una aplicación y exigibilidad progresivas. Sin embargo, existe la obligación estatal de contribuir a su efectivización y a que su política impulse un avance en este campo.” (EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Diseño constitucional, régimen político y gobernabilidad en el Perú: los problemas que las normas no bastan para resolver. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 167-198, espec. p. 174 – grifo nosso). GARCÍA BELAUNDE, Domingo alude, ao nosso ver com exagero, aos “derechos económicos, sociales y culturales, [...] para el otorgamiento de estos derechos, [...] debe contarse con la existencia de un Estado que sea rico o por lo menos bien dotado [...]” (Gobernabilidad democrática y Constitución (a propósito del caso peruano). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 199-220, espec. p. 203).

¹⁷³ Na íntegra: “De igual manera es necesario hacer que las políticas de superación de la pobreza trascien-

Referindo-se à Constituição, Francisco José Eguiguren Praeli adverte que ela:

Deve combinar, em prudentes doses, uma adequada compreensão da realidade e das possibilidades atuais, juntamente com um conjunto de propostas que se espera alcançar a médio ou longo prazo. Não pode ser uma simples “fotografia” da realidade social e política, com todas suas carências e frustrações atuais. Mas tampouco uma “promessa” tão idealizada que, por longínqua e inalcançável, não tenha viabilidade política nem credibilidade social”.¹⁷⁴

Na verdade, abra-se aqui um parêntese, apesar da manifesta relevância da observação, o mais importante não parece ser apenas o conteúdo da constituição, pelo menos em uma perspectiva brasileira, mas a sua efetiva interpretação, pois a realização dos direitos sociais depende inexoravelmente de recursos materiais (*lato sensu*), e *ad impossibilia nemo tenetur...* Ao ponto voltaremos mais adiante. Fecha-se o parêntese.

José Afonso da Silva afirma que a nossa Constituição optou pela *governabilidade* como um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não dependem apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, “mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”, para depois concluir: “A democracia política parece consolidada, embora a promessa de democracia social ainda não tenha sido cumprida. É que esta não sai diretamente da Constituição. Esta oferece o instrumental à sua realização por via de políticas públicas”.¹⁷⁵

A insuficiência da Constituição para resolver crises e problemas sociais é destacada, bem como o subterfúgio de serem invocadas novas Constituições. Não

dan los límites temporales de cada período presidencial o los vaivenes de las administraciones locales. Por ello, es tarea de la reforma institucional del Estado mexicano garantizar la continuidad en dichos programas, fijar metas e implementar estrategias de mediano y largo plazo, con resultados y mediciones susceptibles de evaluación y mejoramiento continuo, cuidando la neutralidad política de los mismos para evitar su uso con fines electorales. Esto es lo que puede denominarse un policía de estado en materia social, es decir, una estrategia, no de los gobiernos transitorios, sino de la nación políticamente organizada a partir del consenso de las principales fuerzas políticas y económicas de México.” (La gobernabilidad democrática y los temas olvidados de una necesaria reforma del Estado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 365-377, espec. p. 373 – grifo nosso).

¹⁷⁴ “*Debe combinar, en prudente dosis, una adecuada comprensión de la realidad y posibilidades actuales, junto a un conjunto de propuestas que esperan alcanzarse en el mediano o largo plazo. No puede ser una simple “fotografía” de la realidad social y política, con todas sus carencias y frustraciones actuales. Pero tampoco una “promesa” tan idealizada que, por lejana e inalcanzable, carezca de viabilidad política y credibilidad social.*” (Diseño constitucional, régimen político y gobernabilidad en el Perú: los problemas que las normas no bastan para resolver. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 167-198, espec. p. 169).

¹⁷⁵ A governabilidade num Estado democrático de direito. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 1-29, espec. p. 8 e 28.

“é sensato pretender que os principais problemas econômicos ou sociais do país se solucionarão pela reforma ou por uma nova Constituição”.¹⁷⁶

Assim, como observa Domingo García Belaunde, hoje em dia se pensa que cada crise deve ser resolvida com uma nova Constituição, da qual se esperam efeitos taumátúrgicos. Lamentavelmente, a realidade não se compadece com essa aspiração. As Constituições, em última análise, podem não servir para nada, já que elas, em si mesmas, não dão nada, nem concedem nem melhoram nada.¹⁷⁷

As Constituições servem pouco se não existe por detrás delas uma férrea vontade política para torná-las efetivas,¹⁷⁸ assim como um contexto sócio-econômico propício.¹⁷⁹ Não obstante, reconhece expressamente o autor: “A Constituição é, portanto, um instrumento necessário, mas não suficiente”.¹⁸⁰

Como salientou o consagrado historiador Niall Ferguson, significativamente:

Nada melhor exemplifica o contraste entre as duas revoluções americanas [Norte e Sul] do que esta: a única constituição dos Estados Unidos, modificável mas inviolável, e as vinte e seis constituições da Venezuela, todas mais ou menos descartáveis. Apenas a República Dominicana teve mais constituições desde a independência (trinta e dois); Haiti e Equador ocupam o terceiro e quarto lugares, respectivamente, com vinte e quatro e vinte. Ao contrário dos Estados Unidos, onde a constituição foi concebida para sustentar “um governo de leis não de homens”, na América Latina constituições são usadas como instrumentos para subverter o próprio Estado de direito.¹⁸¹

¹⁷⁶ “*Tampoco resulta sensato pretender que los principales problemas económicos o sociales del país se solucionarán reformando o dando una nueva Constitución.*” (EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Diseño constitucional, régimen político y gobernabilidad en el Perú: los problemas que las normas no bastan para resolver. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 167-198, espec. p. 170).

¹⁷⁷ “[...] *hoy en día se piensa que cada crisis debe arreglarse con la dación de una nueva Constitución, de la cual se esperan efectos taumátúrgicos. Lamentablemente, la realidad no se compadece con estas aspiraciones. Pues es lo mismo que poner la carreta delante de los bueyes. Las Constituciones, a la larga, pueden no servir para nada, ya que ellas en sí mismas, no dan nada ni otorgan ni mejoran nada [...]*” (Gobernabilidad democrática y Constitución (a propósito del caso peruano). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 199-220, espec. p. 210).

¹⁷⁸ “*De lo expuesto se desprende que, en realidad, las Constituciones sirven de poco si no existe detrás de ellas una férrea voluntad política para hacerlas efectivas.*” (GARCÍA BELAUNDE, *ibid.*, p. 211).

¹⁷⁹ “*Pero para ello hace falta no sólo una voluntad política o si quiere, una clase política decidida a ello, sino un entorno socio-económico que la haga posible. Esto en vista de las demandas, muchas veces excesivas, que hacen los pueblos, y que terminan sobrecargando el sistema que al final no se da abasto.*” (GARCÍA BELAUNDE, *ibid.* p. 212).

¹⁸⁰ GARCÍA BELAUNDE. *Gobernabilidad democrática y Constitución (a propósito del caso peruano)*. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 199-220, espec. p. 211.

¹⁸¹ “*Nothing better exemplifies the contrast between the two American revolutions than this: the one constitution of the United States, amendable but inviolable, and the twenty-six constitutions of Venezuela, all more or less disposable. Only the Dominican Republic has had more constitutions since independence (thirty-two); Haiti and Ecuador are in third and fourth positions with, respectively, twenty-four and twenty. Unlike in the United States, where the constitution was designed to underpin ‘a government of laws not of*

A preocupação com as condições econômicas, ou com a “transferência e distribuição de recursos viáveis”,¹⁸² de par com o cumprimento efetivo da Constituição, assumem relevância no que concerne a outro fenômeno encontrado na América Latina, o *populismo*. A questão se põe nas hipóteses em que o Estado, mesmo tendo boa disponibilidade financeira, oferece tanto que, no final, fica sem recursos,¹⁸³ como nas vezes em que se busca apoio popular nas “massas empobrecidas que recebem dádivas, mas sem geração de riqueza nem de emprego”.¹⁸⁴

A política social não pode ser tratada como simples instrumento de compensação das desigualdades. “É necessário que a política social do governo não se perca nem se afogue em medidas de caráter assistencial: toda ação de política social deve ter o objetivo final de romper o ciclo de reprodução da pobreza e começar a gerar maior igualdade de oportunidades”.¹⁸⁵

No Brasil, em livro próprio, Ricardo Lobo Torres adverte que, nos últimos tempos, se agravou “o caráter assistencialista, eleitoreiro e reprodutivo da pobreza dos programas governamentais”.¹⁸⁶

Ressalta-se, outrossim, a (in)segurança jurídica, tão reclamada por alguns autores. Como escreve Alberto Ricardo Dalla Via, o sistema legal é um aspecto da ordem social global que, quando funciona corretamente, confere definição, especificidade, clareza e, portanto, previsibilidade às relações humanas.¹⁸⁷

men’, in *Latin America constitutions are used as instruments to subvert the rule of law itself*.” (Civilization: the west and the rest. London: Allen Lane-Penguin Books, 2011. p. 128).

¹⁸² Trecho do discurso proferido por Ulysses Guimarães, como Presidente da Constituinte 1997-1988, na sessão de 27.07.1988 da Câmara dos Deputados, *apud* BONAVIDES. Governança e legitimidade (alguns aspectos da conjuntura brasileira). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad... México*: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 31-58, espec. p. 39. Discurso disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/discursos-em-destaque/serie-brasileira/decada-1980-89/pdf/Ulysses%20Guimaraes_270788.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018.

¹⁸³ “El problema se presenta cuando siendo rico el Estado, o teniendo una buena disponibilidad de dinero, ofrece tanto, que al final el propio Estado se queda sin recursos, como ha sucedido con algunas experiencias latinoamericanas, a través del fenómeno conocido como populismo (visible, por ejemplo, con el peronismo).” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobernabilidad democrática y Constitución (a propósito del caso peruano). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad... México*: UNAM, 2005. p. 199-220, espec. p. 204).

¹⁸⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R. Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad... México*: UNAM, 2005. p. 73-96, espec. p. 85.

¹⁸⁵ “Es necesario que la política social del gobierno no se pierda ni se ahogue en medidas de carácter asistencial: toda acción de política social debe tener el fin último de romper el ciclo de reproducción de la pobreza y comenzar a generar una mayor igualdad de oportunidades entre todos los mexicanos [...]” (RINCÓN GALLARDO, Gilberto. La gobernabilidad democrática y los temas olvidados de una necesaria reforma del Estado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad... México*: UNAM, 2005. p. 365-377, espec. p. 371).

¹⁸⁶ *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 16.

¹⁸⁷ “También debe señalarse que el sistema legal o el estado legal es un aspecto del orden social global que, cuando funciona correctamente confiere definición, especificidad, claridad y, por lo tanto predictibilidad a las relaciones humanas. Este aspecto se relaciona directamente con la seguridad jurídica, concepto que a su vez se relaciona con la idea de certeza o previsibilidad por la que tanto abogaron autores como Hans Kelsen desde la filosofía del derecho o Max Weber desde la sociología.” (El imperio de la ley y su efectivi-

Consoante célebre lição, “o direito não nasceu na vida humana em virtude do desejo de render culto ou homenagem à ideia de justiça, mas para suprir uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social”.¹⁸⁸

A Constituição, menciona ainda Dalla Via, não foi feita apenas para dar liberdade aos povos; também foi feita para dar-lhes segurança, porque se entendeu que sem segurança não pode haver liberdade.¹⁸⁹ Além disso, por óbvio, “tendo a segurança jurídica caráter instrumental, sua realização como valor se dá com o cumprimento do direito e não com sua violação para determinados fins”.¹⁹⁰

Ao tratar dos meios para alcançar a *governabilidade democrática*, esclarece, com absoluta precisão, Héctor Gros Espiell: Os meios para obtê-la podem ser, além de políticos, jurídicos. O meio e o pressuposto jurídico, inevitáveis e sempre necessários, são o respeito e cumprimento estrito da Constituição.¹⁹¹

Acrescente-se, inclusive, na lição de Paulo Bonavides, “que a matéria constitucional para efeito de controle pode ser política, e o exame de sua constitucionalidade rigorosamente adequado às funções de um tribunal que tem a guarda da Constituição”; mas conclui, com sua imensa autoridade: “A matéria pode ser política, sim; nunca porém a decisão, que há de ser sempre jurídica”.¹⁹²

A “ausencia de una verdadera jurisprudencia, dotada de calidad y previsibilidad”, e a ineficiência do sistema jurisdicional, além disso, têm “como outro efeito pernicioso a elevação do custo das transações econômicas e sociais, como resultado da insegurança jurídica”.¹⁹³

dad (a partir de la reforma constitucional argentina de 1994). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 133-166, espec. p. 134).

¹⁸⁸ “[...] *el derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social.*” (SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 11. ed. México: Porrúa, 1995. p. 220). DALLA VIA também cita o trecho, v. p. 135.

¹⁸⁹ “*La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad.*” (El imperio de la ley y su efectividad (a partir de la reforma constitucional argentina de 1994). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 133-166, espec. p. 139).

¹⁹⁰ *De ahí también que, teniendo la seguridad jurídica carácter instrumental, su realización como valor se dé con el cumplimiento del derecho y no con su vulneración en aras de otros fines.*” (Ibid., p. 142).

¹⁹¹ “*Los medios para obtenerla pueden ser, además de políticos, jurídicos. El medio y el presupuesto jurídico, por lo demás ineludible y necesario siempre, es el respeto y cumplimiento estricto de la Constitución.*” (La gobernabilidad y la Constitución uruguaya. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 221-238, espec. p. 226).

¹⁹² Governança e legitimidade (alguns aspectos da conjuntura brasileira). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 31-58, espec. p. 54.

¹⁹³ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Diseño constitucional, régimen político y gobernabilidad en el Perú: los problemas que las normas no bastan para resolver. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 167-198, espec. p. 173.

Interessante notar que não passou despercebido a Alberto Ricardo Dalla Via que, em “perspectiva sociológica”, a segurança jurídica pode se identificar “com o grau de acatamento da ordem jurídica que tenha uma determinada sociedade”. E prossegue:

Em um trabalho recente, o doutor Carlos S. Nino sustenta que a tendência à “anomia”, ou o elevado grau de descumprimento das normas, sejam legais ou convencionais, é uma das características da sociedade argentina que explica nosso subdesenvolvimento como uma nação.¹⁹⁴

A citação traz à mente palestra proferida pelo mestre José Carlos Barbosa Moreira, intitulada “O juiz e a cultura da transgressão”, que aborda – com a elegância e a perfeição de sempre –, de maneira ampla, a violação constante e corriqueira das normas jurídicas no Brasil e a sua relação com o processo e o Poder Judiciário.¹⁹⁵

Afigura-se conveniente recordar, ademais, em relação à segurança jurídica, no Brasil, o forte livro do professor e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, *Por que tenho medo dos juízes*, no qual, em dado momento, assevera: “O Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um produtor de insegurança.”¹⁹⁶

Quanto à separação de Poderes, voltando à análise do texto latino-americano, mesmo deixando de lado situações extremas, como da Venezuela, em que o Presidente da República pode dissolver a *Asamblea Nacional* (art. 236-21 da *Constitución*),¹⁹⁷ são comuns as alusões ao predomínio do Poder Executivo. Da Argentina, por exemplo: Alberto Dalla Via – após escrever que se justifica a localização do Legislativo em primeiro lugar na Constituição, pelo caráter de mais direto representante da vontade popular –¹⁹⁸ afirma que, no século XX, houve “o declínio do Poder Legislativo ao tempo em que ocorreu uma hipertrofia do Poder Executivo”,¹⁹⁹

¹⁹⁴ “Desde una perspectiva sociológica de carácter amplio, la seguridad jurídica puede identificarse con el grado de acatamiento al ordenamiento jurídico que tenga una determinada sociedad. En un trabajo reciente, el doctor Carlos S. Nino sostiene que la tendencia a la “anomía”, o el elevado grado de incumplimiento de las normas, sean estas jurídicas o convencionales, es una de las características de la sociedad argentina que explican nuestro subdesarrollo como nación.” (El imperio de la ley y su efectividad (a partir de la reforma constitucional argentina de 1994). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 133-166, espec. p. 137-138).

¹⁹⁵ O juiz e a cultura da transgressão. In: *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 251-261, *passim*.

¹⁹⁶ *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 16 – grifado no original.

¹⁹⁷ Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R. Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 73-96, espec. p. 81. Note-se, porém, que o autor cita, equivocadamente, ao artículo 236-22, quando seria 236-21.

¹⁹⁸ El imperio de la ley y su efectividad (a partir de la reforma constitucional argentina de 1994). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM de México, 2005. p. 133-166, espec. 146.

¹⁹⁹ “En el siglo XX por su parte, el dato a destacar es la declinación del Poder Legislativo al tiempo en que se produjo una hipertrofia del Poder Ejecutivo. Vanossi ha referido a este tema sosteniendo que las causas

descrevendo a ampliação da iniciativa legislativa do Executivo e o incremento dos poderes presidenciais com as delegações legislativas e, precipuamente, com “*los decretos de necesidad y urgencia*”;²⁰⁰ da mesma forma que Adrián Ventura menciona que, nos sistemas presidencialistas, o poder tende a se concentrar “*eminentemente nos presidentes, cada vez mais propensos a governar com medidas de emergência, sejam decretos de necesidad e urgencia (decretos-leis) ou mediante delegaciones legislativas, com clara tendencia de ignorar a divisão de poderes.*”²⁰¹

Paulo Bonavides, por sua vez, observa: “*O desígnio perpetuista, inerente, de último, ao presidencialismo desta parte do continente, faz desse sistema o mais aparentado às ditaduras.*”²⁰²

Nesse enfoque, menciona-se também a necessidade de exercício do controle e a atuação parlamentares, como faz Francisco José Eguiguren Praeli, ao lembrar que “*a função primordial do Parlamento (e da oposição parlamentar) é fiscalizar e controlar*”, concluindo:

É por isso que resultam igualmente contraproducentes tanto uma maioria parlamentar obsequiosa oficial, que renuncia a toda fiscalização do governo, quanto uma oposição (ainda pior se detiver a maioria parlamentar) que pretende “*governar*” ou que assume que seu papel é bloquear sistematicamente as propostas do Executivo.²⁰³

Ainda abordando a importância do controle institucional, Adrián Ventura destaca:

O controle deve submeter o poder ao cumprimento das regras. Quando isso não acontece, ou quando o controle direto não existe ou seu exercício é posto de

de la crisis del Congreso exceden el nivel de la clase política porque responde a un fenómeno de toda la sociedad, destacando entre otros aspectos el achicamiento del rol de la clase política, el vaciamiento de las estructuras partidarias, la invasión de los contrapoderes, la falta de información y de asesoramiento eficaz del Congreso, etcétera.” (Ibid. p. 149).

²⁰⁰ Ibidem, p. 155 e 163.

²⁰¹ “En las democracias [...] el poder está distribuido en órganos estatales y, en particular, en los sistemas presidencialistas, tiende a estar concentrado eminentemente en los presidentes, cada vez más proclives a gobernar con medidas de emergencia, sean decretos de necesidad y urgencia (decretos leyes) o mediante delegaciones legislativas, con clara tendencia a pasar por alto la división de poderes.” (Gobernabilidad, legitimidad y opinión pública. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 401-450, espec. p. 402.

²⁰² Governança e legitimidade (alguns aspectos da conjuntura brasileira). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 31-58, espec. p. 45).

²⁰³ “Sabemos que la misión principal del órgano ejecutivo es gobernar y dirigir, mientras que la función primordial del Parlamento (y de la oposición parlamentaria) es fiscalizar y controlar. De allí que resulten igualmente contraproducentes tanto una mayoría parlamentaria oficialista obsecuente, que renuncia a toda fiscalización del gobierno, como una oposición (peor aún si ostenta la mayoría parlamentaria) que pretende “governar” o que asume que su papel es bloquear sistemáticamente las propuestas del Ejecutivo.” (Diseño constitucional, régimen político y gobernabilidad en el Perú: los problemas que las normas no bastan para resolver. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 167-198, espec. p. 171).

lado por algum acordo de partidos (vício da democracia consensual), semeamos o germe de um Estado mais totalitário. Os controles são uma “expressão da racionalidade do poder”.²⁰⁴

Do Uruguai, sobre a atuação político-partidária, Rubén Correa Freitas alude a que a “oposição seja exercida de forma responsável, dentro de um quadro de convivência, respeito e tolerância”,²⁰⁵ ao passo que Héctor Gros Espiell menciona “a existência de uma oposição séria, crítica e responsável, que atue com base no exercício da boa fé em função do bem comum”, como forma de “alcançar a governabilidade democrática”.²⁰⁶

Mas as críticas à atuação dos partidos políticos são veementes, sendo salientado que “perderam representatividade. As pessoas desconfiam deles. O mau comportamento de seus dirigentes diminuiu seu prestígio e, em alguns casos, sua legitimidade. Com frequência aprofundam-se as discrepâncias entre as aspirações populares e os objetivos partidários”. Pior: “Nos países que carecem de um regime jurídico que regule sua existência, chega-se frequentemente à impostura dos minipartidos, sem qualquer representatividade [...]”.²⁰⁷

Apesar do contexto, assustam-se alguns autores, como Lorenzo Córdova Vianello, com pesquisas que demonstram certa indiferença com a democracia, como a realizada pelo Latinobarómetro, em 2004, segundo a qual, 53% dos cidadãos latino-americanos consideram que a democracia é preferível a qualquer outra forma de governo, enquanto 15% preferem um governo autoritário e 21% são indiferentes (somados esses dois últimos percentuais, significativos 36% não se objetariam a um governo autoritário). Além disso, 55% não se importariam de ter um governo não democrático se isso resolvesse os problemas econômicos. Por fim, as duas instituições sobre as quais se funda por excelência a democracia, os

²⁰⁴ “[...] *El control debe someter al poder al cumplimiento de las reglas. Cuando no lo hace, o cuando el control directamente no existe o su ejercicio es dejado de lado por algún acuerdo de partidos (vicio de la democracia consensual), sembramos el germen de un Estado más totalitario. Los controles son una ‘expresión de la racionalidad del poder’.*” (Governabilidad, legitimidad y opinión pública. VALADÉS, Diego (Ed.). *Governabilidad*. México: UNAM, 2005. p. 401-450, espec. p. 417-418).

²⁰⁵ La gobernabilidad en el Sistema político uruguayo. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Governabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 121-132, espec. p. 122.

²⁰⁶ La gobernabilidad y la Constitución uruguayo. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Governabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 221-238, espec. p. 225.

²⁰⁷ “*Los partidos han perdido representatividad. Los pueblos desconfían de ellos. El mal comportamiento de sus dirigentes ha mermado su prestigio y, en algunos casos, su legitimidad. Con frecuencia se ahondan las discrepancias entre las aspiraciones populares y los objetivos de los partidos. En los países que carecen de un régimen jurídico que regule su existencia se ha llegado frecuentemente a la impostura de los minipartidos, carentes de toda representatividad [...]*” (BORJA, Rodrigo. La gobernabilidad: talón de Aquiles de nuestra América. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Governabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 59-72, espec. p. 68).

parlamentares e os partidos políticos, são aquelas em que os cidadãos têm menos confiança, com 27% e 20% respectivamente.²⁰⁸

O *Informe 2017* da Corporación Latinobarómetro não traz boas notícias; pelo contrário, começa registrando, com veemência:

O ano de 2017 mostra dois extremos, por um lado, o declínio da democracia é acentuado, ao mesmo tempo que os avanços econômicos na região indicam menor quantidade de famílias com dificuldades para fazer face às despesas, desde 1995. O crescimento econômico e a democracia não vão para o mesmo lado.

O declínio da democracia acentua-se em 2017, com quedas sistemáticas do apoio e da satisfação com a democracia, assim como a percepção de que se governa para alguns poucos. O relatório mostra vários indicadores que também confirmam a baixa.

Os governos sofrem o mesmo destino, cada ano os latino-americanos os aprovam menos. O que hoje é a média antes era o mínimo. O normal agora é o mínimo de antes.

É uma democracia diabética que não alarma, com um declínio lento e gradual de múltiplos indicadores, diferentes segundo o país, e o momento, que permite de alguma forma ignorá-los como um fenômeno social. No entanto, vistos em conjunto, esses indicadores revelam a deterioração sistemática e crescente das democracias da região. Não se observam indicadores de consolidação, mas, ao contrário, indicadores de inconsolidação.

Os avanços são vistos nos indicadores econômicos, não nos políticos e sociais. É como uma dissociação entre dois mundos, o mundo da economia, e o mundo do poder político.²⁰⁹

Vejamos os números de alguns itens do Relatório 2017:²¹⁰ a) *apoio à democracia*: pelo quinto ano consecutivo o apoio à democracia não melhora na

²⁰⁸ Repensar la gobernabilidad de las democracias. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 97-119, espec. p. 117.

²⁰⁹ “El año 2017 muestra dos extremos, por una parte se acentúa el declive de la democracia, al mismo tiempo que los avances económicos de la región indican la menor cantidad de hogares con dificultades para llegar a fin de mes, desde 1995. El crecimiento económico y la democracia no van para el mismo lado. El declive de la democracia se acentúa en 2017, con bajas sistemáticas del apoyo y la satisfacción de la democracia, así como de la percepción de que se gobierna para unos pocos. El informe da cuenta de múltiples indicadores que también confirman la baja. Los gobiernos sufren la misma suerte, cada año los latinoamericanos los aprueban menos. Lo que hoy es el promedio antes era el mínimo. Lo normal ahora es el mínimo de antes. Es una democracia diabética que no alarma, con un lento y paulatino declive de múltiples indicadores, distintos según el país, y el momento, que permite de alguna manera ignorarlos como fenómeno social. Sin embargo, vistos en conjunto, esos indicadores revelan el deterioro sistemático y creciente de las democracias de la región. No se observan indicadores de consolidación, sino, acaso, indicadores de desconsolidación. Los avances se ven en los indicadores económicos, no en los políticos y sociales. Es como una disociación entre dos mundos, el mundo de la economía, y el mundo del poder político.” (Relatório 2017. Santiago, Chile, 2017. p. 1).

²¹⁰ Consoante o Relatório: “FICHA TÉCNICA 2017. Se aplicaron 20.200 entrevistas cara a cara en 18 países entre el 22 de junio y el 28 de agosto 2017, con muestras representativas del 100%, de la población nacional de cada país, de 1.000 y 1.200 casos, con un margen de error de alrededor del 3%, por país (véase ficha técnica por país)”.

América latina, chegando a 53% em 2017. A indiferença pelo tipo de regime alcança 25%. No Brasil registrou-se uma recuperação significativa, após a perda de 22 pontos percentuais entre 2015 e 2016, em 2017 há uma recuperação de 11 pontos percentuais chegando a 43%; b) *avaliação da democracia*: apenas 5% dos cidadãos dizem que existe democracia plena, 27% dizem que há pequenos problemas, 45% dizem que há grandes problemas e 12% dizem que não há democracia, 11% não responderam. A soma daqueles que consideram a democracia com problemas atinge 72% da população da região, que não mudou muito desde 2004, quando foi medida pela primeira vez (74% em 2004 e 76% em 2013). Num segundo indicador, em escala de 1 a 10, na qual 1 é antidemocrático e 10 totalmente democrático, a média para a região é de 5,4 em 2017, e também cai pelo quinto ano de um máximo de 6,7 em 2010. Uruguai lidera como o país com mais democracia com 6,9, Brasil e El Salvador com a menor quantidade de democracia, com 4,4; c) *satisfação com a democracia*: cai pela quarta vez consecutiva de 34% em 2016 para 30% em 2017. Em dez países, menos de um terço da população está satisfeita com a democracia. Apenas em três países: Uruguai (57%), Nicarágua (52%) e Equador (51%) há uma maioria que está satisfeita com esta forma de governo. O Brasil, destacamos, ocupa o último lugar, com meros 13% de satisfação com funcionamento da democracia; d) *para quem se governa*: coerente com a crítica ao tipo de regime e seu desempenho é a percepção de que se governa para os interesses de alguns poucos. Este indicador aumenta pelo segundo ano consecutivo de 73% em 2016 para 75% em 2017 (em 2015 foi de 67%). Os governos são cada vez mais criticados porque não defendem os interesses da maioria. O Brasil, destacamos outra vez, aparece em primeiro lugar, com 97% (“grupos poderosos governam em seu próprio benefício?”); e) *aprovação do governo*: em vigor desde 2009, quando a aprovação média dos governos chegou a 60%, tem caído de forma constante, sem pausa. O último declínio ocorre entre 2016 quando atingiu 38% a 36% em 2017. Lidera a aprovação de governo a Nicarágua, com 67%, e o Equador, com 66%. Têm a menor aprovação o Brasil, com 6%, e El Salvador, com 17%; f) *confiança interpessoal*: o resultado de 2017 é o mais baixo desde que se estabeleceu o indicador, em 1996, apenas 14%. A confiança interpessoal atingiu o ponto mais baixo dos últimos 20 anos na região da América Latina. Chile e Equador estão em primeiro lugar, com 23%, seguidos pela Argentina, com 20%, enquanto o Brasil está em último lugar, com 7%, seguido do Paraguai, com 8%. Estes países estão próximos da falta de confiança interpessoal; g) *confiança no Poder Judiciário*: o auge foi em 2006, com 36%, e o percentual mais baixo em 2003, com 19%. Em 2017, a média foi de 25%, com a Costa Rica em primeiro lugar, com 43%, seguida pelo Uruguai, com 41%. O Brasil ocupa o quinto lugar, com 27%; h) *confiança no governo*: de início, observamos a baixa confiança registrada em 2003 (crise asiática), com 19%, aumentando em 2009 e 2010 para 45%. A partir de 2010,

a confiança nos governos começa a diminuir gradualmente até os 25% registrados em 2017. A confiança no governo varia de 42% na Nicarágua a 8% no Brasil; i) *confiança no Parlamento*: oscila do máximo de 36% no ano de 1997, ao mínimo de 17% no ano de 2003, para aumentar novamente para 34% nos anos de 2009 e 2010, e diminuir desde então para 22% em 2017. O Brasil está em penúltimo lugar, com 11%, seguido pelo Paraguai, com 10%; j) *confiança nos partidos políticos*: em 2017 somente 15% dos latino-americanos confiavam nos partidos políticos. O mínimo foi de 11% em 2003, o máximo de 28% em 1997. O país que mais confia nos partidos políticos é o Uruguai, com 25%, e o que menos confia o Brasil, com 7%; k) *temor de delito*: a região vive assustada pelo crime, 43% quase o tempo todo. A percentagem permaneceu nessas proporções desde aproximadamente 2011. Aqueles que nunca temem são poucos, apenas 15%, de 27% na Nicarágua a 7% no Brasil; l) *corrupção*: aparece como o quarto problema mais importante do país, com 10% das menções dos 18 países. Considerando cada país, vemos que no Brasil é o primeiro problema com 31% e na Colômbia com 20%, no Peru é o segundo com 19%. No México, a corrupção está em terceiro lugar, com 13%. Por último o Uruguai, com 1%.²¹¹

No que tange especificamente à democracia, cabe lembrar a sensata ponderação de Vianello: “parece-me que na América Latina a ideia de democracia foi sobrecarregada de expectativas e panaceia que resolveria não só o problema do autoritarismo e da conseqüente falta de liberdade política [...], senão também como a via para melhorar as condições econômicas e resolver definitivamente a abominável pobreza e a profunda desigualdade social”.²¹²

Antes de encerrar este item, convém um último esclarecimento: conquanto a governabilidade *democrática* tenha sido a tônica do livro, havendo até mesmo menção de que em “sentido semelhante ao de governabilidade e de bom governo, se utiliza também a expressão ‘qualidade da democracia’”,²¹³ restou consignado, com certo realismo, que “em princípio, a governabilidade é um atributo compatível com sistemas da mais variada natureza. Seu oposto, ingovernabilidade, também ameaça a todos os sistemas”.²¹⁴

²¹¹ Latinobarómetro. *Informe 2017*. Corporación Latinobarómetro: Santiago, Chile, 2017, *passim*. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>>. Acesso em 15 abr. 2018.

²¹² “[...] me parece que en América Latina la idea de democracia fue sobrecargada de expectativas y de panacea que resolvería no sólo el problema del autoritarismo y de la conseqüente falta de libertad política [...], sino también como la vía para mejorar las condiciones económicas y zanjar la ominosa pobreza y la profunda desigualdad social.” (CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. Repensar la gobernabilidad de las democracias. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 97-119, espec. p. 116).

²¹³ “Con un sentido semejante al de gobernabilidad y de buen gobierno, se utiliza también la expresión ‘calidad de la democracia.’” (VALADÉS, Diego (Ed.). Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio introductorio. In: *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. IX-XLI, espec. p. XVI).

²¹⁴ “Tenemos otra premisa teórica relevante: en principio, la gobernabilidad es un atributo compatible con sistemas de la más variada naturaleza. Su opuesto, la ingovernabilidad, también amenaza a todos los sis-

3.2 Considerações conclusivas

A análise dos vários textos de autores latino-americanos, naquilo que nos pareceu mais relevante para o presente estudo, permite concluir, em substância, que a desigualdade social e a pobreza afligem gravemente a América Latina, havendo baixas avaliações dos governos, predomínio do Poder Executivo, declínio do Poder Legislativo, com descrédito do parlamento e dos partidos políticos, assim como desconfiança do Poder Judiciário, além de acentuada insegurança jurídica, tudo a provocar o desprestígio da própria democracia.

Pobreza e desigualdade social são considerados os problemas básicos,²¹⁵ inclusive porque, como já foi dito, a existência de condições mínimas de igualdade é determinante para o efetivo exercício dos direitos políticos. Não obstante, é plenamente reconhecido que a solução desses problemas exige políticas públicas de médio e longo prazo, verdadeiras políticas de Estado, que visem a romper com o ciclo da reprodução da pobreza e a gerar maior igualdade de oportunidades, e não apenas a estabelecer compensações assistencialistas ou a angariar apoio dos menos favorecidos.

Clama-se pela vontade política para realmente fazer efetivas as Constituições, mas não se concebe nem se defende que o Poder Judiciário, com primazia, possa resolver os (sérios) problemas sociais e realizar integral e imediatamente a Constituição, da qual muitas vezes são esperados efeitos *taumátúrgicos*, por conveniência ou ingenuidade.

Restou reconhecido, até mesmo, que a governabilidade democrática requer não apenas vontade política ou uma classe política determinada, mas um contexto sócio-econômico que a torne possível, em vista das demandas, muitas vezes excessivas, das sociedades, e que sobrecarregam o sistema que no final não é suficiente. Isso é resolvido em grande parte com um sistema econômico sustentável que busque níveis aceitáveis de vida, que a população considere adequados e, acima de tudo, que os esforços feitos nessa direção também sejam aceitos. "Mas isso não é resolvido pelo aparato jurídico, por mais moderno e aperfeiçoado que seja."²¹⁶

temas." (SALAZAR UGARTE, Pedro. Desde la gobernabilidad ideal hasta la (in)governabilidad posible. Una reflexión sobre la realidad política de América Latina. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 379-399, espec. p. 383).

²¹⁵ Cf. "La pobreza es el mayor problema del país. Está a la base de los demás problemas que entorpecen el desarrollo institucional, el aumento de la calidad de vida y la seguridad y certidumbre de la vida ciudadana." (RINCÓN GALLARDO, Gilberto. La gobernabilidad democrática y los temas olvidados de una necesaria reforma del Estado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 365-377, espec. p. 371).

²¹⁶ "Pero para ello hace falta no sólo una voluntad política o si quiere, una clase política decidida a ello, sino un entorno socio-económico que la haga posible. Esto en vista de las demandas, muchas veces exce-

Francisco José Eguiguren Praeli, emérito professor de Direito Constitucional, já no título de seu estudo, refere-se, significativamente, a “problemas que as normas não bastam para resolver”.²¹⁷

sivas, que hacen los pueblos, y que terminan sobrecargando el sistema que al final no se da abasto. Esto se soluciona en mucho con un sistema económico sostenido que procure niveles aceptables de vida, que la población vea como adecuados, y sobre todo que también se acepten los esfuerzos que se realizan en esa dirección. Pero esto no lo resuelva el aparato jurídico, por más moderno y perfeccionado que sea.” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Gobernabilidad democrática y Constitución* (a propósito del caso peruano). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 199-220, espec. p. 212 – grifo nosso).

²¹⁷ Diseño constitucional, régimen político y gobernabilidad en el Perú: los problemas que las normas no bastan para resolver. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad...* México: UNAM, 2005. p. 167-198.

4 Lições Jurisprudenciais da África do Sul

4.1 Afinidade

Examinados certos problemas comuns à América Latina, no que tange à (in) governabilidade, mostra-se proveitoso analisar agora algumas decisões da Suprema Corte sul-africana, seja pela semelhança de situações sociais e de desenvolvimento econômico, na medida em que Brasil e África do Sul integram o BRICS, seja porque a Constituição daquele país também é farta na previsão de direitos sociais.

Conquanto haja muitas alusões, de forma quase sempre geral, aos arestos mais relevantes aqui entre nós, pretendemos estabelecer uma visão mais específica, para fundamentar algumas conclusões importantes.

4.2 O caso *Grootboom – Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*

4.2.1. Resumo

Este caso icônico versa sobre a seção 26 da Constituição sul-africana (“Habitação 26. (1) Todos têm o direito de ter acesso à moradia adequada. (2) O Estado deve tomar medidas legislativas e outras medidas razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva deste direito. (3) Ninguém pode ser despejado de sua casa, ou ter sua casa demolida, sem uma ordem judicial, depois de considerar todas as circunstâncias relevantes. Nenhuma legislação pode permitir despejos arbitrários”²¹⁸), e a seção 28(1)(c) (“Crianças 28. (1) Toda criança tem o direito [...] (c) à nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais; [...]”²¹⁹), bem como sobre exigibilidade (*enforceability*) dos direitos sociais e econômicos.

²¹⁸ *Housing 26. (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.*

²¹⁹ *Children 28. (1) Every child has the right [...] (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services;*

A Sra. Grootboom integrava um grupo com 510 crianças e 390 adultos que viviam em “circunstâncias terríveis” em um assentamento informal de Wallacedene.²²⁰ Passaram a ocupar ilegalmente terras próximas destinadas a moradias de baixo custo, mas foram despejados: seus barracos foram demolidos e queimados e suas posses destruídas. Como seus lugares no assentamento de Wallacedene estavam ocupados, instalaram-se em um campo de esporte e em um salão comunitário adjacente.

O Tribunal Superior do Cabo da Boa Esperança, mencionando o caso *Soobramoney*, concluiu que o governo já havia tomado medidas razoáveis, dentro dos recursos disponíveis, mas reconheceu que as crianças e seus pais tinham direito a abrigo com base na seção 28(1)(c) e ordenou aos governos nacional e provincial, bem como ao Conselho Metropolitano do Cabo (*Cape Metropolitan Council*) e ao Município de Oostenberg que lhes fornecessem imediatamente barracas, latrinas portáteis e suprimento regular de água. A Comissão de Direitos Humanos e o Centro de Direito Comunitário da Universidade do Cabo Ocidental foram admitidos como *amici curiae* no recurso.

Em audiência realizada em 11 de maio de 2000, a comunidade Grootboom aceitou oferta do Estado para minimizar a crise em que viviam, mas em 21 de setembro de 2000, o Estado ainda não havia implementado sua oferta, de modo que foi apresentada petição no Tribunal Constitucional da África do Sul. Por decisão unânime, da relatoria do *Justice YACOOB J*, entendeu a Corte que a Constituição obriga o Estado a agir positivamente para melhorar a situação de milhares de pessoas que vivem em condições deploráveis em todo o país; que deve fornecer acesso à moradia, cuidados de saúde, comida e água suficientes, bem como previdência social (*social security*) para aqueles que não podem sustentar a si mesmos e seus dependentes.

A Corte destacou que todos os direitos da Declaração de Direitos são inter-relacionados e se apoiam mutuamente; que a realização de direitos socioeconômicos permite que as pessoas desfrutem dos outros direitos na Carta de Direitos e é a chave para o avanço da igualdade racial e de gênero e a evolução de uma sociedade, em que homens e mulheres são igualmente capazes de atingir seu pleno potencial. Entenderam que a dignidade humana, a liberdade e a igualdade são negadas a quem não tem comida, roupa ou abrigo e que o direito de acesso à moradia adequada não pode, portanto, ser visto isoladamente.

Destacou-se, ainda, que o Estado deve fomentar condições que permitam aos

²²⁰ Wallacedene é um assentamento informal nos subúrbios orientais da Cidade do Cabo, na África do Sul. O assentamento foi estabelecido durante a década de 1980, quando o relaxamento das “leis de passe” [*pass laws*: “*laws controlling where people can live, work, and travel inside a country, used especially in the past under the system of apartheid (= racial separation) in South Africa*” (Cambridge Dictionary)] permitiu que as populações rurais migrassem mais rapidamente para os centros urbanos.

cidadãos obter acesso à terra de forma equitativa. Mas a Constituição reconhece que esta é uma tarefa extremamente difícil nas condições vigentes e não obriga o Estado a ir além de seus recursos disponíveis ou a realizar esses direitos imediatamente. No entanto, o Estado deve concretizar esses direitos e, em circunstâncias apropriadas, os tribunais podem e devem fazer cumprir essas obrigações.

A questão seria definir se as medidas tomadas pelo Estado para realizar os direitos conferidos pela seção 26 são razoáveis. Para serem razoáveis, as medidas não podem deixar de considerar o grau e a extensão da negação do direito que eles se esforçam para realizar. Aqueles grupos cujas necessidades são mais urgentes não devem ser negligenciados. Se as medidas, embora estatisticamente bem-sucedidas, deixam de prever as necessidades dos mais desesperados, elas podem não passar no teste da razoabilidade.

A Corte enfatizou que as seções 26 e 28(1)(c) não davam a nenhum dos requerentes o direito de solicitar abrigo imediatamente. No entanto, constatou que o programa que estava sendo implementado na área pelo Conselho Metropolitano do Cabo, no momento em que a petição foi formulada, estava aquém das obrigações impostas ao Estado pela seção 26; que, apesar de o programa geral de habitação implementado pelo Estado desde 1994 ter resultado na construção de várias casas, falhou em não fornecer uma alternativa ainda que temporária para aqueles em situações mais necessitadas, como sem tetos, por exemplo.

Depois de o caso ter sido iniciado na Corte Constitucional, teve início um Programa de Aceleração do Assentamento introduzido pelo Conselho Metropolitano do Cabo, buscando atender a demanda social, reconhecida pelo Judiciário, de melhorar o acesso à moradia, sobretudo aos mais necessitados. A Corte, todavia, ressaltou que o julgamento não deve ser compreendido como um respaldo judicial para práticas de invasões ilegais como forma de coagir o Estado a fornecer moradia.

O Tribunal apresentou uma ordem declaratória (*declaratory order*) que exigia que o Estado formulasse e implementasse um programa que incluísse medidas para proporcionar moradia adequada às pessoas que não haviam sido beneficiadas pelo programa estadual aplicável na área metropolitana do Cabo antes de ter sido introduzido o Programa de Aceleração do Assentamento.

4.2.2. Destaques

Feito o resumo, cumpre destacar que, não obstante o teor elogiavelmente garantista, o Tribunal Constitucional da África do Sul cuidou de reconhecer e declarar alguns pontos que nos parecem essenciais.

Assim, no item “D. As disposições constitucionais relevantes e sua justiciabilidade”, afirma:

[20] Os direitos socioeconômicos estão expressamente incluídos na Carta de Direitos, e não se pode dizer que existem apenas no papel. A Seção 7(2) da Constituição exige que o Estado “respeite, proteja, promova e cumpra os direitos da Declaração de Direitos” e os tribunais estão obrigados constitucionalmente a garantir que sejam protegidos e cumpridos. A questão, portanto, não é se os direitos socioeconômicos são judicialmente exigíveis sob nossa Constituição, mas como assegurá-los em um determinado caso.²²¹ Esta é uma questão muito difícil, que deve ser cuidadosamente explorada caso a caso...²²²

Com relação à “legislação razoável e outras medidas”, a Corte Constitucional assenta:

[41] As medidas devem estabelecer um programa habitacional público coerente e direcionado para a realização progressiva do direito de acesso a moradia adequada dentro dos meios disponíveis do Estado. O programa deve ser capaz de facilitar a realização do direito. *Os contornos e o conteúdo exatos das medidas a serem adotadas são principalmente de competência do legislativo e do executivo.* Eles devem, no entanto, garantir que as medidas adotadas sejam razoáveis. Em qualquer questão baseada na seção 26, na qual se argumenta que o Estado não cumpriu as obrigações positivas impostas pela seção 26(2), a questão será se as medidas legislativas e outras tomadas pelo Estado são razoáveis. *Um tribunal que considera a razoabilidade não indagará se outras medidas mais desejáveis ou favoráveis poderiam ter sido adotadas, ou se o dinheiro público poderia ter sido mais bem gasto.* A questão seria se as medidas que foram adotadas são razoáveis. *É necessário reconhecer que uma ampla gama de medidas possíveis poderia ser adotada pelo Estado para cumprir suas obrigações. Muitas delas atenderiam ao requisito da razoabilidade.* Uma vez demonstrado que as medidas o fazem, esse requisito é atendido.²²³

²²¹ Section 38 of the Constitution empowers the Court to grant appropriate relief for the infringement of any right entrenched in the Bill of Rights.

²²² “D. The relevant constitutional provisions and their justiciability. [...] [20] Socio-economic rights are expressly included in the Bill of Rights; they cannot be said to exist on paper only. Section 7(2) of the Constitution requires the state “to respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights” and the courts are constitutionally bound to ensure that they are protected and fulfilled. The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case. This is a very difficult issue which must be carefully explored on a case-by-case basis. [...]”

²²³ “Reasonable legislative and other measures [41] The measures must establish a coherent public housing programme directed towards the progressive realisation of the right of access to adequate housing within the state’s available means. The programme must be capable of facilitating the realisation of the right. The precise contours and content of the measures to be adopted are primarily a matter for the legislature and the executive. They must, however, ensure that the measures they adopt are reasonable. In any challenge based on section 26 in which it is argued that the state has failed to meet the positive obligations imposed upon it by section 26(2), the question will be whether the legislative and other measures taken by the state are reasonable. A court considering reasonableness will not enquire whether other more desirable or favourable measures could have been adopted, or whether public money could have been better spent. The question would be whether the measures that have been adopted are reasonable. It is necessary to recognise that a wide range of possible measures could be adopted by the state to meet its obligations.

Em seguida, salienta que “[a]o determinar se um conjunto de medidas é razoável, será necessário considerar os problemas de moradia em seu contexto social, econômico e histórico e considerar a capacidade das instituições responsáveis pela implementação do programa”,²²⁴ para depois concluir: “Para serem razoáveis, as medidas não podem deixar de considerar o grau e a extensão da negação do direito que elas se esforçam para realizar. Aqueles cujas necessidades são as mais urgentes e cuja capacidade de desfrutar de todos os direitos, portanto, está mais em perigo, não devem ser ignorados pelas medidas destinadas a alcançar a realização do direito.”²²⁵

Ao tratar da *realização progressiva do direito*, registra:

[45] A extensão e o conteúdo da obrigação consistem no que deve ser alcançado, isto é, “a realização progressiva deste direito”. Ele vincula as subseções (1) e (2), deixando bem claro que o direito referido é o direito de acesso a moradia adequada. O termo “realização progressiva” mostra que a Constituição também contemplou que o direito poderia não ser imediatamente realizado. Mas o objetivo da Constituição é que as necessidades básicas de todos em nossa sociedade sejam efetivamente atendidas e a exigência de realização progressiva significa que o Estado deve tomar medidas para alcançar esse objetivo. Isso significa que a acessibilidade deve ser progressivamente facilitada: barreiras legais, administrativas, operacionais e financeiras devem ser examinadas e, quando possível, reduzidas com o tempo. A moradia deve ser mais acessível não apenas a um número maior de pessoas, mas para uma gama maior de pessoas à medida que o tempo avança...²²⁶

E arremata quanto aos *recursos disponíveis*:

O terceiro aspecto definidor da obrigação de tomar as medidas necessárias é o de que não se pode exigir que o Estado faça mais do que seus recursos disponíveis permitem. Isso significa que tanto o conteúdo da obrigação a que progressivamente

Many of these would meet the requirement of reasonableness. Once it is shown that the measures do so, this requirement is met.” – grifos nossos.

²²⁴ Na íntegra: “[43] *In determining whether a set of measures is reasonable, it will be necessary to consider housing problems in their social, economic and historical context and to consider the capacity of institutions responsible for implementing the programme. The programme must be balanced and flexible and make appropriate provision for attention to housing crises and to short, medium and long term needs. A programme that excludes a significant segment of society cannot be said to be reasonable. Conditions do not remain static and therefore the programme will require continuous review.*

²²⁵ “[...] *To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right [...]*”

²²⁶ “*Progressive realisation of the right [45] The extent and content of the obligation consist in what must be achieved, that is, “the progressive realisation of this right.” It links subsections (1) and (2) by making it quite clear that the right referred to is the right of access to adequate housing. The term “progressive realisation” shows that it was contemplated that the right could not be realised immediately. But the goal of the Constitution is that the basic needs of all in our society be effectively met and the requirement of progressive realisation means that the state must take steps to achieve this goal. It means that accessibility should be progressively facilitated: legal, administrative, operational and financial hurdles should be examined and, where possible, lowered over time. Housing must be made more accessible not only to a larger number of people but to a wider range of people as time progresses.[...]”*

se busca alcançar quanto a razoabilidade das medidas empregadas para alcançar o resultado almejado *são regidos pela disponibilidade de recursos*. A seção 26 não espera mais do Estado do que é possível dentro de seus recursos disponíveis.²²⁷

Digno de nota é que o Tribunal Constitucional, no item “H. Avaliação da conduta dos apelantes em relação aos apelados”, teve a sensibilidade de salientar: “Mas devemos lembrar também que os apelados não estão sozinhos em seu desespero; centenas de milhares (possivelmente milhões) de sul-africanos vivem em condições terríveis em todo o país”,²²⁸ para enfatizar:

[81] Embora as condições em que os apelados viviam em Wallacedene fossem reconhecidamente intoleráveis e embora seja incabível realizar qualquer crítica contra eles por deixarem seus barracos de Wallacedene, não se pode afirmar que estavam em circunstâncias piores que a de milhares de pessoas, inclusive crianças pequenas, que permaneceram em Wallacedene. Não se pode afirmar, com base nas provas apresentadas, que os autores saíram do assentamento Wallacedene e ocuparam a terra destinada ao desenvolvimento habitacional de baixo custo como uma estratégia deliberada para ter preferência na alocação de recursos habitacionais sobre outras pessoas que permaneceram em condições intoleráveis e que também necessitavam urgentemente da proteção habitacional. Deve-se ter em mente, no entanto, que o efeito de qualquer ordem que constitua um tratamento especial para os apelados em razão de suas circunstâncias extraordinárias é conceder-lhes essa preferência.²²⁹

Sempre ressaltando que “[e]ste caso mostra o desespero de centenas de milhares de pessoas que vivem em condições deploráveis *em todo o país*”,²³⁰ bem como ser “tarefa extremamente árdua para o Estado cumprir estas obrigações nas condições que prevalecem no país”, o que é reconhecido “pela Constituição, que

²²⁷ “Within available resources [46] The third defining aspect of the obligation to take the requisite measures is that the obligation does not require the state to do more than its available resources permit. This means that both the content of the obligation in relation to the rate at which it is achieved as well as the reasonableness of the measures employed to achieve the result are governed by the availability of resources. Section 26 does not expect more of the state than is achievable within its available resources [...]” – grifos nossos.

²²⁸ “[80] ... But we must also remember that the respondents are not alone in their desperation; hundreds of thousands (possibly millions) of South Africans live in appalling conditions throughout our country.”

²²⁹ “[81] Although the conditions in which the respondents lived in Wallacedene were admittedly intolerable and although it is difficult to level any criticism against them for leaving the Wallacedene shack settlement, it is a painful reality that their circumstances were no worse than those of thousands of other people, including young children, who remained at Wallacedene. It cannot be said, on the evidence before us, that the respondents moved out of the Wallacedene settlement and occupied the land earmarked for low-cost housing development as a deliberate strategy to gain preference in the allocation of housing resources over thousands of other people who remained in intolerable conditions and who were also in urgent need of housing relief. It must be borne in mind however, that the effect of any order that constitutes a special dispensation for the respondents on account of their extraordinary circumstances is to accord that preference.”

²³⁰ “I. Summary and conclusion [93] This case shows the desperation of hundreds of thousands of people living in deplorable conditions throughout the country. [...]” – grifos nossos.

prevê expressamente que o Estado não é obrigado a ir além dos recursos disponíveis ou a realizar esses direitos imediatamente”,²³¹ conclui a Corte:

[95] Nem a seção 26 nem a seção 28 garantem aos apelados o direito de exigir abrigo ou habitação imediatamente. A ordem do Tribunal Superior, portanto, não deveria ter sido dada. No entanto, a seção 26 obriga o Estado a elaborar e implementar um programa coerente e coordenado destinado a cumprir seus deveres da seção 26. O programa que foi adotado e estava em vigor na Região Metropolitana do Cabo no momento da propositura da demanda ficou aquém das obrigações impostas ao Estado pela seção 26(2), na medida em que não forneceu qualquer forma de amparo àqueles que precisavam desesperadamente de acesso à moradia.

[96] À luz das conclusões a que cheguei, é necessário e apropriado proferir uma ordem declaratória. A ordem exige que o Estado aja com o objetivo de cumprir o dever imposto pela artigo 26(2) da Constituição. Isto inclui a obrigação de criar, financiar, implementar e supervisionar medidas para proporcionar amparo àqueles em situação de necessidade desesperada.

[97] A Comissão de Direitos Humanos atua como *amicus* neste caso. A artigo 184(1) (c) da Constituição impõe à Comissão o dever de “monitorar e avaliar a observância dos direitos humanos na República.” As subseções (2)(a) e (b) conferem à Comissão o poder: “(a) de investigar e informar sobre a observância dos direitos humanos; (b) tomar providências para assegurar a reparação apropriada quando os direitos humanos tiverem sido violados.”²³²

Enfim, eis o trecho fundamental da decisão:

J. *Decisão*

[99] Determina-se:

1. O recurso é provido em parte.
2. A decisão do Tribunal Superior do Cabo da Boa Esperança é reformada e substituída no seguinte:

É declarado que:

²³¹ “[94] *I am conscious that it is an extremely difficult task for the state to meet these obligations in the conditions that prevail in our country. This is recognised by the Constitution which expressly provides that the state is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately. [...]*”

²³² [95] *Neither section 26 nor section 28 entitles the respondents to claim shelter or housing immediately upon demand. The High Court order ought therefore not to have been made. However, section 26 does oblige the state to devise and implement a coherent, co-ordinated programme designed to meet its section 26 obligations. The programme that has been adopted and was in force in the Cape Metro at the time that this application was brought, fell short of the obligations imposed upon the state by section 26(2) in that it failed to provide for any form of relief to those desperately in need of access to housing.*

[96] *In the light of the conclusions I have reached, it is necessary and appropriate to make a declaratory order. The order requires the state to act to meet the obligation imposed upon it by section 26(2) of the Constitution. This includes the obligation to devise, fund, implement and supervise measures to provide relief to those in desperate need.*

[97] *The Human Rights Commission is an amicus in this case. Section 184 (1) (c) of the Constitution places a duty on the Commission to “monitor and assess the observance of human rights in the Republic.” Sub-sections (2)(a) and (b) give the Commission the power: “(a) to investigate and to report on the observance of human rights; (b) to take steps to secure appropriate redress where human right have been violated.”*

(a) A seção 26(2) da Constituição obriga o Estado a criar e implementar dentro dos seus recursos disponíveis um programa abrangente e coordenado para progressivamente realizar o direito de acesso a uma moradia adequada.

(b) O programa deve incluir medidas razoáveis, tais como, mas não necessariamente limitadas, àquelas contempladas no Programa de Aceleração do Assentamento Administrado, para proporcionar amparo para pessoas que não têm acesso à terra, que não têm teto e que estão vivendo em condições intoleráveis ou situações de crise.²³³

Chaskalson P, Langa DP, Goldstone J, Kriegler J, Madala J, Mokgoro J, Ngcobo J, O'Regan J, Sachs J e Cameron AJ concordaram com o julgamento de Yacoob J.

4.3 O caso Soobramoney – *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*

O autor da ação, Thiagraj Soobramoney, desempregado de 41 anos, era diabético que padecia ainda de doença cardíaca isquêmica e doença cerebrovascular, tendo sofrido derrame cerebral em 1996, quando, também em 1996, apareceu seu problema de rins e sua condição foi diagnosticada como irreversível, embora sua vida pudesse ser prolongada por meio de hemodiálise regular. Pediu, em consequência, para ser admitido no programa de diálise do hospital estadual de Addington, em Durban, mas foi informado de que não se qualificava para admissão.

O hospital fornecia apenas tratamento de diálise para número limitado de pacientes. A unidade renal possuía 20 máquinas de hemodiálise disponíveis, e algumas dessas máquinas estavam em más condições. Cada tratamento levava quatro horas, em média, sendo que mais duas horas deviam ser consideradas para a limpeza da máquina, antes de poder ser usada novamente para outro tratamento. Por causa dos limitados recursos disponíveis para a diálise renal, o hospital não era capaz de fornecer ao recorrente o tratamento solicitado.

As razões apresentadas pelo hospital para isso foram expostas no depoimento do Dr. Saraladevi Naicker, médico nefrologista que trabalhou no Hospital de

²³³ Na íntegra: “J. The Order [99] *The following order is made: 1. The appeal is allowed in part. 2. The order of the Cape of Good Hope High Court is set aside and the following is substituted for it: It is declared that: (a) Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing. (b) The programme must include reasonable measures such as, but not necessarily limited to, those contemplated in the Accelerated Managed Land Settlement Programme, to provide relief for people who have no access to land, no roof over their heads, and who are living in intolerable conditions or crisis situations. (c) As at the date of the launch of this application, the state housing programme in the area of the Cape Metropolitan Council fell short of compliance with the requirements in paragraph (b), in that it failed to make reasonable provision within its available resources for people in the Cape Metropolitan area with no access to land, no roof over their heads, and who were living in intolerable conditions or crisis situations. 3. There is no order as to costs.*” – grifado no original.

Addington por 18 anos e que é atualmente o presidente da Sociedade Renal da África do Sul. Em seu depoimento, o Dr. Naicker diz que o Addington Hospital não possui recursos bastantes para fornecer tratamento de diálise para todos os pacientes que sofrem de insuficiência renal crônica. São necessárias máquinas de diálise adicionais e uma equipe de enfermagem mais treinada para permitir que isso aconteça, mas o orçamento hospitalar não prevê esse gasto. O hospital gostaria de ter seu orçamento aumentado, mas foi informado pelo departamento provincial de saúde que os fundos não estão disponíveis para esse fim.²³⁴

Devido aos recursos limitados, o hospital adotou política de admissão apenas daqueles pacientes que poderiam ser curados e daqueles com insuficiência renal crônica elegíveis para transplante renal, como se vê do item 3 do julgamento:

[3] Devido à escassez de recursos, o hospital segue uma política definida em relação ao uso dos recursos de diálise. Apenas os pacientes que sofrem de insuficiência renal aguda, que podem ser tratados e curados²³⁵ por diálise renal, recebem acesso automático à diálise no hospital. Aqueles pacientes que, como o recorrente, sofrem de insuficiência renal crônica irreversível, não são internados automaticamente no programa renal. Um conjunto de diretrizes foi elaborado e adotado para determinar quais requerentes [*applicants*] com insuficiência renal crônica receberão tratamento dialítico. De acordo com as diretrizes, o principal requisito para a admissão dessas pessoas no programa de diálise é que o paciente seja elegível para um transplante renal...²³⁶

Soobramoney era inelegível para transplante, em razão de suas doenças cardíaca e cérebro-vascular significativas. Então pleiteou o tratamento judicialmente, alegando que tinha o direito de receber a hemodiálise do hospital, nos termos da

²³⁴ Texto original: “[2] *The reasons given by the hospital for this are set out in the respondents answering affidavit deposed to by Doctor Saraladevi Naicker, a specialist physician and nephrologist in the field of renal medicine who has worked at Addington Hospital for 18 years and who is currently the President of the South African Renal Society. In her affidavit Dr Naicker says that Addington Hospital does not have enough resources to provide dialysis treatment for all patients suffering from chronic renal failure. Additional dialysis machines and more trained nursing staff are required to enable it to do this, but the hospital budget does not make provision for such expenditure. The hospital would like to have its budget increased but it has been told by the provincial health department that funds are not available for this purpose.*”

²³⁵ Nos casos em que a insuficiência renal pode ser curada por diálise, isto é normalmente conseguido dentro de um período de quatro a seis semanas após o início do tratamento.

²³⁶ “[3] *Because of the shortage of resources the hospital follows a set policy in regard to the use of the dialysis resources. Only patients who suffer from acute renal failure, which can be treated and remedied [nota 1: Where the renal failure can be cured by dialysis this is usually achieved within a period of four to six weeks from the commencement of the treatment.] by renal dialysis are given automatic access to renal dialysis at the hospital. Those patients who, like the appellant, suffer from chronic renal failure which is irreversible are not admitted automatically to the renal programme. A set of guidelines has been drawn up and adopted to determine which applicants who have chronic renal failure will be given dialysis treatment. According to the guidelines the primary requirement for admission of such persons to the dialysis programme is that the patient must be eligible for a kidney transplant. [...]*”.

seção 27(3) (“A ninguém pode ser recusado tratamento médico de emergência.”)²³⁷ e da seção 11 (“Todos têm direito à vida.”)²³⁸ da Constituição sul-africana de 1996. O pedido foi indeferido.

Em recurso, relatado pelo *justice* CHASKALSON P o Tribunal Constitucional, após mencionar as seções 26 e 27 da Constituição, afirmou:

[11] O que resulta dessas disposições é que as obrigações impostas ao Estado pelas seções 26 e 27 em relação ao acesso a moradia, saúde, alimentação, água e segurança social dependem dos recursos disponíveis para tais fins, e que os direitos correspondentes são limitados por falta de recursos. Tendo em conta essa falta de recursos e as demandas significativas que já foram mencionadas, uma obrigação incondicional [*unqualified*] de atender a essas necessidades não seria atualmente capaz de ser satisfeita. Este é o contexto no qual a seção 27(3) deve ser interpretada.²³⁹

Bem assim, esclarece a Corte:

[19] Na nossa Constituição, o direito ao tratamento médico não deve ser inferido da natureza da Constituição ou do direito à vida que ela garante. Ele é tratado diretamente na seção 27. Se a seção 27(3) fosse interpretada de acordo com a alegação do apelante, tornaria substancialmente mais difícil para o Estado cumprir suas obrigações primárias sob as seções 27(1) e (2), quais sejam, fornecer serviços de assistência médica para “todos” dentro de seus recursos disponíveis. Teria também a consequência de dar prioridade ao tratamento de doenças terminais sobre outras formas de assistência médica e reduziria os recursos disponíveis do Estado para fins como cuidados de saúde preventivos e tratamento médico para pessoas que sofrem de doenças ou debilidades físicas que não ameaçam a vida...²⁴⁰

²³⁷ Na íntegra: “27. *Health care, food, water and social security* (1) *Everyone has the right to have access to – (a) health care services, including reproductive health care; (b) sufficient food and water; and (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.* (2) *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.* (3) *No one may be refused emergency medical treatment.*” [Nossa tradução: “27. Cuidados de saúde, alimentação, água e segurança social (1) Todos têm o direito de ter acesso a – (a) serviços de saúde, incluindo cuidados de saúde reprodutiva; (b) comida e água suficientes; e c) segurança social, incluindo, se não puderem sustentar a si próprios e aos seus dependentes, assistência social adequada. (2) O Estado deve tomar medidas legislativas e outras medidas razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos. (3) A ninguém pode ser recusado tratamento médico de emergência.”].

²³⁸ “11. *Life. Everyone has the right to life.*”

²³⁹ “[11] *What is apparent from these provisions is that the obligations imposed on the state by sections 26 and 27 in regard to access to housing, health care, food, water and social security are dependent upon the resources available for such purposes, and that the corresponding rights themselves are limited by reason of the lack of resources. Given this lack of resources and the significant demands on them that have already been referred to, an unqualified obligation to meet these needs would not presently be capable of being fulfilled. This is the context within which section 27(3) must be construed.*”

²⁴⁰ “[19] *In our Constitution the right to medical treatment does not have to be inferred from the nature of the state established by the Constitution or from the right to life which it guarantees. It is dealt with directly in section 27. If section 27(3) were to be construed in accordance with the appellant’s contention it would make it substantially more difficult for the state to fulfill its primary obligations under sections 27(1) and (2) to provide health care services to “everyone” within its available resources. It would also have the consequence of prioritising the treatment of terminal illnesses over other forms of medical care and would reduce the resources available to the state for purposes such as preventative health care and medical treat-*

Para concluir que o objetivo do direito assegurado na seção 27(3) parece ser garantir que o tratamento seja prestado em caso de emergências, não sendo frustrado por exigências burocráticas ou outras formalidades:

A uma pessoa que sofra uma catástrofe repentina e que precise de cuidados médicos imediatos [...], não devem ser recusados ambulância e outros serviços de emergência disponíveis, nem hospital capaz de fornecer o tratamento necessário. O que a seção exige é que o tratamento corretivo necessário e disponível seja dado imediatamente para evitar dano.²⁴¹

Soobramoney sofria de insuficiência renal crônica e necessitava de tratamento de hemodiálise duas a três vezes por semana para sobreviver. O tribunal decidiu que não se tratava de uma emergência que exigisse tratamento curativo imediato, por ser condição contínua resultante de uma deterioração da função renal incurável.²⁴²

“A demanda para receber tratamento de diálise em hospital estadual”, prossegue o Tribunal, “deve ser determinada de acordo com as disposições das seções 27(1) e (2) e não da seção 27(3). Essas seções permitem que todos tenham acesso aos serviços de saúde fornecidos pelo Estado ‘dentro de seus recursos disponíveis’.”²⁴³

Verificou-se que o Departamento de Saúde de KwaZulu-Natal não tinha recursos suficientes para cobrir o custo dos serviços prestados ao público; que o orçamento foi excedido em R152 milhões e previa-se que os gastos excedentes aumentassem para 700 milhões de rands no ano então em curso, a menos que fosse feita uma redução séria nos serviços que ele oferece.

A unidade renal do Hospital Addington tem de atender a toda a província de KwaZulu-Natal e também recebe pacientes de partes do Cabo Oriental. Há muito mais pacientes que sofrem de insuficiência renal crônica do que máquinas de diálise para tratar esses pacientes. Este é um problema de âmbito nacional e os recursos são estendidos a todas as clínicas renais do país. Portanto, foram estabelecidas diretrizes para ajudar as

ment for persons suffering from illnesses or bodily infirmities which are not life threatening....”

²⁴¹ “[20] Section 27(3) itself is couched in negative terms - it is a right not to be refused emergency treatment. The purpose of the right seems to be to ensure that treatment be given in an emergency, and is not frustrated by reason of bureaucratic requirements or other formalities. A person who suffers a sudden catastrophe which calls for immediate medical attention, [...] should not be refused ambulance or other emergency services which are available and should not be turned away from a hospital which is able to provide the necessary treatment. What the section requires is that remedial treatment that is necessary and available be given immediately to avert that harm.”

²⁴² “[21] “The applicant suffers from chronic renal failure. To be kept alive by dialysis he would require such treatment two to three times a week. This is not an emergency which calls for immediate remedial treatment. It is an ongoing state of affairs resulting from a deterioration of the applicant’s renal function which is incurable. In my view section 27(3) does not apply to these facts.”

²⁴³ “[22] The appellant’s demand to receive dialysis treatment at a state hospital must be determined in accordance with the provisions of sections 27(1) and (2) and not section 27(3). These sections entitle everyone to have access to health care services provided by the state ‘within its available resources’”.

pessoas que trabalham nessas clínicas a fazerem as escolhas angustiantes (*agonising choices*) que precisam ser feitas para decidir quem deve receber tratamento e quem não deve. Essas diretrizes foram aplicadas no presente caso.²⁴⁴

[25] Ao usar as máquinas de diálise disponíveis, de acordo com as diretrizes, mais pacientes são beneficiados do que seria o caso se fossem usados para manter pessoas vivas com insuficiência renal crônica, e o resultado do tratamento também é mais benéfico porque ele é direcionado para curar pacientes, e não simplesmente para mantê-los em uma condição cronicamente doente. Não foi sugerido que essas diretrizes não sejam razoáveis ou que não tenham sido aplicadas de forma justa e racional quando a decisão foi tomada pelo Hospital Addington de que o recorrente não se qualificou para diálise.²⁴⁵

Ao enfrentar alegações do apelante, de que “melhor uso poderia ser feito das máquinas de diálise no Hospital Addington, mantendo a clínica aberta por mais horas”, a Corte Constitucional sul-africana arremata:

[28] O caso do apelante deve ser visto no contexto das necessidades que os serviços de saúde têm que cumprir, pois se o tratamento tiver que ser fornecido ao apelante, *ele também teria que ser fornecido a todas as outras pessoas na mesma situação*. Embora a clínica renal pudesse ser mantida aberta por mais horas, isso envolveria despesas suplementares em ter que pagar ao pessoal da clínica horas extras, ou em ter que empregar pessoal adicional trabalhando em turnos. Isso também ensinaria a sobrecarga das máquinas de diálise existentes, que já apresentam sinais de desgaste. Estima-se que o custo para o Estado de tratar um doente crônico por meio de diálise renal, prestado duas vezes por semana em um hospital estadual, é de aproximadamente R60.000 por ano. Se todas as pessoas na África do Sul que sofrem de insuficiência renal crônica receberem tratamento de diálise – e muitas delas, como o recorrente, necessitarem de tratamento três vezes por semana –, o custo para tanto provocaria intrusões [*inroads*] substanciais no orçamento da saúde. *E se esse princípio fosse aplicado a todos os pacientes que reivindicam acesso a tratamento médico dispendioso ou a medicamentos caros, o orçamento da saúde teria que ser aumentado drasticamente em detrimento de outras necessidades que o Estado tem que cumprir.*²⁴⁶ (grifos nossos).

²⁴⁴ “[24] *At present the Department of Health in KwaZulu-Natal does not have sufficient funds to cover the cost of the services which are being provided to the public. In 1996-1997 it overspent its budget by R152 million, and in the current year it is anticipated that the overspending will be R700 million rand unless a serious cutback is made in the services which it provides. The renal unit at the Addington Hospital has to serve the whole of KwaZulu-Natal and also takes patients from parts of the Eastern Cape. There are many more patients suffering from chronic renal failure than there are dialysis machines to treat such patients. This is a nation-wide problem and resources are stretched in all renal clinics throughout the land. Guidelines have therefore been established to assist the persons working in these clinics to make the agonising choices which have to be made in deciding who should receive treatment, and who not. These guidelines were applied in the present case.*”

²⁴⁵ “[25] *By using the available dialysis machines in accordance with the guidelines more patients are benefited than would be the case if they were used to keep alive persons with chronic renal failure, and the outcome of the treatment is also likely to be more beneficial because it is directed to curing patients, and not simply to maintaining them in a chronically ill condition. It has not been suggested that these guidelines are unreasonable or that they were not applied fairly and rationally when the decision was taken by the Addington Hospital that the appellants did not qualify for dialysis.*”

²⁴⁶ “[28] *The appellants’ case must be seen in the context of the needs which the health services have to meet, for if treatment has to be provided to the appellants it would also have to be provided to all other*

O julgado menciona e analisa decisões dos tribunais ingleses nas quais se considerou indesejável que um tribunal determinasse como devem ser aplicados os escassos recursos de saúde, apontando para o perigo de decisões que direcionam a aplicação de recursos a apenas um paciente, o que pode ter o efeito de negar esses recursos a outros pacientes a quem eles poderiam ser mais vantajosamente dedicados.²⁴⁷

Em seguida, o Tribunal faz marcante e verdadeira manifestação:

[31] Não se pode deixar de ter simpatia pelo apelante e sua família, que enfrentam o dilema cruel de ter que empobrecer-se a fim de garantir o tratamento que o recorrente procura, a fim de prolongar a sua vida. O fato difícil e desagradável é que se o apelante fosse um homem rico ele seria capaz de obter tal tratamento de fontes privadas; mas como não é tem de pedir para o Estado fornecer-lhe o tratamento. Contudo, os recursos estatais são limitados e o recorrente não atende aos critérios de admissão no programa de diálise renal. Infelizmente, essa é a realidade não apenas do recorrente, mas de muitos outros que precisam ter acesso às unidades de diálise renal ou a outros serviços de saúde. Há também aqueles que precisam ter acesso a moradia, comida e água, oportunidades de emprego e segurança social. Esses também são aspectos do direito à

“... vida humana: o direito de viver como ser humano, de fazer parte de uma comunidade mais ampla, de compartilhar a experiência da humanidade”²⁴⁸

O Estado tem que administrar seus recursos limitados para tratar de todas essas pretensões. Haverá momentos em que isso exigirá que ele adote uma abordagem holística às necessidades maiores da sociedade, em vez de se concentrar nas necessidades específicas de determinados indivíduos dentro da sociedade.²⁴⁹

persons similarly placed. Although the renal clinic could be kept open for longer hours, it would involve additional expense in having to pay the clinic personnel at overtime rates, or in having to employ additional personnel working on a shift basis. It would also put a great strain on the existing dialysis machines which are already showing signs of wear. It is estimated that the cost to the state of treating one chronically ill patient by means of renal dialysis provided twice a week at a state hospital is approximately R60 000 per annum. If all the persons in South Africa who suffer from chronic renal failure were to be provided with dialysis treatment - and many of them, as the appellant does, would require treatment three times a week - the cost of doing so would make substantial inroads into the health budget. And if this principle were to be applied to all patients claiming access to expensive medical treatment or expensive drugs, the health budget would have to be dramatically increased to the prejudice of other needs which the state has to meet.”

²⁴⁷ *In his judgment in this case Combrinck J refers to decisions of the English courts in which it has been held to be undesirable for a court to make an order as to how scarce medical resources should be applied, and to the danger of making any order that the resources be used for a particular patient, which might have the effect of denying those resources to other patients to whom they might more advantageously be devoted. [Re J (a minor) [1992] 4 All ER 614 (CA) at 625g; Airedale NHS Trust v Bland [1993] 1 All ER 821 (CA) at 857b.]*

²⁴⁸ *Per O’Regan J in S v Makwanyane above n 5 at para 326.*

²⁴⁹ “[31] *One cannot but have sympathy for the appellant and his family, who face the cruel dilemma of having to impoverish themselves in order to secure the treatment that the appellant seeks in order to prolong his life. The hard and unpalatable fact is that if the appellant were a wealthy man he would be able to procure such treatment from private sources; he is not and has to look to the state to provide him with the treatment. But the state’s resources are limited and the appellant does not meet the criteria for admission to the renal dialysis programme. Unfortunately, this is true not only of the appellant but of many others who need*

O Tribunal Constitucional negou provimento ao recurso.

Colhe-se do voto do *justice* MADALA J essa corretíssima lição:

[42] A Constituição é voltada para o futuro e garante a todos os cidadãos direitos fundamentais, de tal maneira que a pessoa comum, que está ciente dessas garantias, as reivindica imediatamente sem mais delongas – e assume que todo direito assim garantido está disponível para ele ou ela sob demanda. Alguns direitos na Constituição são o ideal e algo pelo qual se deve lutar. Eles equivalem a uma promessa, em alguns casos, uma indicação do que uma sociedade democrática com o objetivo de salvar a dignidade perdida, a liberdade e a igualdade deve empreender. São valores que a Constituição procura fornecer, nutrir e proteger para uma futura África do Sul.

[43] Entretanto, as garantias da Constituição não são absolutas, mas podem ser limitadas de uma forma ou de outra. Em alguns casos, a Constituição estabelece expressamente que o Estado deve tomar medidas legislativas e outras medidas razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis “para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos”. Em sua linguagem, a Constituição aceita que não pode resolver todos os problemas de nossa sociedade da noite para o dia, mas deve continuar tentando resolver esses problemas. Um dos fatores limitantes para a obtenção das garantias da Constituição é o de recursos limitados ou escassos. No presente caso, as instalações limitadas de hemodiálise, incluindo máquinas de hemodiálise, leitos e pessoal treinado constituem os limitados ou escassos recursos.²⁵⁰

Enfim, antes de encerrar este item, vale a pena salientar que o *justice* SACHS J, em seu voto, termina por enfatizar:

[59] O requerente, neste caso, apresentou sua reivindicação de maneira muito digna e demonstrou manifesto apreço pela situação de muitas outras pessoas nas mesmas circunstâncias difíceis que ele próprio. Se os recursos fossem coextensivos

access to renal dialysis units or to other health services. There are also those who need access to housing, food and water, employment opportunities, and social security. These too are aspects of the right to “... human life: the right to live as a human being, to be part of a broader community, to share in the experience of humanity.”

The state has to manage its limited resources in order to address all these claims. There will be times when this requires it to adopt a holistic approach to the larger needs of society rather than to focus on the specific needs of particular individuals within society.”

²⁵⁰ “[42] *The Constitution is forward-looking and guarantees to every citizen fundamental rights in such a manner that the ordinary person-in-the-street, who is aware of these guarantees, immediately claims them without further ado - and assumes that every right so guaranteed is available to him or her on demand. Some rights in the Constitution are the ideal and something to be strived for. They amount to a promise, in some cases, and an indication of what a democratic society aiming to salvage lost dignity, freedom and equality should embark upon. They are values which the Constitution seeks to provide, nurture and protect for a future South Africa.*

[43] *However, the guarantees of the Constitution are not absolute but may be limited in one way or another. In some instances, the Constitution states in so many words that the state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources “to achieve the progressive realisation of each of these rights.” In its language, the Constitution accepts that it cannot solve all of our society’s woes overnight, but must go on trying to resolve these problems. One of the limiting factors to the attainment of the Constitution’s guarantees is that of limited or scarce resources. In the present case the limited haemodialysis facilities, inclusive of haemodialysis machines, beds and trained staff constitute the limited or scarce facilities.”*

à compaixão, não tenho dúvida sobre qual teria sido a minha decisão. Infelizmente, os recursos são limitados e não encontro motivo para interferir na alocação feita por aqueles que estão *mais bem equipados* do que eu para lidar com as *escolhas angustiantes* que precisavam ser feitas.²⁵¹ (grifos nossos).

Langa DP, Ackermann J, Didcott J, Goldstone J, Kriegler J, Mokgoro J, O'Regan J and Sachs J concordaram com o julgamento de Chaskalson P [unânime].

4.4 O caso TAC – *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*

O recurso à Corte Constitucional visava a reformar decisões do Tribunal Superior de Pretória contra o governo, por causa de deficiências percebidas em sua reação a um aspecto da ameaça do HIV/AIDS. O tribunal entendeu que o governo não havia tratado de forma razoável a necessidade de reduzir o risco de mães HIV-positivas transmitirem a doença a seus bebês no nascimento. Mais especificamente, a conclusão foi que o governo não agiu de forma razoável ao (a) recusar-se a disponibilizar medicamento antirretroviral chamado nevirapina (NVP) no setor de saúde pública onde o médico assistente o considerou clinicamente indicado e (b) não estabelecer cronograma para um programa nacional de prevenção da transmissão do HIV de mãe para filho.

O caso começou como requerimento no Tribunal Superior de Pretória, em 21 de agosto de 2001, tendo como autores associações e membros da sociedade civil preocupados com o tratamento de pessoas com HIV/AIDS e com a prevenção de novas infecções. No julgamento eles são referidos coletivamente como “os requerentes” [*“the applicants”*]. O principal autor entre eles foi o Treatment Action Campaign (TAC). Os réus foram o Ministro da Saúde e os respectivos membros dos conselhos executivos (MECs) responsáveis pela saúde em todas as províncias, exceto o Cabo Ocidental. Eles são referidos coletivamente como “o governo” ou “governo”.

O governo, como parte de uma série de respostas à pandemia, criou um programa para lidar com a transmissão do HIV de mãe para filho no nascimento e identificou a nevirapina como medicamento a ser utilizado, mas o programa impôs restrições para a disponibilização de nevirapina no setor de saúde pública.

Surge, então, a primeira das duas questões principais no caso. Os requerentes

²⁵¹ “[59] *The applicant in this case presented his claim in a most dignified manner and showed manifest appreciation for the situation of the many other persons in the same harsh circumstances as himself. If resources were co-extensive with compassion, I have no doubt as to what my decision would have been. Unfortunately, the resources are limited, and I can find no reason to interfere with the allocation undertaken by those better equipped than I to deal with the agonising choices that had to be made.*”

alegaram que as restrições não seriam razoáveis à luz da Constituição, que obriga o Estado e todos os seus órgãos a dar eficácia aos direitos garantidos pela Declaração de Direitos, ao prever nas seções 7(2) e 8(1), respectivamente: 7(2) O Estado deve respeitar, proteger, promover e cumprir os direitos na Carta de Direitos;²⁵² 8(1) A Declaração de Direitos aplica-se a toda lei e vincula o legislador, o executivo, o judiciário e todos os órgãos do Estado.²⁵³

A questão envolve o direito dado a todos de ter acesso a serviços públicos de saúde e ao direito de as crianças receberem proteção especial. Estes direitos estão expressos nos seguintes termos na Carta de Direitos: Seção 27(1) Todos têm o direito de ter acesso a – (a) serviços de cuidados de saúde, incluindo cuidados de saúde reprodutiva; [...] (2) O Estado deve tomar medidas legislativas e outras medidas razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos [...].²⁵⁴ Seção 28(1) Toda criança tem o direito – [...] (c) à nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais; [...].²⁵⁵

A segunda questão principal também decorre das seções 27 e 28 da Constituição e consiste em definir se o governo é constitucionalmente obrigado a planejar e implementar imediatamente um programa eficaz, abrangente e progressivo para a prevenção da transmissão do HIV de mãe para filho em todo o país.

Ao expor o caso concreto, o Tribunal Constitucional menciona que as duas questões principais estavam em controvérsia entre os requerentes e o governo por um tempo considerável antes da propositura da ação. Assim, quando o TAC, em setembro de 1999, pressionou pela aceleração do programa governamental de prevenção da transmissão intraparto, de mãe para filho, do HIV, foi informado pelo Ministro que isso não poderia ser feito porque havia preocupações, entre outras coisas, com a segurança e eficácia da nevirapina. Quase um ano depois (em agosto de 2000), após a 13ª Conferência Internacional de Aids em Durban e uma reunião de acompanhamento com a presença do Ministro e dos MECs, foi anunciado que a nevirapina ainda não seria disponibilizada de maneira geral. Em vez disso, cada província selecionaria dois locais para pesquisas futuras e o uso da droga seria restrito a esses locais.

²⁵² “7. Rights [...] (2) The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights.”

²⁵³ “8. Application (1) The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state. [...].

²⁵⁴ “27. Health care, food, water and social security (1) Everyone has the right to have access to — (a) health care services, including reproductive health care; [...] (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights [...]”.

²⁵⁵ “28. Children (1) Every child has the right — [...] (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services; [...]”.

Cerca de um ano depois, em 6 de agosto de 2001, respondendo a uma carta enviada pelos requerentes, o Ministro da Saúde não negou a restrição imposta pelo governo à disponibilidade de nevirapina, esclarecendo uma série de preocupações governamentais com relação à segurança e eficácia da NVP. Pode-se mencionar que uma importante razão para essa decisão foi que o governo queria desenvolver e monitorar seus recursos humanos e materiais em todo o país para a entrega de um pacote abrangente de testes e aconselhamento, dispensação de nevirapina e serviços de acompanhamento para gestantes. Os locais de pesquisa e treinamento poderiam fornecer informações vitais, permitindo que, com o tempo, o programa de prevenção fosse desenvolvido e ampliado.

Ajuizada a demanda,²⁵⁶ o governo, em sua defesa, levantou questões relativas à separação de poderes, sob dois aspectos: (i) na deferência que os tribunais devem mostrar às decisões tomadas pelo Executivo em relação à formulação de suas políticas; e (ii) na ordem a ser feita quando um tribunal considerar que o Executivo não cumpriu com suas obrigações constitucionais.²⁵⁷

Sob a rubrica “Aplicação de direitos socioeconômicos”, após alusão ao decidido nos casos *Soobramoney* e *Grootboom*, afirmou o Tribunal Constitucional:

[25] A questão no presente caso, portanto, não é se os direitos socioeconômicos são justiciáveis. É claro que são. A questão é se os requerentes demonstraram que as medidas adotadas pelo governo para fornecer acesso a serviços de saúde para mães HIV-positivas e seus recém-nascidos ficam aquém das suas obrigações previstas na Constituição.²⁵⁸

Em seguida, a Corte retomou a questão do *minimum core*, também invocada em *Grootboom*, mas aqui analisada de forma mais clara e objetiva. Assim, depois de mencionar a alegação dos *amici curiae* no sentido de que “a seção 27(1) da Constituição estabelece um direito individual garantido a todos”, caracterizando “um núcleo mínimo ao qual todas as pessoas necessitadas têm direito”, esclarece:

O conceito de “núcleo mínimo” foi desenvolvido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, encarregado de monitorar as obrigações

²⁵⁶ Deixaremos de lado as discussões médicas sobre a nevirapina, para nos concentrar nas questões jurídicas mais relevantes, postas no julgamento.

²⁵⁷ “[22] *In their argument counsel for the government raised issues pertaining to the separation of powers. This may be relevant in two respects – (i) in the deference that courts should show to decisions taken by the executive concerning the formulation of its policies; and (ii) in the order to be made where a court finds that the executive has failed to comply with its constitutional obligations. These considerations are relevant to the manner in which a court should exercise the powers vested in it under the Constitution. It was not contended, nor could it have been, that they are relevant to the question of justiciability.*”

²⁵⁸ “*Enforcement of socio-economic rights ... [25] The question in the present case, therefore, is not whether socio-economic rights are justiciable. Clearly they are. The question is whether the applicants have shown that the measures adopted by the government to provide access to health care services for HIV-positive mothers and their newborn babies fall short of its obligations under the Constitution.*”

assumidas pelos Estados Partes no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Segundo o Comitê:

“Um Estado-parte em que um número significativo de indivíduos é privado de alimentos essenciais, de cuidados primários de saúde essenciais, de abrigos e moradias básicos ou das formas mais básicas de educação está, *prima facie*, deixando de cumprir suas obrigações sob o Pacto. Se o Pacto fosse lido de tal maneira que não estabelecesse uma obrigação central mínima, seria em grande parte privado de sua razão de ser. Do mesmo modo, deve-se notar que qualquer avaliação sobre se um Estado cumpriu suas obrigações básicas mínimas também deve levar em conta as *limitações de recursos* aplicáveis no país em questão. O Artigo 2(1)²⁵⁹ obriga cada Estado-Parte a tomar as medidas necessárias “ao máximo de seus recursos disponíveis”. Para que um Estado Parte consiga atribuir sua falha em cumprir pelo menos suas obrigações básicas mínimas com a falta de recursos disponíveis, ele deve demonstrar que todo esforço foi feito para usar todos os recursos que estão à sua disposição na tentativa de satisfazer, como uma questão de prioridade, essas obrigações mínimas.” (grifos nossos) [CESCR General Comment 3 “The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1)” 14/12/90 para 10].²⁶⁰

Em Grootboom, enfatiza a Corte, “também foram alegados preceitos do Pacto. Yacoob J afirmou que, em termos de nossa Constituição, a questão é ‘se as medidas tomadas pelo Estado para realizar o direito proporcionado pela s 26 são razoáveis’²⁶¹ asseverando:

²⁵⁹ “*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, [...] Article 2, 1. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.*” [Artigo 2, 1. Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a tomar as medidas, individualmente e por meio de assistência internacional e cooperação, especialmente econômica e técnica, ao máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo particularmente a adoção de medidas legislativas.”].

²⁶⁰ “[26] *Before outlining the applicants’ legal submissions, it is necessary to consider a line of argument presented on behalf of the first and second amici. It was contended that section 27(1) of the Constitution establishes an individual right vested in everyone. This right, so the contention went, has a minimum core to which every person in need is entitled. The concept of “minimum core” was developed by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights which is charged with monitoring the obligations undertaken by state parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. According to the Committee ‘a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d’être. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligations must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2(1) obligates each State party to take the necessary steps ‘to the maximum of its available resources’. In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.’*”

²⁶¹ “[33] *In Grootboom reliance was also placed on the provisions of the Covenant. Yacoob J held that in*

Embora Yacoob J tenha mencionado que as evidências em um caso particular podem mostrar que há um núcleo mínimo de um serviço específico que deve ser levado em conta para determinar se as medidas adotadas pelo Estado são razoáveis, os direitos socioeconômicos da Constituição não devem ser interpretados como conferindo direito a todos de exigir que o núcleo mínimo seja fornecido a eles.²⁶²

“Uma leitura teleológica das seções 26 e 27 não leva a nenhuma outra conclusão”, prossegue a Corte. “É impossível dar acesso a todos até mesmo a um serviço ‘essencial’ imediatamente. Tudo o que é possível, e tudo o que se pode esperar do Estado, é que ele atue razoavelmente para assegurar acesso aos direitos socioeconômicos identificados nas seções 26 e 27 de forma progressiva.”²⁶³

“O Estado é obrigado a tomar medidas razoáveis progressivamente para eliminar ou reduzir as grandes áreas de privação severa que afligem nossa sociedade”,²⁶⁴ advertindo:

[37] Deve-se ter em mente que, ao lidar com tais questões, os tribunais não estão institucionalmente preparados para fazer as amplas investigações factuais e políticas necessárias para determinar quais devem ser os padrões dos núcleos-mínimos requeridos pelo primeiro e pelo segundo *amici*, nem para decidir como as receitas públicas devem ser efetivamente gastas. Há muitas demandas urgentes nos cofres públicos...²⁶⁵

E conclui:

[38] Os tribunais são inadequados para julgar questões em que decisões judiciais podem ter múltiplas consequências sociais e econômicas para a comunidade. A

terms of our Constitution the question is ‘whether the measures taken by the State to realise the right afforded by s 26 are reasonable.’”

²⁶² “[34] Although Yacoob J indicated that evidence in a particular case may show that there is a minimum core of a particular service that should be taken into account in determining whether measures adopted by the state are reasonable, the socio-economic rights of the Constitution should not be construed as entitling everyone to demand that the minimum core be provided to them. Minimum core was thus treated as possibly being relevant to reasonableness under section 26(2), and not as a self-standing right conferred on everyone under section 26(1).”

²⁶³ “[35] A purposive reading of sections 26 and 27 does not lead to any other conclusion. It is impossible to give everyone access even to a “core” service immediately. All that is possible, and all that can be expected of the state, is that it act reasonably to provide access to the socio-economic rights identified in sections 26 and 27 on a progressive basis [...]”.

²⁶⁴ “[36] The state is obliged to take reasonable measures progressively to eliminate or reduce the large areas of severe deprivation that afflict our society. The courts will guarantee that the democratic processes are protected so as to ensure accountability, responsiveness and openness, as the Constitution requires in section 1. As the Bill of Rights indicates, their function in respect of socio-economic rights is directed towards ensuring that legislative and other measures taken by the state are reasonable. As this Court said in *Grootboom*, “[i]t is necessary to recognise that a wide range of possible measures could be adopted by the State to meet its obligations”.

²⁶⁵ “[37] It should be borne in mind that in dealing with such matters the courts are not institutionally equipped to make the wide-ranging factual and political enquiries necessary for determining what the minimum-core standards called for by the first and second *amici* should be, nor for deciding how public revenues should most effectively be spent. There are many pressing demands on the public purse [...]”

Constituição contempla antes um papel restrito e focado para os tribunais, ou seja, exigir que o Estado tome medidas para cumprir suas obrigações constitucionais e sujeitar a razoabilidade dessas medidas à avaliação. Tais determinações de razoabilidade podem, de fato, ter implicações orçamentárias, mas não são, em si mesmas, direcionadas a reorganizar orçamentos. Desta forma, as funções judiciais, legislativas e executivas alcançam um equilíbrio constitucional adequado.²⁶⁶

Ultrapassada a questão do mínimo essencial, ao tratar da “Política do governo sobre a prevenção da transmissão mãe-filho do HIV”, o Tribunal Constitucional sul-africano destacou que após a 13ª Conferência Internacional sobre HIV/AIDS realizada em Durban, em julho de 2000, o governo tomou a decisão de implementar um programa para a prevenção da transmissão do HIV/AIDS de mãe para filho, e que o programa envolveria a prestação de aconselhamento e testes voluntários do HIV às mulheres grávidas, a prescrição de nevirapina e a oferta de leite artificial (“*formula feed*”) para as mães HIV-positivas que escolhessem esta opção alimentar.²⁶⁷

A implementação do programa deveria limitar-se a locais selecionados em cada província por um período de dois anos [locais de pesquisa e treinamento], e esses locais-piloto deveriam ser usados principalmente para avaliar o uso de nevirapina, monitorar e avaliar seu impacto sobre o estado de saúde das crianças afetadas, bem como a viabilidade de tal intervenção em todo o país. As informações coletadas desses locais deveriam ser usadas no desenvolvimento de uma política nacional para a extensão do programa a outros estabelecimentos públicos fora dos locais-piloto. A nevirapina não deveria ser disponibilizada para instalações públicas fora dos locais-piloto.

Esse programa deveria ser implementado de acordo com o “Protocolo para fornecer um pacote abrangente de cuidados para a prevenção da transmissão de mãe para filho do HIV na África do Sul”, que reconheceu que uma equipe adequadamente treinada é um pré-requisito para a implementação bem-sucedida de qualquer programa. Para este fim, foi previsto no protocolo o desenvolvimento de materiais para a necessária formação de pessoal, incluindo treinamento em aconselhamento, testes para o HIV, as intervenções médicas e obstétricas necessárias

²⁶⁶ “[38] *Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the courts, namely, to require the state to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation. Such determinations of reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves directed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance.*”

²⁶⁷ O acórdão menciona, no item 51, a “objeção cultural à alimentação com mamadeira, que tem que ser superada, e [que] nas áreas rurais também há riscos na alimentação com mamadeira pelas mães que não têm acesso à água limpa. [No original: “*There is a cultural objection to bottle-feeding that has to be overcome, and in rural areas there are also hazards in bottle-feeding by mothers who do not have access to clean water.*”].

para reduzir a transmissão de mãe para filho no momento do nascimento e outros assuntos relacionados.

O protocolo contemplava que o programa seria introduzido em dois locais, um rural e outro urbano, em cada uma das províncias. Um pacote completo de cuidados estaria disponível nesses locais e o progresso feito pelos bebês que receberiam o tratamento seria cuidadosamente monitorado por um período de dois anos.²⁶⁸

Segundo afirmações dos recorrentes, no entanto, as medidas adotadas pelo governo para fornecer acesso a serviços de saúde a mulheres grávidas soropositivas eram deficientes em dois aspectos relevantes: primeiro, porque proibiram a administração de nevirapina em hospitais públicos e clínicas fora dos locais de pesquisa e treinamento; e segundo, porque não implementaram um programa geral para a prevenção da transmissão do HIV de mãe para filho.²⁶⁹

O custo do medicamento não foi fator determinante para limitar sua utilização apenas nos locais de pesquisa e treinamento, como deixou claro o depoimento do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Saúde, Dr. Ayanda Ntsaluba, que esclareceu que o medicamento foi oferecido gratuitamente por um período de cinco anos pelo fabricante.

Os gastos que preocupavam o governo eram os custos de fornecer a infraestrutura para exames e aconselhamento, prover fórmulas alimentares que substituiriam a amamentação, vitaminas e antibióticos, bem como o monitoramento, durante o período de amamentação, das mães e crianças que receberam nevirapina. Esses custos seriam relevantes para o programa abrangente a ser estabelecido nos locais de pesquisa e treinamento.²⁷⁰

Depois, sob a rubrica “Avaliação da política para limitar a nevirapina a locais de pesquisa e treinamento”, o Tribunal Constitucional admite que a política do governo era inflexível, ao negar às mães e seus filhos nascidos em hospitais públicos, fora dos locais de pesquisa e treinamento, a oportunidade de receber uma dose única de nevirapina no momento do nascimento da criança, estando de acordo com a conclusão da Corte local de que a política do governo violava as obrigações do Estado nos termos da seção 27(2) e da seção 27(1)(a), ambas da Constituição.²⁷¹

²⁶⁸ Cf. itens 41 a 43 do acórdão.

²⁶⁹ Vide Item 44 do acórdão.

²⁷⁰ Cf. itens 48 e 49 do acórdão.

²⁷¹ Na íntegra: “*Evaluation of the policy to limit nevirapine to research and training sites* [80] *A política do governo era inflexível, negando às mães e seus filhos recém-nascidos em hospitais públicos e clínicas fora dos locais de pesquisa e treinamento a oportunidade de receber uma dose única de nevirapina no momento do nascimento da criança. Um medicamento que poderia salvar vidas era oferecido e onde as instalações*

Em seguida, após examinar com cuidado e *in concreto* as alegações do governo, afirma o Tribunal:

[95] A inflexibilidade [“rigidity”] da abordagem do governo afetou sua política como um todo. Se, como afirmamos, não era razoável restringir o uso da nevirapina nos locais de pesquisa e treinamento, a política como um todo teria que ser revista. Hospitais e clínicas que dispõem de instalações para efetuar teste e orientação devem ser capazes de prescrever a nevirapina nas situações em que isso for clinicamente indicado. O treinamento deve agora incluir o aconselhamento sobre o uso de nevirapina. Como indicado anteriormente, esta não é uma tarefa complexa e não deve ser difícil preparar os consultores existentes com o conhecimento adicional necessário. Além disso, o governo precisará tomar medidas razoáveis para estender as instalações de teste e orientação a hospitais e clínicas em todo o setor de saúde pública, além dos locais de teste para facilitar e agilizar o uso de nevirapina com a finalidade de reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho.²⁷²

Cumpra salientar que o Tribunal, após rejeitar as alegações do governo, destacou que, durante o processo judicial, a política do Estado evoluiu e deixou de ser tão rígida, tendo sido adicionados, por exemplo, seis hospitais e três centros comunitários de saúde em Gauteng, com a previsão de que, no ano de 2002, a nevirapina estaria disponível em toda a província para o tratamento da transmissão de mãe para filho, bem como, em KwaZulu-Natal, houve mudança de política em relação ao fornecimento de nevirapina em instituições de saúde pública fora dos locais de teste.²⁷³

Bem assim, fez questão de registrar o Tribunal:

[120] Mas, acima de tudo, fomos informados [...] de que o governo disponibilizou significativos recursos adicionais para o tratamento do HIV, incluindo o programa de redução da transmissão de mãe para filho. O orçamento total a ser gasto principalmente por meio dos departamentos de Saúde, Desenvolvimento Social e Educação foi de R350 milhões em 2001/2. Ele foi aumentado para R1 bilhão no ano financeiro corrente e subirá para R1,8 bilhão em 2004/5. Isso significa que as restrições

de teste e aconselhamento estavam disponíveis, ele poderia ter sido administrado dentro dos recursos disponíveis do estado sem qualquer dano conhecido à mãe ou à criança. Nestas circunstâncias, concordamos com a conclusão da Corte Superior de que a política do governo, na medida em que limita a utilização da nevirapina em hospitais e clínicas que constituem locais de pesquisa e treinamento, constitui uma violação das obrigações do Estado nos termos da seção 27(2) combinada com a seção 27(1)(a) da Constituição.”

²⁷² “[95] *The rigidity of government’s approach when these proceedings commenced affected its policy as a whole. If, as we have held, it was not reasonable to restrict the use of nevirapine to the research and training sites, the policy as a whole will have to be reviewed. Hospitals and clinics that have testing and counselling facilities should be able to prescribe nevirapine where that is medically indicated. The training of counsellors ought now to include training for counselling on the use of nevirapine. As previously indicated, this is not a complex task and it should not be difficult to equip existing counsellors with the necessary additional knowledge. In addition, government will need to take reasonable measures to extend the testing and counselling facilities to hospitals and clinics throughout the public health sector beyond the test sites to facilitate and expedite the use of nevirapine for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV.*”

²⁷³ Cf. item 118.

orçamentárias mencionadas nas declarações não são mais um empecilho. Com os fundos adicionais que estão agora disponíveis, deve ser possível resolver quaisquer problemas de incapacidade financeira que possam ter existido anteriormente.²⁷⁴

Na linha que é peculiar ao Tribunal Constitucional da África do Sul, restou ressaltado no acórdão que, identificados aspectos da política do governo que são inconsistentes com a Constituição, pela não disponibilização da nevirapina em hospitais e clínicas além dos locais de pesquisa e treinamento, uma vez removida essa restrição, “o governo será capaz de elaborar e implementar uma política mais abrangente que dará acesso a serviços de saúde para mães soropositivas e seus filhos recém-nascidos, e incluirá a administração de nevirapina onde isso for apropriado. A política reformulada deve atender à exigência constitucional de fornecer medidas razoáveis dentro dos recursos disponíveis para a realização progressiva dos direitos dessas mulheres e recém-nascidos.”²⁷⁵

Logo depois, enfatiza ainda mais:

[125] É essencial que haja um esforço nacional conjunto para combater a pandemia do HIV/AIDS. O governo se comprometeu com tal esforço. Consideramos que sua política não atende aos padrões constitucionais porque exclui aqueles que poderiam razoavelmente ser incluídos onde tal tratamento é clinicamente indicado para combater a transmissão do HIV de mãe para filho. Isso não significa que todos possam exigir acesso imediato a esse tratamento, embora o ideal, como diz o Dr. Ntsaluba, seja atingir esse objetivo. Todo esforço deve, no entanto, ser feito para fazê-lo assim que razoavelmente possível. Os aumentos no orçamento a que nos referimos facilitarão isso.²⁷⁶

²⁷⁴ “[120] *But more importantly, we were informed at the hearing of the appeal that the government has made substantial additional funds available for the treatment of HIV, including the reduction of mother-to-child transmission. The total budget to be spent mainly through the departments of Health, Social Development and Education was R350 million in 2001/2. It has been increased to R1 billion in the current financial year and will go up to R1,8 billion in 2004/5. This means that the budgetary constraints referred to in the affidavits are no longer an impediment. With the additional funds that are now to be available, it should be possible to address any problems of financial incapacity that might previously have existed.*”

²⁷⁵ “[122] *In the present case we have identified aspects of government policy that are inconsistent with the Constitution. The decision not to make nevirapine available at hospitals and clinics other than the research and training sites is central to the entire policy. Once that restriction is removed, government will be able to devise and implement a more comprehensive policy that will give access to health care services to HIV-positive mothers and their newborn children, and will include the administration of nevirapine where that is appropriate. The policy as reformulated must meet the constitutional requirement of providing reasonable measures within available resources for the progressive realisation of the rights of such women and newborn children [...].*”

²⁷⁶ “[125] *It is essential that there be a concerted national effort to combat the HIV/AIDS pandemic. The government has committed itself to such an effort. We have held that its policy fails to meet constitutional standards because it excludes those who could reasonably be included where such treatment is medically indicated to combat mother-to-child transmission of HIV. That does not mean that everyone can immediately claim access to such treatment, although the ideal, as Dr Ntsaluba says, is to achieve that goal. Every effort must, however, be made to do so as soon as reasonably possible. The increases in the budget to which we have referred will facilitate this.*”

Curioso, que a decisão do tribunal local incluía um interdito estrutural que exigia que o governo revisse sua política e submetesse a política revista ao tribunal, de modo a permitir-lhe certificar-se de que a política estava em conformidade com a Constituição, mas a Corte Constitucional reformou esta parte da decisão recorrida, porquanto: “Não consideramos, no entanto, que as decisões devam ser feitas nesses termos, a menos que isso seja necessário. O governo sempre respeitou e executou ordens deste Tribunal. Não há razão para acreditar que não o faça no presente caso.”²⁷⁷

Por fim, eis o dispositivo do acórdão:

Decisão

[135] De acordo, proferimos a seguinte decisão:

1. As decisões do Tribunal Superior são reformadas e substituídas pelas seguintes;

2. É declarado que:

a) As Seções 27(1) e (2) da Constituição exigem que o governo planeje e implemente dentro de seus recursos disponíveis um programa amplo e coordenado para realizar progressivamente o direito de mulheres grávidas e seus recém-nascidos terem acesso aos serviços de saúde para combater a transmissão do HIV de mãe para filho.

b) O programa a ser realizado progressivamente dentro dos recursos disponíveis deve incluir medidas razoáveis para aconselhar e permitir testes de HIV para mulheres grávidas, orientando as mulheres grávidas soropositivas sobre as opções disponíveis para reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho, e disponibilizar tratamento adequado para esses fins.

c) A política para reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho, formulada e implementada pelo governo ficou aquém do cumprimento dos requisitos das alíneas (a) e (b), na medida em que:

i) Médicos de hospitais públicos e clínicas que não são centros de pesquisa e treinamento não foram autorizados a prescrever nevirapina para reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho, mesmo quando era clinicamente indicado e existiam instalações adequadas para o teste e aconselhamento das mulheres grávidas em questão.

ii) A política não conseguiu prever que os conselheiros em hospitais e clínicas que não os centros de pesquisa e treinamento sejam treinados em aconselhamento para o uso da nevirapina como um meio de reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho.

3. Determina-se ao governo sem demora:

²⁷⁷ “[129] *The order made by the High Court included a structural interdict requiring the appellants to revise their policy and to submit the revised policy to the court to enable it to satisfy itself that the policy was consistent with the Constitution. [...] We do not consider, however, that orders should be made in those terms unless this is necessary. The government has always respected and executed orders of this Court. There is no reason to believe that it will not do so in the present case.*”

a) Remova as restrições que impedem que a nevirapina seja disponibilizada, com o objetivo de reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho, em hospitais públicos e clínicas que não são locais de pesquisa e treinamento.

b) Permita e facilite o uso da nevirapina com o objetivo de reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho e disponibilize o medicamento, para essa finalidade, em hospitais e clínicas, quando, no entendimento do médico assistente, agindo em consulta com o médico superintendente da instituição em causa, a nevirapina for clinicamente indicada, o que incluirá, se necessário, que a mãe interessada tenha sido adequadamente examinada e aconselhada.

c) Providencie que, se necessário, conselheiros que não estejam nos locais de pesquisa e treinamento sejam preparados para a orientação necessária ao uso de nevirapina para reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho.

d) Tome medidas razoáveis para estender as instalações de teste e aconselhamento a hospitais e clínicas em todo o setor de saúde pública, para facilitar e agilizar o uso de nevirapina com a finalidade de reduzir o risco de transmissão do HIV de mãe para filho.

4. As ordens proferidas no parágrafo terceiro não impedem que o governo adapte sua política de maneira consistente com a Constituição, se métodos igualmente apropriados ou melhores estiverem disponíveis para a prevenção da transmissão do HIV de mãe para filho.

5. O governo deve pagar os custos dos requerentes, incluindo os custos de dois advogados.

6. A petição do governo para produzir mais provas é rejeitada.

Chaskalson CJ, Langa DCJ, Ackermann J, Du Plessis AJ, Goldstone J, Kriegler J, Madala J, Ngcobo J, O'Regan J, Sachs J, Skweyiya AJ [unânime].²⁷⁸

²⁷⁸ “Orders [135] We accordingly make the following orders: 1. The orders made by the High Court are set aside and the following orders are substituted. 2. It is declared that: a) Sections 27(1) and (2) of the Constitution require the government to devise and implement within its available resources a comprehensive and co-ordinated programme to realise progressively the rights of pregnant women and their newborn children to have access to health services to combat mother-to-child transmission of HIV. b) The programme to be realised progressively within available resources must include reasonable measures for counselling and testing pregnant women for HIV, counselling HIV-positive pregnant women on the options open to them to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV, and making appropriate treatment available to them for such purposes. c) The policy for reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV as formulated and implemented by government fell short of compliance with the requirements in subparagraphs (a) and (b) in that: i) Doctors at public hospitals and clinics other than the research and training sites were not enabled to prescribe nevirapine to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV even where it was medically indicated and adequate facilities existed for the testing and counselling of the pregnant women concerned. ii) The policy failed to make provision for counsellors at hospitals and clinics other than at research and training sites to be trained in counselling for the use of nevirapine as a means of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV. 3. Government is ordered without delay to: a) Remove the restrictions that prevent nevirapine from being made available for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV at public hospitals and clinics that are not research and training sites. b) Permit and facilitate the use of nevirapine for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV and to make it available for this purpose at hospitals and clinics when in the judgment

Ricardo Lobo Torres anotou, fazendo referência a Mark Tushnet,²⁷⁹ ao mencionar o *Nevirapine case*, que “a Corte determinou o fornecimento da droga, apesar do seu caráter experimental, o que depois veio a se comprovar ter sido um erro, pois o medicamento era inócuo”.²⁸⁰ O asserto, todavia, não parece preciso, já que ainda há vários registros de utilização da droga, inclusive no Brasil, como se vê, por exemplo, no “Farmanguinhos Nevirapina”, que afirma: “A nevirapina reduziu praticamente à metade o risco de transmissão do HIV-1 durante as primeiras 14 a 16 semanas de vida na população sob aleitamento materno”.²⁸¹

4.5 Considerações pertinentes

Nesse exame de acórdãos da Corte Constitucional da África do Sul, procuramos descrever os pontos mais relevantes dos arestos, para permitir a identificação da estrutura comum a todos eles, sem reduzi-los ao simplório juízo binário assegurou/não-assegurou proteção ao direito social, que às vezes norteia algumas avaliações desses julgados.

O que se depreende do estudo dos casos, e nos parece absolutamente essencial, em primeiro lugar, é a contínua e inquebrantável atenção à isonomia, naquela perspectiva traçada pelo *justice* Albie Sachs: “Se, para os Estados Unidos, a liberdade é fundamental, para nós o essencial é a igualdade”.²⁸² Apesar da ênfase retórica, por certo derivada da opressão do *apartheid*, é manifesto que “[o]s direitos fundamentais não podem ser estudados à margem da ideia de igualdade”.²⁸³ Não

of the attending medical practitioner acting in consultation with the medical superintendent of the facility concerned this is medically indicated, which shall if necessary include that the mother concerned has been appropriately tested and counselled. c) Make provision if necessary for counsellors based at public hospitals and clinics other than the research and training sites to be trained for the counselling necessary for the use of nevirapine to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV. d) Take reasonable measures to extend the testing and counselling facilities at hospitals and clinics throughout the public health sector to facilitate and expedite the use of nevirapine for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV. 4. The orders made in paragraph 3 do not preclude government from adapting its policy in a manner consistent with the Constitution if equally appropriate or better methods become available to it for the prevention of mother-to-child transmission of HIV. 5. The government must pay the applicants costs, including the costs of two counsel. 6. The application by government to adduce further evidence is refused.” (grifado no original).

²⁷⁹ Social welfare rights and the forms of judicial review. *Texas Law Review* 82(7), p. 1.985-1.919, 2004, espec. p. 1.906.

²⁸⁰ *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 69 e nota 105.

²⁸¹ Fundação Oswaldo Cruz / Instituto de Tecnologia em Fármacos, Farmanguinhos Nevirapina, 2017, p. 3, sob a rubrica “Avaliação da eficácia clínica na prevenção de transmissão materno-infantil”. Disponível em: <http://www.far.fiocruz.br/wp-content/uploads/2017/05/Nevirapina_Bula_Profissional.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2018.

²⁸² *Apud* LEAL, Saul Tourinho. Constitucionalismo sul-africano inspira debate histórico no STF. África do Sul Connection nº 37, Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI226142,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+37>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t. IV. p. 201.

há respeito à dignidade humana sem efetiva e genuína reverência à igualdade, formal e material.

Para tanto, a Corte Constitucional cuida de examinar *políticas públicas*, base e legitimação da atuação governamental, não de reconhecer *direitos individuais*. Pelo contrário: em *Grootboom*, como visto, foi expressamente destacado que “os apelados não est[avam] sozinhos em seu desespero” e que não cabia qualquer ordem que representasse um “tratamento especial”; em *Soobramoney* foi mencionado que o caso do apelante deveria ser visto no contexto das necessidades que os serviços de saúde têm que cumprir, pois se o tratamento tivesse que ser fornecido a ele, *também teria que ser fornecido a todas as outras pessoas na mesma situação*; em *TAC* ponderou a Corte que, em razão da decisão proferida, “o governo será capaz de elaborar e implementar uma política mais abrangente que dará acesso a serviços de saúde para mães soropositivas e seus filhos recém-nascidos, e incluirá a administração de nevirapina onde isso for apropriado”.

Como observou Saul Tourinho Leal:

Fica clara a diferença com o que se vê no Brasil. Aqui, preferiu-se outro rumo. O Judiciário decide no varejo, a depender da disposição do magistrado e da persistência da parte em chegar ao STF, uma persistência que envolve, como sabemos, a capacidade econômica de suportar uma demanda tão longa, nada obstante tenhamos as defensorias públicas e as organizações não-governamentais.²⁸⁴

Por falar em diferença, no caso *Grootboom*, foi formulado pedido urgente no Superior Tribunal do Cabo da Boa Esperança em 31 de maio de 1999,²⁸⁵ e a decisão da Corte Constitucional foi proferida em 4 de outubro de 2000; em *Soobramoney* o requerimento urgente inicial foi apresentado em julho de 1997,²⁸⁶ advindo a decisão da Corte Constitucional em 27 de novembro de 1997; o caso *TAC*, enfim, começou com petição ao Tribunal Superior em Pretória em 21 de agosto de 2001,²⁸⁷ e a decisão da Corte Constitucional proferida em 5 de julho de 2002. Lá, na África do Sul, por conseguinte, as questões sociais mereceram rápida e definitiva decisão, sem prejuízo da ampla verificação das circunstâncias do caso.

Na verdade, os acórdãos analisaram minuciosamente os casos concretos, e não derivaram para versões idealizadas e teórico-doutrinárias, nem, muito menos, trataram a escassez de recursos públicos como questão menor ou secundária, como

²⁸⁴ LEAL, Saul Tourinho. Constitucionalismo sul-africano inspira debate histórico no STF. África do Sul Connection nº 37, Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI226142,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+37>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²⁸⁵ Cf. item 11 do acórdão.

²⁸⁶ Cf. item 5 do acórdão.

²⁸⁷ Cf. item 3 do acórdão.

normalmente acontece entre nós, um país pagador²⁸⁸ e gastador, que ainda parece acreditar que recursos públicos são infinitos, “crença ingênua”²⁸⁹ e temerária.

Transparece ainda dos arestos estudados, especialmente do caso *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*, o respeito recíproco entre os poderes governamentais, o que se afigura fundamental à plena governabilidade, na medida em que, embora o tribunal local tivesse incluído um interdito estrutural para exigir que o Executivo revisse sua política e submetesse a política revista ao tribunal, de modo a permitir que se certificasse do cumprimento da decisão, a Corte Constitucional assentou que: “Não consideramos [...] que as decisões devam ser feitas nesses termos, a menos que isso seja necessário. O governo sempre respeitou e executou ordens deste Tribunal. Não há razão para acreditar que não o faça no presente caso”.

No Brasil, entretanto, por vezes ocorre o descumprimento de ordens judiciais, com instituições e poderes imaturos e certa tendência despótica, mas sempre sob a invocação de respeito à democracia.

Por fim, vimos que a Constituição da África do Sul é expressa em suas referências à realização progressiva de direitos sociais, mediante adoção de medidas razoáveis, e dentro dos recursos disponíveis. Mas essas didáticas e salutar referências podem ser consideradas *imprescindíveis* à correta e adequada interpretação das normas constitucionais? Não bastaria a irretorquível *realidade* de ser impossível a pronta e integral satisfação dos direitos sociais ou, até mesmo, do mínimo existencial, para se reputar implícita e óbvia a restrição?

²⁸⁸ Maria Paula Dallari Bucci, ao abordar criticamente a jurisprudência brasileira sobre a responsabilidade civil do Estado, menciona: “O Estado faz tudo, pode tudo e paga tudo. Em contrapartida, o Estado que faz tudo e paga tudo está cada vez mais distante da sociedade que lhe dá fundamento de existência” (*Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 189).

²⁸⁹ Ao mencionar o “declínio do Estado Social”, Ricardo Lobo Torres alude à “crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos” (*O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 163).

5 Da *class action* ao *complex litigation*

5.1 As *class actions*

As *class actions* ou *class suits*, literalmente “ações de classe”, mas normalmente traduzidas por “ações coletivas”, num sentido atual, são reguladas, como se sabe, pela Rule 23 das *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)* norte-americanas e, após a grande reforma de 1966, sofreu modificações e acréscimos em 1987, 1998, 2003, 2007²⁹⁰ e 2009,²⁹¹ adotando, agora, a seguinte estrutura: (a) *Prerequisites*. (b) *Types of Class Actions*. (c) *Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses*. (d) *Conducting the Action*. (e) *Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise*. (f) *Appeals*. (g) *Class Counsel*. (h) *Attorney’s Fees and Nontaxable Costs*.

Resumindo ao extremo, e deixando de examinar os pré-requisitos das *class actions*, para nos concentrarmos nos pontos que interessam mais de perto aos litígios complexos (*complex litigation*), cumpre salientar que, analisando a Regra 23(b), que prevê as hipóteses de admissibilidade das *class actions*, a doutrina americana costuma falar em dois tipos básicos de ações coletivas: umas, embasadas nas subdivisões (b)(1) e (b)(2), que têm precípua aplicação em ações concernentes a *civil rights*,²⁹² denominadas *civil rights class actions*, ou que encerram pedidos de condenação a fazer ou não fazer,²⁹³ e, por isso, são chamadas *injunctions class actions*;²⁹⁴ outras, fundamentadas na subdivisão (b)(3), habitualmente chamadas de *damages class suits*²⁹⁵ ou *class actions for damages*, exatamente porque, quase sempre, buscam o ressarcimento de danos.

²⁹⁰ Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 71 *et seq.*

²⁹¹ Vide ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2013. p. 61 *et seq.*

²⁹² HOMBURGER, Private suits in the public interest in the United States of America. In: *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*. Frankfurt: Alfred Metzner Verlag GMBH, 1975. n. 68. p. 9/68, espec. p. 22.

²⁹³ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 277.

²⁹⁴ Vide HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993. p. 160, que se referem à *injunction* compreendendo ordens positivas ou negativas.

²⁹⁵ JAMES JR., Fleming, HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 4th ed. Boston, Toronto and London: Little, Brown and Company, 1992. p. 564.

O mais relevante, para nós, são os poderes do juiz na condução do processo, previstos na subdivisão (d) da Regra 23, por relacionarem-se especificamente com a dimensão de *complex litigation*, que passou a atrair a atenção dos doutrinadores norte-americanos ao analisar a *class action* e outros remédios processuais, por suas dificuldades peculiares, quando a corte deva adotar procedimentos especiais para a condução de ações potencialmente difíceis ou demoradas, que possam envolver questões complexas, múltiplas partes, questões jurídicas difíceis ou problemas incomuns com relação à prova,²⁹⁶ como se depreende da *Rule 16(c)(2)(L)*.²⁹⁷

Conforme a Regra 23(d), (1) Em geral, na condução da ação sob a Regra 23, o tribunal pode proferir decisões para: (A) determinar o curso do processo ou prescrever medidas para prevenir indevida repetição ou complicação na apresentação de provas ou argumentos; (B) exigir – para proteger os membros da classe e a justa condução do processo – seja dada notificação adequada a alguns ou a todos os membros da classe de: (i) qualquer fase do processo; (ii) a extensão proposta do julgamento; ou (iii) a oportunidade de os membros do grupo expressarem se consideram a representação justa e adequada, para intervirem e apresentarem alegações ou defesas, ou, de outro modo, participarem do processo; (C) impor condições às partes representantes ou aos intervenientes; (D) exigir que a petição inicial seja emendada para eliminar alegações sobre a representação de pessoas ausentes, e que a ação prossiga de acordo com essa determinação; ou (E) lidar com questões processuais semelhantes.²⁹⁸

Como ensina a doutrina, essa lista não é exaustiva, e a corte tem considerável flexibilidade para adequar as ordens emitidas àquilo que a ação coletiva exige em particular,²⁹⁹ pois a “subdivisão (d) é concernente à condução justa e eficiente do

²⁹⁶ HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.I.: Thomson Reuters, 2014. p. 19.

²⁹⁷ “*Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management [...] (c) Attendance and Matters for Consideration at Pretrial Conference. [...] (2) Matters for Consideration. At any pretrial conference, the court may consider and take appropriate action on the following matters: [...] (L) adopting special procedures for managing potentially difficult or protracted actions that may involve complex issues, multiple parties, difficult legal questions, or unusual proof problems; [...].*” (grifado no original).

²⁹⁸ “*Rule 23. Class Actions [...] (d) Conducting the Action. (1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that: (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument; (B) require – to protect class members and fairly conduct the action – giving appropriate notice to some or all class members of: (i) any step in the action; (ii) the proposed extent of the judgment; or (iii) the members’ opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action; (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors; (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or (E) deal with similar procedural matters. [...].*” (grifado no original).

²⁹⁹ ROSENTHAL, Lee H.; LEVI, David F.; RABIEJ, John K. *Federal Civil Procedure Manual*. New York: Juris Publishing Inc., 2014. p. 364.

processo e enumera alguns tipos de ordens que podem ser apropriadas”, esclarece o *Advisory Committee*.³⁰⁰

No que tange às ordens para “impor condições às partes representantes ou aos intervenientes” [23(d)(1)(C)], é certo que o tribunal pode se valer do rol completo de sanções judiciais disponíveis para o caso de descumprimento dessas ordens,³⁰¹ sendo amplíssima, como veremos adiante,³⁰² a variedade de sanções que podem ser aplicadas pelo tribunal.

Embora a *Rule 23(d)(1)(D)* se refira a “*absent persons*”, que preferimos traduzir literalmente como “pessoas ausentes”, na verdade a norma deve ser interpretada como aludindo a “pessoas *excluídas*”, porquanto destaca a doutrina que:

Essa subdivisão é frequentemente invocada em conjugação com uma decisão nos termos da Regra 23(c)(1), que nega a certificação da classe. Quando o tribunal nega a certificação, pode ordenar que as alegações de classe sejam eliminadas da petição inicial e permitir o prosseguimento do processo apenas na capacidade individual do autor. O tribunal também pode determinar que as alegações sejam corrigidas para reduzir a extensão da classe ou para dividir a classe em subclasses. Além disso, o tribunal pode ordenar julgamentos separados de questões individuais que não podem ser tratadas como ampla questão da classe.³⁰³

Não bastasse a enumeração exemplificativa realizada pela subdivisão (d) (1), de tantas ordens que podem ser pronunciadas pelo tribunal, a *Rule 23(d)(2)* complementa: “Combinando e alterando ordens. Uma decisão proferida de acordo com a Regra 23(d)(1) pode ser alterada ou corrigida, quando necessário, e pode ser combinada com uma ordem nos termos da Regra 16”.³⁰⁴

A *Rule 23(e)* trata de “*settlement, voluntary dismissal*”,³⁰⁵ or *compromise*”,³⁰⁶ para estabelecer, em síntese absoluta, que, após a certificação da classe, esses

³⁰⁰ No original: “*Subdivision (d) is concerned with the fair and efficient conduct of the action and lists some types of orders which may be appropriate.*”

³⁰¹ KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. 4th ed. St. Paul/MN: Thomson/West, 2012. p. 184.

³⁰² Item 5.3, *infra*.

³⁰³ KLONOFF, Robert H. *op. cit.* p. 185: “*This subdivision is often invoked in conjunction with a decision under Rule 23(c)(1) denying class certification. When the court denies certification, it may order the class allegations stricken from the complaint and permit the action to proceed only in the plaintiff’s individual capacity. The court may also order that the class allegations be amended to reduce the size of the class or to divide the class into subclasses. Additionally, the court may order separate trials of individual issues that are not capable handled on a classwide basis.*”

³⁰⁴ “*Rule 23. Class Actions [...] (d) Conducting the Action. [...] (2) Combining and Amending Orders. An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16*” (grifado no original). *Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management.*

³⁰⁵ A *Rule 41* das *FRCP* dispõe sobre “*Dismissal of Actions*”, e a *subdivision (a)* sobre “*Voluntary Dismissal*”.

³⁰⁶ Em tradução livre: “acordo, extinção voluntária do processo ou compromisso”.

atos apenas são admissíveis “com a aprovação do tribunal”, e dispor sobre vários requisitos para sua realização e validade.³⁰⁷

As alíneas (g) e (h) da Regra 23 foram acrescentadas pela emenda de 2003, e cuidam, basicamente, (g) da nomeação de advogados da classe e (h) da fixação de honorários. Coerente com a própria ideia de o juiz determinar medidas para prevenir atos indevidos e poder impor condições às partes [23(d)(1)(A) e (C)], dispõe a subdivisão (g)(1) que o tribunal, na nomeação do advogado da classe, deve considerar: (1)(A)(i) o trabalho realizado pelo advogado na identificação e investigação de potenciais pretensões no processo, (1)(A)(ii) a experiência do advogado em manejar ações coletivas, outros litígios complexos, e os tipos de pretensões afirmadas na ação, (1)(A)(iii) o conhecimento do advogado do direito aplicável, (1)(A)(iv) os recursos que o advogado vai dedicar à representação da classe. Além disso, o tribunal (1)(B) “pode considerar qualquer outra questão pertinente à habilidade do advogado para representar justa e adequadamente os interesses da classe”³⁰⁸.

A nomeação do advogado, por outro lado, significa também a imposição do dever legal de “representar de forma justa e adequada os interesses da classe” [Rule 23(g)(4)],³⁰⁹ podendo o tribunal emitir ordens adicionais com relação à nomeação [Rule 23(g)(1)(E)].³¹⁰

Interessante notar, ademais, que a Regra 23(g)(2) toma o cuidado de ressaltar, demonstrando a atenção com a atuação dos advogados nas ações coletivas: “Quando apenas um candidato busca a nomeação como advogado da classe, o

³⁰⁷ “Rule 23. Class Actions [...] (e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court’s approval.”

³⁰⁸ “Rule 23. Class Actions [...] (g) Class Counsel. (1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court: (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action; (ii) counsel’s experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action; (iii) counsel’s knowledge of the applicable law; and (iv) the resources that counsel will commit to representing the class; (B) may consider any other matter pertinent to counsel’s ability to fairly and adequately represent the interests of the class; [...]” (grifado no original).

³⁰⁹ “Rule 23. Class Actions [...] (g) Class Counsel. [...] (4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.”

³¹⁰ “Rule 23. Class Actions [...] (g) Class Counsel. (1) [...] In appointing class counsel, the court: may make further orders in connection with the appointment.”

Antes da nomeação, porém: “The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action” [Rule 23(g)(3)].

tribunal somente pode nomeá-lo se o candidato for adequado nos termos da Regra 23(g)(1) e (4). Se mais de um candidato adequado buscar a nomeação, o tribunal deve nomear o candidato mais capaz de representar os interesses da classe.³¹¹

Enfim, como já mencionado, a subdivisão (h) da Regra 23 cuida de honorários de advogado e custas, a par da *Rule 54(d)*,³¹² mas nada de particularmente interessante se afigura merecedor de comentários para o presente estudo.

5.2 Structural injunctions

Além das *injunctions class actions*, aplicam-se nos Estados Unidos as *structural injunctions*,³¹³ que “são decisões exigindo que as entidades governamentais se reorganizem para que seu futuro funcionamento seja compatível com os padrões determinados nas respectivas decisões judiciais”,³¹⁴ e abrangem, portanto, normalmente, o controle judicial de práticas inconstitucionais ou ilegais da burocracia governamental (federal ou estadual),³¹⁵ visando não apenas a cessar uma única prática ilícita, mas a deter um conjunto de práticas ilícitas, reestruturando a instituição social, como um hospital psiquiátrico, uma escola ou uma prisão.³¹⁶

As injunções estruturais, entretanto, não se limitam a casos de direitos civis, sendo possível reestruturar uma corporação privada em um esforço para tornar mais provável o cumprimento das regras legais, mas é com relação aos direitos civis que as *structural injunctions* assumem especial proeminência.³¹⁷

³¹¹ Como veremos no item 5.3, é grande a preocupação com os deveres e responsabilidades dos advogados em se tratando de *complex litigation*, e várias as sanções, de diversas gravidades, que podem ser aplicadas aos próprios advogados e às partes. Texto original do dispositivo: “(2) *Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.*”

³¹² “*Rule 54. Judgment; Costs [...] (d) Costs; Attorney’s Fees [...]*”

³¹³ Também chamadas “*restructuring injunctions*” e “*institutional injunctions*” (cf. DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn: West Group, 1993. p. 164 e 641); “*institutional reform decrees*” (JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex litigation: cases and materials on litigating for social change*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2009. p. 727).

³¹⁴ JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex litigation: cases and materials on litigating for social change*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2009. p. 727.

³¹⁵ “*In the late 1960s and 1970s, the courts transferred their school-desegregation experience to prisons and jails, public housing, residential institutions, and police departments*” (RENDLEMAN, Doug. *Complex litigation: injunctions, structural remedies, and contempt*. New York, NY: Foundation Press, 2010. p. 498). Tradução nossa: “No final dos anos 60 e 70, os tribunais transferiram sua experiência de dessegregação escolar para prisões, abrigos públicos, instituições residenciais [abrigam e cuidam, p. ex., dos pobres, dos doentes mentais e dos enfermos, bem como mulheres, jovens e condenados desabrigados] e departamentos de polícia.”

³¹⁶ DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn: West Group, 1993. p. 641.

³¹⁷ “*Structural injunctions are not limited to civil rights cases; one might restructure a private corporation*

De modo ainda mais específico, existem as *affirmative injunctions*, como “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”.³¹⁸

Na *structural injunction*, que apresenta grande relevância,³¹⁹ no entanto, não há concessões individuais. Ao contrário, como ensina Doug Rendleman:

Um juiz concederá aos demandantes uma injunção estrutural para coibir a burocracia governamental imprópria. O juiz procura proteger os direitos legais ou constitucionais das ameaças representadas pela organização burocrática do réu. Conceder aos autores uma medida estrutural é pressuposto, na conclusão do tribunal, de que uma proibição não eliminará as ameaças do réu aos direitos dos demandantes, mas que um programa positivo de reestruturação da organização é necessário. O tribunal utiliza a injunção para dirigir ou administrar a reforma em conformidade com a Constituição.³²⁰

E arremata: “Dada a magnitude da tarefa e as limitações de nosso conhecimento, a *structural injunction* geralmente cria uma relação de longo prazo entre o juiz, os autores e a organização ré”.³²¹

Na lição de Dobbs, referindo-se à administração contínua, nas injunções tradicionais o remédio é concedido e o caso é encerrado. Ocasionalmente, uma sanção de desobediência é necessária, nada mais. Remédios na injunção estrutural ou de “direito público” podem ser bem diferentes, abrangendo decisões que mudem com o tempo, sejam flexíveis e envolvam uma medida de negociação e mediação. O professor Fiss descreveu a decisão estrutural usual, que é seguida por desobediência ou cumprimento insatisfatório, seguida por novas audiências, e uma decisão suplementar indicando com mais detalhes o que é exigido do réu.

in an effort make its compliance with legal rules more likely. But structural injunctions have a special prominence in civil rights cases.” (DOBBS, Dan B. loc. cit.). Veja-se também, RENDLEMAN: “The structural injunction as we know it achieved its first prominence in the civil rights era” (loc. cit.).

³¹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes da. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, p. 85-99, espec. p. 88, 1996.

³¹⁹ “During the 1970s, the structural injunction emerged as the most prominent and controversial exercise of modern equity, a status still enjoys” (RENDLEMAN, Doug. *Complex Litigation: injunctions, structural remedies, and contempt*. New York, NY: Foundation Press, 2010. p. 498). “Durante a década de 1970, a injunção estrutural surgiu como o exercício mais proeminente e controverso da equidade moderna, um status que ainda desfruta.” (tradução nossa).

³²⁰ “A judge will grant plaintiffs a structural injunction to tame a government bureaucracy gone awry. The judge seeks to safeguard plaintiffs’ constitutional or statutory rights in danger from the threats posed by the defendant’s bureaucratic organization. Granting plaintiffs a structural injunction is premised on the court’s conclusion that a prohibition will not eliminate defendant’s menaces to plaintiffs’ rights, but that a positive program of restructuring the organization is necessary. The court uses an injunction to direct or manage reconstruction into constitutional conformity.” (RENDLEMAN, Doug. *Complex Litigation: injunctions, structural remedies, and contempt*. New York, NY: Foundation Press, 2010. p. 498).

³²¹ “Given the magnitude of the task and the limitations of our knowledge, the structural injunction usually creates a long-term relationship between the judge, the plaintiffs, and the defendant organization.” (Ibidem, p. 499).

O ciclo é então repetido várias vezes, com cada decisão se tornando mais precisa em suas exigências.^{322_323}

Entre nós, Sérgio Arenhart, aludindo também ao ensinamento de Fiss, afirma ser “muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a *provimentos em cascata*, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam”.³²⁴

Nessa linha, destaca a doutrina que os casos de injunção estrutural diferem dos tradicionais de outras maneiras, além de seu propósito de reestruturar instituições. Uma diferença é que o caso de injunção tradicional, como o caso de danos tradicionais, é “bipolar”, focando os direitos de duas partes *vis-à-vis*. Casos de injunção estruturais tendem a envolver interesses mais amplos da sociedade, não apenas no sentido de que o juiz pode considerar esses interesses na elaboração da decisão, mas também no sentido de que terceiros serão certamente afetados de maneira substancial pela decisão judicial. A este respeito, o trabalho do juiz na elaboração de uma nova estrutura assemelha-se ao trabalho do legislador.³²⁵

³²² DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1993. p. 642. Na íntegra: “*Terminal remedies vs. ongoing administration. Relatedly, the injunctive remedies in the traditional case are discrete and particular; typically the remedy is granted and the case is terminated. Occasionally a contempt sanction is required, but no more. Remedies in the structural or “public law” injunction can be quite different. Jurists expect remedies in such litigation to change over time, to be flexible, and to involve a measure of negotiation and mediation. Professor Fiss described the usual structural decree, which is followed by disobedience or unsatisfactory compliance, which is followed by further hearings, and a supplemental decree stating in more detail what is required of the defendant. The cycle is then repeat several times, with each decree becoming more precise in its demands. This description is borne out, with variations, in the reported cases.*”

³²³ Eis a lição de FISS, Owen M.: “*With the structural injunction the analogy to the deterrence system of the criminal law is even less successful. For structural injunctions the sanctioning system primarily consists of supplemental decrees, not contempt, either civil or criminal. The usual scenario in the structural context is for the judge to issue a decree (perhaps embodying a plan formulated by the defendant), to be confronted with disobedience, and then not to inflict contempt but to grant a motion for supplemental relief. Then the cycle repeats itself. In each cycle of the supplemental relief process the remedial obligation is defined with greater and greater specificity. Ultimately, after many cycles of supplemental decrees, the ordinary contempt sanctions may become realistically available, but the point to emphasize is that it is only then – only at the end of a series – that the threat of contempt becomes credible.*” (*The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. p. 36).

³²⁴ Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decisões_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em: 21 abr. 2018.

³²⁵ DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1993. p. 641-642. Original: “*Bi-polar vs. Representative or “legislative” litigation. Structural injunction cases differ from the traditional ones in other ways besides their purpose to restructure institutions. One difference is that the traditional injunction case, like the traditional damages case, is “bipolar”, focusing on the rights of two parties vis-à-vis each other. Structural injunction cases tend to involve wider interests of society, not only in the sense that the judge may consider those interests in fashioning remedies, but also in the sense that they are represented in the litigation itself as intervenors or amici, and in the additional sense that third parties will surely be affected in substantial ways by affirmative injunctive relief. In this respect the judge’s work in fashioning a new structure resembles the work of the legislator.*”

Também Abram Chayes, em seu consagrado estudo sobre “O papel do juiz no litígio de direito público”, aborda o desaparecimento da estrutura bipolar.³²⁶

As *structural injunctions*, ademais, às vezes vão além da tradicional correlação direito-remédio, que visa a assegurar uma decisão que se correlacione com o direito afirmado pelo autor da ação, nem mais, nem menos. Mas há limite; em algum ponto, o remédio é tão diferente que não trata do malfeito do réu, mas de algum mal que não foi cometido. Quando esse ponto é alcançado, o remédio que excede o erro do réu ou o direito do demandante se torna inaceitável, em parte porque é muito intrusivo, em parte porque abre discricção demasiada, e em parte talvez porque é inaceitável, em princípio, forçar um réu a fazer mais do que corrigir o seu erro.³²⁷

Não obstante, adverte Dan Dobbs: “Mesmo assim, preocupações pragmáticas podem levar um tribunal a aprovar algumas medidas que excedam os direitos do demandante, porque remédios mais modestos ou menos específicos têm menor probabilidade de sucesso no mundo real”.³²⁸

Como veremos no próximo item, sobre *complex litigation*, nos Estados Unidos o tribunal pode nomear um *special master* para supervisionar a reestruturação da instituição pública ré, nos termos da *Federal Rule of Civil Procedure* 53.³²⁹

Registra ainda a doutrina que “as injunções estruturais [...] são frequentemente descritas como legislativas em sua função porque ‘envolvem alterações fundamentais na orientação política e... frequentemente requerem aumento de recursos financeiros’” e, por isso, “[e]ssa nova função para os tribunais provocou comentários críticos”.³³⁰

³²⁶ CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 268, p. 143-280, jun. 2017. espec. p. 154.

³²⁷ DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1993. p. 643. No original: “But there is a limit somewhere; at some point the remedy is so different that it does not address the wrong done by the defendant but some wrong that has not been committed at all. When that point is reached, the remedy that exceeds the defendant’s wrong or the plaintiff’s right becomes unacceptable, partly because it is too intrusive, partly because it opens up too much discretion, and partly perhaps because it is unacceptable in principle to force a defendant to do more than rectify his wrong.”

³²⁸ *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1993. p. 644. Original: “Even so, pragmatic concerns may lead a court to approve some remedies that exceed the plaintiff’s rights because more modest or less specific remedies are less likely to succeed in the real world.”

³²⁹ DOBBS, Dan B. menciona também a possível nomeação de *receivers* para atos de administração, com base na *Rule* 66 (*Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1993. p. 16 e 132-133).

³³⁰ JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex litigation: cases and materials on litigating for social change*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2009. p. 727.

5.3 Complex litigation

Class actions e *structural injunctions*, no entanto, passaram a ser estudadas também como espécies do gênero que se denominou *complex litigation*.³³¹ No que se refere, porém, ao seu conceito específico, observa a doutrina “que a maioria das tentativas de definir *complex litigation* falhou miseravelmente”.³³² A ideia central, todavia, é que litígios complexos “inclu[em] um ... ou mais casos relacionados que apresentam problemas incomuns e que requerem tratamento extraordinário, abrangendo, mas não se limitando, aos casos designados como ‘prolongados’ e ‘importantes’”.³³³

No sentido geral, encontra-se proveitosa e sugestiva referência à *Federal Rule of Civil Procedure* 16(c)(2)(L),³³⁴ que “trata especificamente de litígios complexos, autorizando o juiz a adotar ‘procedimentos especiais na condução de processos potencialmente difíceis ou demorados, que podem envolver questões complexas, múltiplas partes, questões jurídicas difíceis ou problemas incomuns com relação à prova.’”³³⁵

Como se depreende do *Manual for Complex Litigation*, um genuíno roteiro elaborado pelo *Federal Judicial Center*, os litígios complexos envolvem, as mais das vezes, problemas especiais com *multiple jurisdiction litigation*,³³⁶ *class actions*, *mass torts*,³³⁷ *expert scientific evidence*,³³⁸ e abrangem, em particular, os seguintes tipos de

³³¹ Na Inglaterra fala-se em *complex claims*, mas em dimensão diferente. Cf. SIME, Stuart. *A Practical Approach to Civil Procedure*. 9.th ed. New York: Oxford University, 2006. p. 240.

³³² “Jay Tidmarsh has observed that most attempts at defining complex litigation fail miserably”, apud JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex Litigation: cases and materials on litigating for social change*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2009. p. 28.

³³³ “[...] *complex litigation* “includes one ... or more related cases which present unusual problems and which require extraordinary treatment, including but not limited to the cases designated as ‘protracted’ and ‘big.’” (Ibidem, p. 29 -grifado no original).

³³⁴ “Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management [...] (c) Attendance and Matters for Consideration at Pretrial Conference. [...] (2) Matters for Consideration. At any pretrial conference, the court may consider and take appropriate action on the following matters: [...] (L) adopting special procedures for managing potentially difficult or protracted actions that may involve complex issues, multiple parties, difficult legal questions, or unusual proof problems”.

³³⁵ “Federal Rule of Civil Procedure 16(c)(12) specifically addresses complex litigation, authorizing the judge to adopt ‘special procedures for managing potentially difficult or protracted actions that may involve complex issues, multiple parties, difficult legal questions, or unusual proof problems.’” HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.I.: Thomson Reuters, 2014. p. 19.

³³⁶ Literalmente, “litígio de múltipla jurisdição”. “Multiplication of cases within the federal system or across the federal and state systems is a common characteristic of complex litigation [...]” (HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.I.: Thomson Reuters, 2014. p. 260). “A multiplicação de casos dentro do sistema federal ou entre os sistemas federal e estadual é uma característica comum de litígios complexos [...]” (nossa tradução).

³³⁷ Danos em massa (coletivos), que abrangem múltiplas pretensões por responsabilidade civil decorrentes de um único incidente e pedidos de responsabilidade civil por fatos dispersos (cf. HERR, op. cit., p.497).

³³⁸ Provas científicas especializadas.

litígios: *antitrust*,³³⁹ *securities*,³⁴⁰ *employment discrimination*,³⁴¹ *intellectual property*,³⁴² CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980* ou *Superfund*)³⁴³ e *civil RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act)*.³⁴⁴

Com relação específica ao tema deste trabalho, especialistas já afirmaram que as exigências e restrições impostas aos litígios complexos assumem aspecto mais grave quando o processo concerne à mudança social, em parte porque o *complex litigation* surgiu para este tipo de processo e porque a forma complexa era vista como um meio particularmente apropriado de alcançar objetivos de transformação social.³⁴⁵ Aliás, “litígios complexos para mudança social assemelham-se a outros litígios complexos, mas sua dimensão de evolução social os deixa de fora de muitas das inovações recentes e preserva seu caráter controverso”,³⁴⁶ e asseveram:

Litígio complexo para mudança social apresenta desafios únicos além daqueles encontrados em outros tipos de casos complexos. Embora muitas das primeiras inovações na área estivessem enraizadas em litígios de transformação social, objeções à imposição de mudança social por meio de processos, limitaram o âmbito dos remédios de evolução social, assim como litígios complexos estavam se tornando um outro tipo popular de litígios normais. Litígios complexos para mudança social,

³³⁹ Antitruste.

³⁴⁰ Valores mobiliários.

³⁴¹ Discriminação no emprego.

³⁴² Propriedade intelectual.

³⁴³ Lei Geral de Intervenção Ambiental, Compensação e Responsabilidade Civil (tradução livre). “Esta lei trata de estabelecer responsabilidades concernentes às contaminações do solo e à utilização de verbas públicas provenientes de um fundo denominado *Superfund*, para a realização da limpeza (*cleanup*) de locais contaminados” (SERIGNOLLI, Pedro Paulo Grizzo *et al.* Considerações sobre a responsabilidade civil na lei do *Superfund*. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p. 5-31, fev./mar. 2016. espec. p. 5).

³⁴⁴ A Lei Federal das Organizações Corruptas e Influenciadas pelo Crime Organizado, Lei Antimáfia, Lei Antifraude, ou Lei RICO, foi promulgada em 1920, como resposta à “penetração do crime organizado e extorsão em organizações legítimas que opera[vam] no comércio interestadual”, prevendo “severas penalidades criminais, multas, aprisionamento, confisco de bens e ações civis em um esforço para debilitar o poder econômico das organizações criminosas”. Atualmente, porém, os tribunais americanos têm interpretado amplamente as cláusulas da Lei RICO, para abranger, p. ex., ações incluindo disputas de seguros e negócios, litígios de serviços financeiros ao consumidor etc. (Cf. HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.l.: Thomson Reuters, 2014. p. 689 et seq.). Em suma: hoje a lei é empregada para impedir atividades de cartéis e de máfias (v. TOGNOLLI, Claudio Julio. *Microsoft é enquadrada na Lei Anti-Máfia dos Estados Unidos*, Consultor Jurídico, São Paulo, 16 out. 2007). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-out-16/microsoft_enquadrada_lei_anti-mafia_eua#author>. Acesso em: 22 jun. 2018.

³⁴⁵ “The requirements placed on and restrictions to the use of complex litigation take on a more acute aspect when that litigation concern social change. This is partly because complex litigation grew out for social change litigation and because the complex form was seen as a particularly appropriate means of achieving social change goals [...]” (JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex Litigation: cases and materials on litigating for social change*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2009. p. 4).

³⁴⁶ “[...] *Complex litigation for social change resembles other complex litigation, but its social change dimension leaves it outside many of the recent innovations and preserves its controversial character.*” (Ibidem, p. 30).

portanto, apresentam duas áreas de litígios que se sobrepõem: o universo em expansão e controvertido de litígios complexos e o altamente condicionado universo de litígios de evolução social, que ajudaram a desenvolver e dependem de estratégias de processos complexos.³⁴⁷

O supramencionado *Manual para Litígios Complexos*, verdadeira referência básica para a doutrina norte-americana, indica como “princípios gerais” em *complex litigation* a supervisão judicial (*judicial supervision*) e a função do advogado (*role of counsel*), pontos essenciais para o bom desenvolvimento e a efetividade do processo, e ressalta:

A resolução justa e eficiente de litígios complexos exige, pelo menos, que (1) o tribunal exerça uma antecedente e eficaz supervisão (e, caso necessário, controle); (2) o advogado atue cooperativa e profissionalmente; e (3) o juiz e o advogado colaborem para desenvolver e executar um plano abrangente para a condução dos procedimentos pré-julgamento e de julgamento.³⁴⁸

Na “supervisão judicial” são incluídos a “identificação e controle antecipados”,³⁴⁹ o “plano de atribuições”,³⁵⁰ a “gestão (controle) eficaz”,³⁵¹ as “delegações para *magistrate judges* e *special master*”³⁵² e as “sanções”.

Essas considerações iniciais já demonstram a amplitude das peculiaridades dos *complex litigations*, que se diferem muito do padrão do *adversary system*, no

³⁴⁷ “*Complex litigation for social change present unique challenges beyond those encountered in other types of complex cases. Though many of the early innovations in the area were rooted on social change litigation, objections to enforcing social change through litigation have limited the scope of social change remedies just as complex litigation was becoming a popular type of otherwise normal litigation. Complex litigation for social change thus presents two overlapping areas of litigation: the expanding and controversial universe of complex litigation and the highly conditioned universe of social change litigation which helped develop and depends upon complex litigation strategies [...]*” (Ibid., p. 30-31).

³⁴⁸ “*Fair and efficient resolution of complex litigation requires at least that (1) the court exercise early and effective supervision (and, where necessary, control); (2) counsel act cooperatively and professionally; and (3) the judge and counsel collaborate to develop and carry out a comprehensive plan for the conduct of pretrial and trial proceedings. [...]*” (HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.l.: Thomson Reuters, 2014. p. 18).

³⁴⁹ “*Early Identification and Control*”.

³⁵⁰ “*Assignment Plan*”.

³⁵¹ “*Effective Management*”.

³⁵² “*Supervisory Referrals to Magistrate Judges and Special Masters [judicial adjuncts]*”. *Magistrate judges* são *judicial officers*, nomeados pelos *district judges*, para atuar como funcionários por alguns anos [v. 28 U.S. Code § 631(a) e (e)], que têm muitos, mas não todos, os poderes de um juiz, e não possuem as garantias do artigo III da Constituição americana (vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos). *Special masters* são *experts* nomeados pelo juiz para um caso particular ou uma série de casos relacionados. Historicamente, *district courts* mantinham uma lista de *masters* “gerais” (*general*) ou “permanentes” (*standing*), da qual o juiz podia selecionar algum para a delegação de tarefas. Um mestre nomeado não da lista, mas para um caso particular, era chamado de “mestre especial”. Com a criação de *magistrate judges* em 1968, não havia mais necessidade de mestres “permanentes”, então a *Rule 53* foi emendada em 1983 para excluir a referência a “*standing*” *masters*. Tecnicamente, portanto, todos os mestres de hoje são “*special*” *masters*, e parece sem sentido usar o adjetivo em seu título. (cf. SULLIVAN, E. Thomas *et al. Complex Litigation*. New Providence/NJ: LexisNexis, 2009. p. 508 e 514).

qual, geralmente, o juiz e júri permanecem neutros e passivos durante o processo. Destarte, menciona a doutrina que os “casos complexos são caracterizados pela redução do *adversarialism* e aumento do poder judicial”.³⁵³

Em um litígio complexo, para começar, o juiz deve adequar a condução do processo às necessidades do litígio em particular e aos recursos disponíveis das partes e do sistema judicial, tendo em mente que: “*Judicial time is the scarcest resource of all: Judges should use their time wisely and efficiently and make use of all available help*”.³⁵⁴

Assumem ingente importância, nessa perspectiva, o plano de atribuições, a gestão eficaz e as delegações supervisionadas, como instrumentos para a efetiva condução do processo. Neste particular, registra-se que a gestão judicial eficaz do processo, em geral, tem as seguintes características: é *ativa*, devendo o juiz prever os problemas, antes que eles surjam, em vez de esperar passivamente para o advogado apresentá-los; é *substantiva*, no sentido de o juiz familiarizar-se, numa fase inicial, com as questões substanciais, a fim de tomar decisões bem informadas sobre a definição e limitação dos assuntos relacionados; é *contínua*, pois o juiz precisa monitorar periodicamente o andamento do processo, para ver se o cronograma está sendo observado e para considerar modificações necessárias do plano de litígio; é *firme, mas justa*, já que prazos, controles e exigências não são impostos arbitrariamente, ou sem considerar as opiniões dos advogados, e podem ser revistos quando necessário, mas uma vez estabelecidos, têm de ser cumpridos, sob pena de aplicação das sanções apropriadas; é *cuidadosa*, porquanto uma demonstração inicial de cautelosa preparação dá o tom apropriado e aumenta a credibilidade e eficiência do tribunal com os advogados; é *tempestiva* (“*timely*”), porque o juiz deve decidir as questões prontamente, sobretudo aquelas que podem afetar substancialmente o curso ou âmbito de acontecimentos posteriores.³⁵⁵

Ainda sobre a *tempestividade*, com a visão pragmática própria da doutrina norte-americana, assevera David Herr: “Decisões demoradas podem ser dispendiosas e causar dificuldades e ônus para os litigantes, e, frequentemente, retardarão outros

³⁵³ “[...] *complex cases are characterized by lessening of adversarialism and increased judicial power [...]*” (JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex Litigation: cases and materials on litigating for social change*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2009. p. 29). No mesmo sentido, referindo-se às ações coletivas, RENDLEMAN: “*The class action is not based on the traditional model of adversary advocacy, but focuses on the judge*” (*Complex Litigation: injunctions, structural remedies, and contempt*. New York, NY: Foundation Press, 2010. p. 498).

³⁵⁴ Nossa tradução: “O tempo judicial é o recurso mais escasso de todos: Juízes devem usar seu tempo com sabedoria e eficiência, bem como fazer uso de toda a ajuda disponível” (HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.l.: Thomson Reuters, 2014. p. 19).

³⁵⁵ Vide HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.l.: Thomson Reuters, 2014. p. 22.

eventos do processo. As partes podem preferir que uma decisão seja oportuna, em vez de perfeita”.³⁵⁶

No que concerne às delegações, cabe ao juiz federal distrital decidir, no início do processo, se deve encaminhar toda ou alguma parte da direção do pré-julgamento ou do controle do processo para o *magistrate judge*. A *delegation* ao *magistrate judge* afigura-se mais importante no que concerne a várias questões relativas ao pré-julgamento, mas ele só pode conduzir o julgamento “se as partes consentirem (Em tal caso, as partes renunciam a seu direito a um juiz vitalício [“*Article III judge*”], de modo que o julgamento pelo *magistrate judge* se torna admissível)”.³⁵⁷

Consoante *U.S. Code* § 636(b)(1), em síntese, “(A) o juiz pode designar um *magistrate judge* para conhecer (“*hear*”) e decidir qualquer questão pré-julgamento pendente perante o tribunal, exceto requerimento de medida cautelar ou antecipada (“*injunctive relief*”), para julgar alegações, para julgamento sumário, [...] para rejeitar ou permitir a manutenção de uma ação coletiva [...]”, sendo certo, no entanto, que: “O juiz do tribunal pode reconsiderar qualquer questão pré-julgamento sob [o] subparágrafo (A), se for demonstrado que a decisão do *magistrate judge* é manifestamente errônea ou contrária à lei”.³⁵⁸

Por outro lado, a delegação da condução do pré-julgamento para *masters* (e não *magistrate judges*) não é aconselhável por diversas razões.³⁵⁹ A *Federal Rule of Civil Procedure* 53(a)(1)(C) apenas admite que o *master* trate de questões pré-julgamento ou pós-julgamento “que não possam ser efetiva e oportunamente dirigidas a um *district judge* ou *magistrate judge* disponível”.³⁶⁰

De qualquer forma, “o tribunal deve decidir *de novo* [desde o começo] todas as

³⁵⁶ No original: “*It is timely. The judge decides disputes promptly, particularly those that may substantially affect the course or scope of further proceedings. Delayed rulings may be costly and burdensome for litigants and will often delay other litigation events. The parties may prefer that a ruling be timely rather than perfect*” (*loc. cit.*).

³⁵⁷ Cf. SULLIVAN, E. Thomas *et al.* *Complex Litigation*. New Providence/NJ: LexisNexis, 2009. p. 508: “*In addition, under § 636(c), magistrate judges may actually conduct civil trials – but only if the parties consent. (In such a case, the parties have waived their right to an Article III judge, so having the magistrate conduct trial is acceptable). For us, the most significant provision is § 636(b)(1), which concerns delegation of various pretrial issues from the district judge.*”

³⁵⁸ “28 U.S. Code § 636 - Jurisdiction, powers, and temporary assignment [...] (b)(1) Notwithstanding any provision of law to the contrary – (A) a judge may designate a magistrate judge to hear and determine any pretrial matter pending before the court, except a motion for injunctive relief, for judgment on the pleadings, for summary judgment, [...] to dismiss or to permit maintenance of a class action, [...]. A judge of the court may reconsider any pretrial matter under this subparagraph (A) where it has been shown that the magistrate judge’s order is clearly erroneous or contrary to law.”

³⁵⁹ Cf. HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.l.: Thomson Reuters, 2014. p. 23.

³⁶⁰ “Rule 53. Masters: (a) Appointment. (1) Scope. Unless a statute provides otherwise, a court may appoint a master only to: [...] (C) address pretrial and posttrial matters that cannot be effectively and timely addressed by an available district judge or magistrate judge of the district.”

objeções às conclusões de direito feitas ou recomendadas por um *master*”. Todavia, “a menos que a decisão de nomeação estabeleça um padrão diferente de revisão, o tribunal somente pode rejeitar a decisão do *master* em questão processual por abuso de poder”, como estabelece a *Rule 53(f)(4)* e (5).³⁶¹

Não obstante, é assaz importante, em variadas hipóteses, a nomeação do *master*, que é um *expert* em determinado assunto, para ajudar o *district judge* em questões técnicas específicas,³⁶² sem falar na relevantíssima nomeação do *master* para monitorar a execução e cumprimento de decisões judiciais complexas. Nessa função, o *master* é um importante auxiliar na execução do julgado.³⁶³

Cumpra ainda salientar, em relação ao *complex litigation*, a relevância atribuída à atuação dos advogados. Como adverte, ainda mais uma vez, o *Manual for Complex Litigation*: “Os advogados – que estarão mais familiarizados do que o juiz com os fatos e questões do caso – devem desempenhar um papel significativo no desenvolvimento do *litigation plan* e são os principais responsáveis por sua execução”, arrematando que a corte, na supervisão e controle, “deve reconhecer os encargos impostos aos advogados pelo litígio complexo e deve promover o respeito mútuo e a cooperação entre o tribunal e os advogados e entre os próprios advogados”.³⁶⁴

Assim, a intensa atividade judicial na condução de litígios complexos não reduz os deveres e responsabilidades dos advogados. Ao revés, tais litígios geram maiores exigências para o advogado, em sua dupla função como defensor e oficial da corte. A complexidade das questões de direito e de fato torna os juízes especialmente dependentes da colaboração dos advogados,³⁶⁵ sem a qual nenhum *case-management plan* pode ser eficaz.

³⁶¹ “*Rule 53. Masters [...] (f) Action on the Master’s Order, Report, or Recommendations. [...] (4) Reviewing Legal Conclusions. The court must decide de novo all objections to conclusions of law made or recommended by a master. (5) Reviewing Procedural Matters. Unless the appointing order establishes a different standard of review, the court may set aside a master’s ruling on a procedural matter only for an abuse of discretion.*”

³⁶² Cf. SULLIVAN, E. Thomas *et al.* *Complex Litigation*. New Providence/NJ: LexisNexis, 2009. p. 514.

³⁶³ DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1993. p. 16.

³⁶⁴ “The attorneys – who will be more familiar than the judge with the facts and issues in the case – should play a significant part in developing the litigation plan and should have primary responsibility for its execution. Court supervision and control should recognize the burdens placed on counsel by complex litigation and should foster mutual respect and cooperation between the court and the attorneys and among the attorneys.” (HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.I.: Thomson Reuters, 2014. p. 23).

³⁶⁵ “*Judicial involvement in managing complex litigation does not lessen the duties and responsibilities of the attorneys. To the contrary, complex litigation places greater demands on counsel in their dual roles as advocates and officers of the court. The complexity of legal and factual issues makes judges especially dependent on the assistance of counsel.*” (HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.I.: Thomson Reuters, 2014. p. 36).

Ressaltada a responsabilidade primordial dos advogados, “obviamente, o tribunal deve ter autoridade para impor suas ordens”, seja coagindo ao cumprimento, seja punindo o descumprimento. As sanções podem ser distinguidas em *sanções sobre o mérito*, aquelas que afetam a controvérsia – por exemplo, ao atingir uma reivindicação ou uma defesa, e *sanções pecuniárias*, que podem ser devidas à parte adversa ou à Corte.³⁶⁶

É variadíssima a gama de sanções que pode ser aplicada pelo tribunal, tanto à parte quanto ao advogado,³⁶⁷ conforme a espécie e gravidade da conduta. Quanto às sanções menos severas, p. ex., podem ser aplicadas: “(i) repreensão oral, suficiente para a maioria das violações menores, particularmente uma primeira infração; (ii) repreensão escrita, pode ser apropriada em casos mais sérios; (iii) transferência de custos (“*cost shifting*”), o objetivo da sanção é a dissuasão e não a compensação; (iv) negação de honorários advocatícios ou despesas, o tribunal pode se recusar a conceder honorários e despesas ou pode ordenar que o advogado não os cobre de seus clientes; (v) medidas corretivas (“*remedial action*”), advogado e partes podem ser obrigados a remediar um ato negligente ou ilícito às suas próprias custas, como por meio da restauração de materiais indevidamente destruídos ou eliminados; (vi) concessão ou recusa de tempo, a demora indevida pode justificar a concessão de tempo adicional às partes opostas, ou, de outro modo, a negativa de requerimentos apropriados de prorrogação do prazo.³⁶⁸

Com relação às sanções mais graves, reservadas a circunstâncias sérias, cabem, também exemplificativamente, as seguintes medidas: “(i) destituição da posição de advogado líder ou, em caso extremo, completa proibição de continuar a participar do caso (“*Demotion/removal of counsel*”); (ii) remoção da parte como representante da classe;³⁶⁹ (iii) proibição de a parte iniciar outro processo, até cumprir todas as ordens na ação atual, ou de propor, sem aprovação do tribunal, outras ações envolvendo os mesmos ou similares fatos ou pretensões;³⁷⁰ (iv) extinção do processo sem julgamento do mérito; (v) revogação do julgamento, o tribunal pode anular uma sentença se obtida por fraude; (vi) suspensão ou privação da advocacia

³⁶⁶ SULLIVAN, E. Thomas *et al.* *Complex Litigation*. New Providence/NJ: LexisNexis, 2009. p. 542.

³⁶⁷ Vide, por exemplo, a *Federal Rule of Civil Procedure* 11(c)(1).

³⁶⁸ Cf. HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.l.: Thomson Reuters, 2014. p. 27.

³⁶⁹ Antes de impor essa sanção, no entanto, o tribunal deve levar em consideração ordenar que uma notificação seja dada à classe, sob a Regra 23(d)(2), para permitir que os membros da classe expressem seus pontos de vista sobre sua representação ou para intervir no processo.

³⁷⁰ Veja-se, porém, a advertência: “*Enjoining party from commencing other litigation. While there is a strong policy against denying access to the courts, a party may be enjoined from commencing other actions until it has complied with all orders in the current action, or from bringing, without court approval, other actions involving the same or similar facts or claims*” (HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.l.: Thomson Reuters, 2014. p. 27).

("disbarment"), o tribunal tem poderes inerentes para suspender ou expulsar o advogado,³⁷¹ mas deve seguir as regras locais aplicáveis; (vii) multa, mesmo sem uma decisão de desacato ("contempt"), o tribunal pode avaliar as sanções monetárias independentemente ou em adição da transferência de custos. O montante deve ser o mínimo necessário para atingir o objetivo dissuasivo ou punitivo, considerando os recursos da pessoa ou entidade multada; (viii) desacato ("contempt"), o tribunal pode emitir uma ordem de desacato, e deve indicar claramente se é civil ou criminal;³⁷² (ix) encaminhamento para possível processo criminal, nos casos em que o mau comportamento se eleva ao nível de uma infração penal (p. ex. obstrução de justiça), a questão pode ser encaminhada ao *U.S. Attorney's Office*.³⁷³

No direito norte-americano, portanto, como se afigura natural e absolutamente necessário, as sanções (inclusive as processuais) podem ser aplicadas ao advogado ou à parte, bem como a ambos, sem restrições corporativas semelhantes à do antigo art. 14, parág. único, do revogado Código de Processo Civil de 1973, que estabelecia um canhestro *bill* de indenidade para os advogados, ideia que persiste no § 6º do art. 77 do CPC em vigor, conquanto agora estendida para advogados públicos, aos defensores públicos e aos membros do Ministério Público.

³⁷¹ Vide *In re Snyder*, 472 U.S 634, 643-47 (1985).

³⁷² Convém lembrar que além da prisão punitiva, pelo tempo determinado em decisão, no *criminal contempt*, o encarceramento até que o recalcitrante cumpra a ordem do tribunal é uma forma permitida de sanção civil, porque fornece o incentivo contínuo para cumprir (cf. DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1993. p. 135).

³⁷³ Cf. HERR, David F. *Annotated Manual for Complex Litigation*. 4th ed. S.I.: Thomson Reuters, 2014. p. 27-28.

6 Constituição Orçamentária

6.1 O sistema constitucional orçamentário

Como ensina Ricardo Lobo Torres, a Constituição Orçamentária é um dos subsistemas da Constituição Financeira, ao lado da Constituição Tributária e da Monetária, sendo uma das Subconstituições que compõem o quadro maior da Constituição do Estado de Direito, em equilíbrio e harmonia com outros subsistemas, especialmente a Constituição Econômica e a Política.³⁷⁴

A expressão orçamento-programa é encontrada há muito tempo em nossa legislação, como se vê do Decreto-Lei nº 200/67, que se refere a “orçamento-programa anual” (p. ex., artigos 7º, letra c, e 16 a 18), bem como a “plano geral de governo; programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; [e] programação financeira de desembolso” (art. 7º, letras a, b e d). A Lei nº 4.320/64 menciona “programa de trabalho anual do Governo” e “Previsões Plurienais” (p. ex., art. 2º, § 2º, III, e Título II, Capítulo II, Seção Primeira),³⁷⁵ e a Emenda Constitucional nº 1/69, aludia a “orçamentos plurianuais de investimento” (art. 60, parág. único), mas a prática orçamentária não aplicava devidamente essas normas, como demonstrou José Afonso da Silva.³⁷⁶

Foi a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu plenamente o orçamento-programa, ao prever o sistema rígido de plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais, como ensina o próprio José Afonso da Silva:

A Constituição institui um sistema orçamentário efetivamente moderno. Abre amplas possibilidades à implantação de um *sistema integrado de planejamento*

³⁷⁴ *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 1; *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. p. 1.

³⁷⁵ Por isso, afirma Marcus Abraham: “A partir da edição da Lei Geral dos Orçamentos (a Lei nº 4.320/1964), destaca-se como característica essencial a adoção, pelo Brasil, do modelo orçamentário de orçamento-programa [...]” (*Orçamento público no Brasil*. In: ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vitor Pimentel (Coords.). *Orçamento público no direito comparado*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 87-117, espec. p. 93).

³⁷⁶ O ilustre autor, embora admitindo que “o direito orçamentário brasileiro sufraga[va] a técnica do orçamento-programa”, advertiu que “a prática orçamentária, contudo, não vem[vinha] aplicando devidamente aquelas normas [normas constitucionais sobre orçamento, Ato Complementar n. 43/69 e Decreto-lei n. 200]” (*Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1973. p. 379 e 380 (conclusões XI e XII)).

do orçamento-programa, de sorte que o orçamento fiscal, os orçamentos de investimento das empresas e o orçamento da seguridade social passam a constituir etapas do planejamento de desenvolvimento econômico e social, ou, se se quiser, conteúdo dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, na medida em que estes têm que compatibilizar-se com o plano plurianual que é o instrumento que estabelece as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, que integrarão o orçamento anual, em cada ano, e por ela executadas anualmente.³⁷⁷

Assim, cabe à lei que instituir o plano plurianual estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal, inclusive para as despesas relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º). A lei de diretrizes orçamentárias, por sua vez, deve compreender as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (artigo 165, § 2º). À lei orçamentária anual – que compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e o orçamento da seguridade social – cabe, enfim, dispor sobre a previsão da receita e a fixação da despesa (art. 165, §§ 5º e 8º).

Todas são *leis de iniciativa privativa* do Presidente da República (art. 84, XXIII, e art. 165, *caput*); o processo de emendas ao *projeto de lei do plano plurianual* não admite aumento da despesa (art. 63, I); as emendas que se destinem a modificar o *projeto de lei de diretrizes orçamentárias* só podem ser aprovadas quando compatíveis com o plano plurianual, que não admite – repita-se – aumento da despesa (art. 166, § 4º); as emendas ao *projeto de lei do orçamento anual* ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas – requisitos cumulativos³⁷⁸ – caso sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, e indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 166, § 3º, incisos I e II). No mais, pode a emenda relacionar-se com a correção de erros ou omissões, ou com os dispositivos do texto do projeto de lei (art. 166, § 3º, inciso III).

³⁷⁷ *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 715 – grifado no original.

³⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. p. 441.

São vedados o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; a concessão ou utilização de créditos ilimitados (art. 167, I, II, V, VI e VII).

A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, excepcionalmente admitida a adoção de medida provisória (art. 167, § 3º c/c. art. 62).

Restam, assim, os outros “créditos adicionais”, ou seja, “as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento” (art. 40 da Lei nº 4.320/64), que se classificam em “suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária” (art. 41, I, Lei 4.320/64), e “especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica” (art. 41, II, Lei 4.320/64), mas “a abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa [...]” (art. 43 da Lei 4.320/64).

Além disso, “[o]s projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum” (art. 166, *caput*, da CF).³⁷⁹

A iniciativa privativa do Poder Executivo para apresentar as leis orçamentárias é natural, devido ao “seu maior domínio das informações e estimativas técnicas”, em atividade que “envolve um gigantesco esforço de sistematização de dados” e o “conhecimento atualizado e detalhado sobre cada uma das atividades já desempenhadas pelo Poder Público ou em fase de planejamento, uma vez que uma omissão aqui terá como consequência a impossibilidade de se realizar qualquer gasto”.³⁸⁰

Além disso, em termos gerais, ensina José Afonso da Silva que:

A razão por que se atribui ao Chefe do Executivo o poder de iniciativa decorre do fato de a ele caber a missão de aplicar uma política determinada em favor das necessidades do país; mais bem informado do que ninguém dessas necessidades e dada a complexidade cada vez maior dos problemas a resolver, estão os órgãos do Executivo tecnicamente mais bem aparelhados que os parlamentares, para preparar

³⁷⁹ Grifo nosso.

³⁸⁰ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil*: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 25.

os projetos de leis; demais, sendo o chefe também da administração geral do país e possuindo meios para aquilatar as necessidades públicas, só o Executivo poderá desenvolver uma política legislativa capaz de dotar a nação de uma legislação adequada, servindo-se da iniciativa legislativa.³⁸¹

A Constituição da República, no entanto, a par de estabelecer a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, estendeu o controle político do Poder Legislativo, que pode apresentar emendas, embora com as supramencionadas restrições dos §§ 3º e 4º do art. 166,³⁸² e a quem compete aprovar ou rejeitar as leis orçamentárias,³⁸³ com exceção da lei de diretrizes orçamentárias, que não pode ser rejeitada, “pois a Constituição determina que o Legislativo não entrará em recesso enquanto não aprovar a lei de diretrizes (art. 57, § 2º)”³⁸⁴

Na verdade, como esclarece Adilson Abreu Dallari:

Atualmente, cabe ao Chefe do Executivo apresentar o projeto da lei orçamentária (iniciativa exclusiva), mas ele não pode elaborar tal projeto exclusivamente de acordo com sua vontade, mas, sim, com observância do disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, aprovada pelo Legislativo, a qual fixa as prioridades e condiciona a elaboração da proposta orçamentária.³⁸⁵

Trata-se, por conseguinte, e isso é extremamente relevante, conquanto muitas vezes desprezado, de leis propostas pelo Executivo e aprovadas pelo Legislativo, e “cada dotação orçamentária representa uma decisão em si mesma ou, quando menos, a concretização de uma decisão política anterior”³⁸⁶

Fernando Weiss, ao cuidar do *princípio democrático*, enfatiza: “As leis orçamentárias detalham em valores pecuniários as decisões tomadas pela maioria quanto às prioridades do Estado. Mais [do que] quaisquer outras, representam a consolidação escrita do desejo social predominante”³⁸⁷

O orçamento público, portanto, “[m]uito mais do que um instrumento

³⁸¹ *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 141.

³⁸² Com referência a restrições indevidas postas pela Resolução nº 1/2006 do Congresso Nacional, que indica inconstitucionais, veja-se MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 57-63.

³⁸³ Para o presente trabalho não importa examinar se pode haver rejeição *total* do projeto de lei orçamentária anual, a despeito da regra do § 8º do art. 166 da CF, ou apenas rejeição parcial, como sustenta DALLARI, Adilson Abreu. Lei orçamentária: processo legislativo, peculiaridades e decorrências. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 129, p. 157-162, jan./mar. 1996, *passim*.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 159. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 326.

³⁸⁵ Lei orçamentária: processo legislativo, peculiaridades e decorrências. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 129, p. 157-162, jan./mar. 1996, *espec.* p. 158.

³⁸⁶ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 20.

³⁸⁷ WEISS, Fernando Lemme. *Princípios tributários e financeiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 240.

financeiro, trata-se de uma ferramenta de mudança social, de expressão democrática e missão republicana”,³⁸⁸ parecendo correto, até mesmo, afirmar “que o orçamento, *depois da própria Constituição, apresenta-se como o ato mais importante na vida de uma nação*”.³⁸⁹

Não é sem razão, portanto, que a Constituição Federal menciona como crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atente contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a *lei orçamentária* (art. 85, inciso VI), ao passo que a Lei nº 1.059/50 caracteriza como crimes, por exemplo, “exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento” (art. 10, 2), “infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária” (art. 10, 4), “ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal” (art. 10, 6), “abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais” (art. 11, 2), condutas violadoras, em tese, do artigo 167 da Constituição Federal.

O sistema assim estabelecido, decerto, parece visar à consagração de autênticas políticas de Estado, em vez de transitórias políticas de governo, o que se mostra tão necessário para vencer nossos graves problemas sociais, garantindo que “*políticas de superación de la pobreza trasciendan los límites temporales de cada período presidencial o los vaivenes de las administraciones locales*” e “*la continuidad en dichos programas, fijar metas e implementar estrategias de mediano y largo plazo, con resultados y mediciones susceptibles de evaluación y mejoramiento continuo, cuidando la neutralidad política de los mismos para evitar su uso con fines electorales*”,³⁹⁰ como já mencionamos em nível de América Latina,³⁹¹ principalmente em país, como o nosso, onde projetos e obras, com frequência, são paralisados, desperdiçados e inacabados, sem a menor responsabilidade.³⁹²

³⁸⁸ ABRAHAM, Marcus. Orçamento público no Brasil. In: ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vitor Pimentel (Coords.). *Orçamento público no direito comparado*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 87-117, espec. p. 88.

³⁸⁹ MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 271 – grifado no original. Fosse o orçamento tratado com a atenção e dignidade que merece, pelos Poderes da República, o asserto não correria o risco de parecer algo exagerado.

³⁹⁰ RINCÓN GALLARDO, Gilberto. La gobernabilidad democrática y los temas olvidados de una necesaria reforma del Estado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 365-377, espec. p. 373.

³⁹¹ Cf. Capítulo III, item 3.1, p. 39-40 e nota 168, *supra*.

³⁹² “Os dados preliminares divulgados pelo TCU, em 2005, indicam um desperdício de R\$ 15,0 bilhões em obras paradas e inacabadas no país, ou seja, duas vezes mais do que o governo investe em infraestrutura por ano, representando mais de 3 mil empreendimentos parados no Brasil”. MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 333. Dados recentes, do estudo “Grandes obras paradas: como enfrentar o problema?”, divulgados pela Agência de Notícias CNI, em 12/07/2018, apontam: “De acordo com números obtidos pela CNI junto ao Ministério

6.2 A postura do Judiciário

Diante desse quadro, e sem pretender esgotar aqui o tema, que será concretizado em momento oportuno, seria legítimo supor ou alvitrar que o Judiciário pode desconsiderar ou menoscabar a Constituição Orçamentária? Ou que poderia simplesmente deixar de aplicar suas regras para realizar princípios?

Várias podem ser as abordagens do amplíssimo tema, que mereceria, por si só, constituir obra específica, mas vamos começar, sumariamente, pela doutrina. Felipe de Melo Fonte, em seu substancioso livro, refere-se à “derrota da regra³⁹³ orçamentária no caso concreto” e alude, após citar estudo de Eros Grau, à suspensão da “eficácia dos comandos contidos nas regras do art. 167, II, V e VII, art. 85, VI, art. 166 e art. 169 em relação à Administração Pública”, ao cumprir uma decisão judicial.³⁹⁴ Na verdade, porém, outras normas, em teoria, também poderiam ser *derrotadas*, como, por exemplo, para nos limitarmos ao básico, os incisos I e VI do artigo 167 da Constituição Federal.

O próprio autor, no entanto, faz a seguinte advertência:

Agindo desta forma o magistrado afasta o argumento da reserva orçamentária na sua feição jurídica, especificamente a regra do art. 167, II, da Constituição Federal de 1988. O problema consiste em equacionar, *a posteriori*, a despesa que foi realizada sem que houvesse a devida previsão orçamentária. Em primeiro lugar compete ao Poder Legislativo sanar esta situação mediante a abertura de créditos suplementares [*rectius*: especiais], modalidade de crédito adicional constitucionalmente disciplinada, os quais se destinam precisamente a cobrir despesas não previstas inicialmente, e não submetidas ao regime do precatório. Se, contudo, este se negar a oferecer seu consentimento, não resta alternativa a não ser concluir pela impossibilidade jurídica de se impingir qualquer responsabilidade aos agentes públicos envolvidos, os quais agiram em *estrito cumprimento do dever legal*.³⁹⁵

Mas não seria, diga-se com enorme reverência, chamar o chaveiro para abrir porta já arrombada? Se o “consentimento” do Poder Legislativo – afinal – é tido por

do Planejamento, 2.796 obras estão paralisadas no Brasil, sendo que 517 (18,5%) são do setor de infraestrutura. A área de saneamento básico lidera o *ranking*, com 447 empreendimentos interrompidos durante a fase de execução. Na sequência, aparecem obras de rodovias (30), aeroportos (16), mobilidade urbana (8), portos (6), ferrovias (5) e hidrovias (5). As obras paradas de infraestrutura já custaram R\$ 10,7 bilhões e não trouxeram nenhum retorno para a sociedade.” Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/infraestrutura/brasil-desperdica-dinheiro-publico-com-517-obras-de-infraestrutura-paralisadas/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

³⁹³ A expressão “derrota da regra” advém de textos em inglês, que mencionam, algumas vezes, “*defeat the rule*”, mas aqui no Brasil o termo *derrota* apresenta certo ressaibo de subjugação, que não parece ser a concepção comum, embora nos pareça adequada.

³⁹⁴ *Políticas públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 320 e 321.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 321-322.

superável, a solicitação simplesmente *pro forma*, como ultrapassado e cortês aceno à legalidade, atende ao artigo 2º da Constituição da República?

A lição nos parece perfeita, dessa forma, se a exigência constitucional (art. 167, V) fosse cumprida *antes* de realizada a despesa, ou, quando menos, se houvesse concreta e específica análise da questão orçamentária no caso julgado, de modo a restar fundamentadamente justificada, na hipótese, a imposição da despesa imprevista ou insuficientemente prevista.

Registre-se, contudo, que o ilustre autor salienta, *v. g.*, que a generalização de decisões judiciais gerando “o afastamento de regras constitucionais como as do precatório, do dever de licitação e da reserva de orçamento para despesas públicas”, acarreta uma situação que “tem levado a quadros caóticos nas Administrações Públicas nos três níveis da federação, causando a falência dos planejamentos públicos, especialmente aqueles que cuidam dos setores mais sensíveis da população, tais como educação e saúde [...]”,³⁹⁶ que a derrota de regras [constitucionais] pode redundar “em situações de flagrante injustiça”,³⁹⁷ além de frisar “a gravidade do ato que é afastar as regras constitucionais relativas ao orçamento público”.³⁹⁸

Voltando à mencionada necessidade de que a decisão judicial aprecie concreta e especificamente a questão orçamentária (e, conseqüentemente, as dotações para as políticas públicas pertinentes) em cada caso concreto, vale lembrar que muitas vezes é genericamente citado parecer de Eros Roberto Grau no sentido da prevalência do princípio da sujeição da Administração às decisões judiciais, em relação ao princípio da legalidade da despesa pública, mas o parecer analisa duas situações distintas.

A primeira versa sobre a execução das decisões judiciais e os comandos constitucionais atinentes à execução orçamentária, quando, embora havendo “disponibilidade de *caixa*”, há “inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do poder Judiciário *nos termos da normatividade constitucional*”, ou seja, “embora pudesse a Administração adquirir recursos suficientes para efetuar os pagamentos a que foi judicialmente condenada, não obtém do Poder Legislativo autorização para isso”.³⁹⁹ Neste caso, vislumbra um conflito entre “o princípio da legalidade da despesa pública [que reconhece emanar

³⁹⁶ *Políticas públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 23-24.

³⁹⁷ *Ibid.* p. 148.

³⁹⁸ *Ibid.* p. 321.

³⁹⁹ 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. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 61, p. 194-214, abr./jun. 2015. espec. p. 198 – grifado no original. Veja-se que aqui se cogita da autorização Legislativa *a priori*.

de regras jurídicas mas, como tal, simples concreção do princípio]⁴⁰⁰ e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário”⁴⁰¹ e conclui:

Daí a conclusão que firmo: cumpre, no âmbito da situação de que estamos a cogitar – inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário *nos termos da normatividade constitucional* – atribuímos peso mais elevado ao princípio da sujeição da Administração àquelas decisões, do que decorre, pois, *não se aplicarem no caso as regras veiculadas pelo art. 167, II, pelo art. 85, VI, pelo art. 166, pelo art. 167, V, pelo art. 167, VI e pelo art. 169 da Constituição de 1988 e pelo art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a eficácia dessas regras, em relação àquela situação, é afastada.*⁴⁰²

Mas essa ponderação abstrata não pode ser considerada absoluta e automática, aplicando-se a toda e qualquer decisão judicial, ou ao conjunto de decisões judiciais, ainda que o prover-se a Administração “de créditos orçamentários *sem observar as regras acima indicadas, cuja eficácia é afastada*”, compromettesse ou inviabilizasse a execução global do orçamento, sendo necessário verificar a questão no caso concreto, com apreciação séria e cuidadosa das razões que levaram à não-autorização do crédito adicional pelo Legislativo e as dificuldades da Administração em prover-se. A rigor, como veremos em breve, toda essa avaliação deve ser feita antes da prolação da sentença, quando envolver políticas públicas, mas, surgindo em relação ao cumprimento do julgado, não pode ser desconsiderada ou reduzida à questão exclusivamente teórica.

A segunda situação analisada no parecer de Eros Grau versa sobre a “completa ‘exaustão da capacidade orçamentária’”, no sentido de “inexistirem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais. Não há, no caso, disponibilidade de caixa que lhe permita cumpri-las”⁴⁰³. Nesta hipótese, não importaria a prevalência do princípio da sujeição às decisões judiciais em relação ao princípio da legalidade da despesa pública, pois “[a]inda que afastadas as regras que a este último conferem concreção, ainda assim não terá condições, a Administração, de dar cumprimento às decisões judiciais”. Assim, não haveria conflito entre princípios, “porém [...] confronto entre decisões judiciais e a realidade, vale dizer, entre a realidade e o direito”, e afirma:

⁴⁰⁰ Eis a colocação: “Logo, como observei em outra oportunidade, não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção daqueles. Em consequência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são *afastadas*: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico.” *Ibidem* p. 207.

⁴⁰¹ *Ibid.* p. 198 e 206-207.

⁴⁰² 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. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 61, p. 209, item 18, abr./jun. 2015 – grifado no original.

⁴⁰³ 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. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 61, p. 194-214, abr./jun. 2015. espec. p. 209.

“[...] neste caso deverá a Administração, demonstrada e comprovada essa exaustão [da capacidade orçamentária] perante o Supremo Tribunal Federal,⁴⁰⁴ *não cumprir as decisões do poder Judiciário*”.⁴⁰⁵

A ilimitada concentração da ideia, desse modo concebida, abrangendo *decisões judiciais* (múltiplo), apesar de substancialmente correta, e além de sua intrínseca problemática, ensejaria controvérsias com relação, por exemplo, ao cumprimento, então, de algumas das decisões, quais decisões a cumprir, a quem competiria a escolha... Problemas que, em princípio, *não existiriam* se a legalidade da despesa pública, vale dizer, a Constituição Orçamentária, fosse observada.

Voltando às normas orçamentárias, verifica-se que, “[e]mbora sem atentar para a gravidade do ato que é afastar as regras constitucionais relativas ao orçamento público, o próprio Supremo Tribunal Federal já rechaçou limitações orçamentárias”,⁴⁰⁶ ao impor ao Estado do Mato Grosso do Sul (que nem sequer era parte no processo individual), em acepção genérica, “o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita”.⁴⁰⁷ Com relação, *v. g.*, ao alegado “direito à saúde”,⁴⁰⁸ de forma eloquente, a Suprema Corte reduz a questão, por vezes, à “escassez de recursos”, ditos interesses secundários do Estado (p. ex.: “O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.”).⁴⁰⁹

Não se deve deslembrar, todavia, primeiro, que o orçamento é instrumental, e “*serve de veículo para alcançar a justiça política, social e econômica*”,⁴¹⁰ com forte feição

⁴⁰⁴ É curioso que GRAU assevera, anteriormente: “Essa demonstração e comprovação [...] *deverá* ser feita, face à excepcionalidade dos fatos, perante o Supremo Tribunal Federal” (ibid. p. 210 – grifo nosso), mas não explica como seria possível assegurar, constitucionalmente, essa apreciação *fática* pelo STF...

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 213 – grifado no original.

⁴⁰⁶ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 321.

⁴⁰⁷ “EMENTA: - Recurso extraordinário. Investigação de paternidade. 2. Acórdão que assentou caber ao Estado o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita. Auto-executoriedade do art. 5º, LXXIV, da CF/88. 3. Alegação de ofensa aos arts. 5º, II, LIV e LV; 24; 25 a 28; 100 e 165, da CF. 4. Acórdão que decidiu, de forma adequada, em termos a emprestar ampla eficácia à regra fundamental em foco. Inexistência de conflito com o art. 100 e parágrafos da Constituição. Inexiste ofensa direta aos dispositivos apontados no apelo extremo. 5. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, RE 224.775/MS, unân., DJ 24.05.2002, p. 69). Ressalte-se que, mesmo suscitado, inclusive pela PGR, que a Fazenda Pública está sujeita a dotações orçamentárias e jungida ao princípio da legalidade, o V. Acórdão não apreciou real e especificamente o assunto.

⁴⁰⁸ Como adverte de Luís Roberto Barroso, é equivocada a formulação constitucional “a saúde é direito de todos”, “que sugere como sujeito passivo a biologia e as forças da natureza humana”, sendo linguagem mais adequada “direito à *proteção* da saúde ou à *assistência* médica” (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 55 – grifado no original).

⁴⁰⁹ STF, 1ª Turma, ARE 801676 AgR/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, unân., julg. 19.08.2014.

⁴¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.. 145 – grifado no original.

de planejamento em nossa Constituição, visando assim a assegurar, também, como já dissemos, a consagração de políticas de Estado, imprescindíveis para a superação de nossos graves problemas sociais; segundo, que a inobservância da legalidade da despesa pública pelo Judiciário desarticula as finanças públicas e pode comprometer a administração pública. Dessa forma, sob pena de minar o instrumento criado pela Constituição e, deste modo, embaraçar a realização de suas finalidades, a pretexto de realizá-las por conta própria, deve o Poder Judiciário rejeitar a desconsideração das regras orçamentárias, seguindo lição de um verdadeiro jurista:

“A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária se realiza por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário [...]. Na insuficiência de verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, da CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo a dotação necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir o crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (art. 166, § 3º, II e 167, V, da CF)”⁴¹¹

6.3 Despreocupação com o orçamento público e o erário

Mesmo antes de analisar a orientação predominante do Supremo Tribunal Federal e alguns casos de maior relevância do Superior Tribunal de Justiça, quando se perceberá a desatenção com recursos públicos, inclusive (e não apenas!) quando invocados direitos sociais, estendidos a direitos fundamentais com ampla generosidade, cabem aqui algumas rápidas considerações.

Ricardo Lobo Torres, ao referir-se à “cultura orçamentária brasileira”, após aludir aos “tristes episódios da imoralidade orçamentária e de dilapidação do dinheiro público”, decorrentes, em 1993, “do que se chamou de ‘máfia do orçamento’, composta pelos ‘anões do orçamento’”, e ao recrudescimento, em 2006, da “predação do orçamento, nomeadamente na área da saúde, com os ‘vampiros’ (verbas para a aquisição de sangue) e os ‘sanguessugas’ (majoração das verbas dos parlamentares para a compra superfaturada de ambulâncias)”, e ao “patrimonialismo”⁴¹² com a elegância de hábito, menciona a dificuldade em discorrer sobre dinheiro: “Essa dificuldade em discursar sobre o dinheiro e refletir a respeito das finanças públicas, aliás, está em íntimo contacto com a mentalidade cavalheiresca presente na cultura luso-brasileira: não é de bom-tom falar sobre o vil metal”⁴¹³

⁴¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 95-96.

⁴¹² *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. p. 31-32.

⁴¹³ TORRES, Ricardo Lobo, *ibidem*, p. 32.

Mas a percepção desdenhosa do dinheiro, no entanto, como vil, em nossa tradição, parece restringir-se às *finanças públicas*, tratadas com o devaneio de que não têm dono e são férteis, inesgotáveis,⁴¹⁴ caracterizando algumas das *inúmeras particularidades que muitas vezes afastam a cultura orçamentária brasileira dos modelos dos países desenvolvidos do Ocidente*.⁴¹⁵

Por falar em países desenvolvidos, convém lembrar a perfeita, realista e pragmática advertência de Alexander Hamilton, num d'Os Artigos Federalistas (nº 30), escritos em prol da Constituição dos Estados Unidos da América: "O dinheiro é, acertadamente [*with propriety*], considerado como elemento vital do organismo político, uma vez que o mantém vivo e em atividade, habilitando-o a cumprir suas funções mais essenciais [...]".⁴¹⁶ Mas também na África do Sul, país ainda em desenvolvimento, o Tribunal Constitucional, como vimos, demonstra enorme e especial atenção com o emprego e disponibilidade de recursos públicos em seus julgados.

No Brasil, todavia, comumente e de forma geral, não se tem os devidos cuidados com o dinheiro público, seja na perspectiva do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Convive-se quase naturalmente com o desperdício, a desmedida oneração do erário, o histórico patrimonialismo,⁴¹⁷ a mentalidade orçamentívora⁴¹⁸ e o burocracismo orçamentívoro.⁴¹⁹

⁴¹⁴ Como afirmou o Senador Cristovam Buarque: "Ficar fora da realidade é fácil: é inflação, dívida, juros altos e recessão." *O Globo*, Rio de Janeiro, 31 maio 2018. p. 2. Entrevista concedida a Lydia Medeiros (Poder em jogo).

⁴¹⁵ Valemo-nos, no trecho em itálico, de lição geral de Ricardo Lobo Torres, não especificamente identificada com nossa concepção. Cf. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 26; e *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. p. 31.

⁴¹⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas/SP: Russel, 2005. nº 30, p. 193. No original: "*Money is, with propriety, considered as the vital principle of the body politic; as that which sustains its life and motion, and enables it to perform its most essential functions...*"

⁴¹⁷ Luís Roberto Barroso, referindo-se à *herança maldita do patrimonialismo*, ensina: "O colonialismo português, que, como o espanhol, foi produto de uma monarquia absolutista, assentou as bases do patrimonialismo, arquétipo de relações políticas, econômicas e sociais que predis põem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção. Os administradores designados ligavam-se ao Monarca por laços de lealdade pessoal e por objetivos comuns de lucro, antes que por princípios de legitimidade e dever funcional. Daí a gestão da coisa pública em obediência a pressupostos privatistas e estamentais, de modo a traduzir fielmente, na Administração Pública, as aspirações imediatas da classe que lhe compõe o quadro burocrático. O agente público, assim, moralmente descomprometido com o serviço público e sua eficiência, age em função da retribuição material e do prestígio social." (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 9 e nota 9).

⁴¹⁸ "[...] a mentalidade orçamentívora: quem garante a riqueza da nação não é o trabalho produtivo dos indivíduos, como acreditava Adam Smith, mas o Estado, tornado empresário segundo a mentalidade pombalina. A questão seria não como se apropriar o cidadão da riqueza através do trabalho, mas como se encontrar no Estado, produtor da riqueza, para se enriquecer à custa dele" (RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. Aspectos Estruturais da Sociedade Brasileira. *Convivium* 31 (2): 150, 1988 *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. p. 33; e *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 28).

⁴¹⁹ "O sociólogo Oliveira Vianna cunhou a expressão 'burocracismo orçamentívoro', para retratar a atitude deletéria de indevida privatização dos recursos públicos" (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito*

Maria Paula Dallari Bucci, em Capítulo (III) intitulado “Cinco Contradições do Direito Administrativo ou os Marcos Jurídicos da Ineficácia da Administração Pública no Brasil”, questiona, como quarta contradição, “se a aplicação da teoria do risco, tal como vem sendo feita pela jurisprudência brasileira, tem, de fato, correspondido [ao] ideal de solidariedade social”, para aludir ao Estado que “faz tudo, pode tudo e paga tudo”,⁴²⁰ mas não busca adotar medidas efetivas para reverter a situação e prevenir novos danos,⁴²¹ e se utiliza muito pouco das ações de regresso contra o agente responsável, nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da CF).⁴²² Pior, em dissenso com a doutrina francamente predominante:⁴²³ “A jurisprudência da Corte [STF] firmou-se no sentido de não reconhecer a legitimidade passiva do agente público em ações de responsabilidade civil fundadas no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, devendo o ente público demandado, em ação de regresso, ressarcir-se perante o servidor quando esse houver atuado com dolo ou culpa”,⁴²⁴ o que acaba por conferir ao “agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos”.⁴²⁵

Colhem-se na jurisprudência, outrossim, julgados condenando pessoas

constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. p. 33; e *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 28).

⁴²⁰ *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 189.

⁴²¹ Referindo-se especificamente à omissão do Poder Público, conclui Maria Paula Dallari Bucci: “Indeniza-se pecuniariamente e o potencial gerador do dano permanece tal qual estava” (BUCCI, Maria Paula Dallari, *ibidem*, p. 209).

⁴²² “O segundo ponto é o descompasso entre as condenações do Poder Público e a reduzida quantidade de ações de regresso” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 209).

⁴²³ Cf. CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil*: lições. 6. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 247.

⁴²⁴ STF, 2ª Turma, ARE 908.331 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, unân., julg. 15/03/2016. No mesmo sentido: “Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento - direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (STF, 1ª Turma, RE 344.133/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, unân., julg. 09.09.2008). Em 2017, foi reconhecida repercussão geral do tema: “Possui repercussão geral a controvérsia alusiva ao alcance do artigo 37, § 6º, da Carta Federal, no que admitida a possibilidade de particular, prejudicado pela atuação da Administração Pública, formalizar ação judicial contra o agente público responsável pelo ato lesivo.” (RE 1.027.633 RG/SP. Tema 940).

⁴²⁵ Veja-se o aresto do STJ, ao nosso ver correto: “1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar [...]” (4ª Turma, REsp 1.325.862/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, unân., DJE 10.12.2013). O voto do eminente relator cita forte orientação doutrinária.

jurídicas de direito público ao pagamento de danos morais *punitivos*,⁴²⁶ sem qualquer consideração ou ressalva, sem ter em conta que o valor acrescido é incapaz de exercer a função dissuasória da repetição da conduta (já que não é o agente quem paga),⁴²⁷ e parecendo que a sociedade brasileira, sobrecarregada por elevada carga tributária (inclusive alta incidência de tributos indiretos), e desprovida de serviços públicos de qualidade, merecesse pagar mais, punitivamente, a alguns indivíduos, pelos maus serviços que a todos atormenta.⁴²⁸

Falta a compreensão de que a sobrecompensação punitiva em prol de alguns particularmente, com verbas públicas, acaba por diminuir a capacidade de o ente público melhorar os serviços públicos e o atendimento de todos,⁴²⁹ e tanto mais são prejudicados os mais carentes, que dependem primordialmente dos serviços e da assistência do Estado.

Ademais, fixam juízes e tribunais apriorística e generalizadamente multa cominatória contra os entes públicos, a despeito da diminuta (se não nenhuma) eficácia coativa,⁴³⁰ sem comedimento, para toda e qualquer decisão, por hipótese, antes mesmo de haver resistência da autoridade administrativa, quando – ainda que em tese admissível – não deveria jamais ser banalizada: “A cominação de multa diária contra pessoas jurídicas de direito público, com o fim de compeli-las a cumprir decisões judiciais, é medida altamente excepcional, já que quem arca com o pagamento é a população e as futuras gestões”.⁴³¹

⁴²⁶ “PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANO MORAL. [...] 1. O Tribunal *a quo* considerou o dano moral decorrente do evento que ocasionou a perda do pai e esposa das ora agravadas, o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica das vítimas, a repercussão do dano e entendeu que o valor fixado na sentença a título de reparação atende a imperativos de legalidade, justiça e razoabilidade [...]” (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 178255/SE, Rel. Min. Castro Meira, unân., DJe 24/04/2013).

⁴²⁷ Como se vê da leitura do voto do eminente Ministro Relator, o Acórdão recorrido mencionou “a finalidade da indenização compensar o ofendido pelo constrangimento indevido e desestimular o agressor, no futuro, praticar atos semelhantes”, além do consignado no excerto da ementa supratranscrito. Em suma: a fundamentação também serviria para uma empresa privada, que visasse ao lucro...

⁴²⁸ “[...] como a Fazenda Pública em última análise representa a coletividade, o dano moral deve ser arbitrado apenas atento ao seu caráter compensatório. Há que se abstrair, em princípio, da sua face punitiva, sob pena de, assim não procedido, ser socializada a punição” (CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 69).

⁴²⁹ “Em relação à condenação por danos morais, cabe lembrar que, por se tratar a União de pessoa jurídica de direito público, o critério utilizado para determinação do *quantum* indenizatório não tem caráter punitivo, mas meramente retributivo.” (TRF2, 5ª Turma, AP-RN 2001.51.01.013133-6, Rel. Des. Federal Castro Aguiar, julg. 12.08.2009).

⁴³⁰ Por isso, sempre sustentou GRECO FILHO, Vicente: “Entendemos, também, serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo.” (*Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 73).

⁴³¹ TRF2, 5ª Turma, AP-RN 627.928, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, julg. 21.01.2015. E

O caminho real, direta e imediatamente proveitoso, qual seja, a imposição da *astreinte* ao agente público recalcitrante, detentor de competência para dar cumprimento ao comando judicial,⁴³² lamentavelmente encontra fortes resistências na jurisprudência,⁴³³ apesar do convicto apoio doutrinário.⁴³⁴

Na lição de Eduardo Cambi:

[...] Pode [o Poder Judiciário] fixar prazos razoáveis para o cumprimento de decisão judicial, sob pena de multa diária a ser paga pelo próprio Administrador Público responsável pelo ordenamento das despesas (arts. 536, § 1º, e 77, III, todos do NCPC). Atente-se que a multa fixada não deve ser aplicada em face do ente federativo, mas contra o administrador público responsável por ordenar as despesas. Caso contrário, estar-se-ia *punindo duplamente a coletividade*, que deixaria de ter aplicado os recursos públicos de forma constitucionalmente adequada e, ainda, teria que pagar, com outros recursos públicos, pela má gestão do governante.⁴³⁵

Como se vê, a nossa cultura orçamentária e de dispêndio de verbas públicas, em termos gerais, precisa de urgente e elevada recuperação, com o abandono das práticas equivocadas que impedem o desenvolvimento e bem-estar de grande parte da população brasileira.

complementa o julgado: “Assim, mormente porque não há, para o agente público, a opção de descumprir a ordem judicial, são as medidas penais e administrativas contra tal gestor que devem ser tomadas, caso desobedecido o comando jurisdicional.”

⁴³² “Nas causas envolvendo o erário público, a coerção somente será eficaz se incidir sobre o agente que detiver responsabilidade direta pelo cumprimento da ordem, reiterada e imotivadamente desrespeitada.” (TRF2, 5ª Turma Especializada, AG 2014.00.00.102088-4, Rel. Des. Federal Ricardo Perlingeiro, unân., julg. 19.04.2016. No mesmo sentido: 5ª Turma Especializada, AG 0002687-40.2009.4.02.0000, Rel. Des. Federal Ricardo Perlingeiro, DJe 1.10.2012).

⁴³³ “Não é possível a responsabilização pessoal do agente público pelo pagamento das astreintes quando ele não figure como parte na ação, sob pena de infringência ao princípio da ampla defesa. Precedentes.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.633.295/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, unân., DJe 23/04/2018).

⁴³⁴ “Em vista das peculiaridades (e deficiências) da estrutura interna administrativa, muitas vezes apenas a multa contra a própria autoridade atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 247 e 449, espec. p. 449).

⁴³⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 544 – grifo nosso. No mesmo sentido: “A imposição de multa diária só tem efeito quando recai no patrimônio particular do administrador público, pois, do contrário, onerar-se-ia ainda mais o erário” (FERRARESI, Eurico. Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, tese de doutorado defendida na USP, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150, espec. p. 140-141.

7 A Realidade e a Jurisprudência

7.1 A situação real

A leitura de artigos e livros sobre a sindicabilidade de direitos sociais e sobre o controle jurisdicional de políticas públicas dá conta, quase sempre, da possibilidade de haver determinação judicial para inserção de dotações em orçamentos futuros e, ainda com maior naturalidade, de haver a realocação de verbas orçamentárias pelo juiz (ou tribunal), como se fossem casos raros e excepcionais, dando a impressão de que eventual ingerência do Judiciário seria reduzida e tolerável...

Mas não é esta a nossa conturbada realidade. A questão assume relevo extraordinário quando se percebe que, de forma manifestamente crescente, milhares de ações vêm sendo propostas pleiteando direitos sociais, especialmente com relação a medicamentos e tratamentos de saúde. Na verdade, consoante notícia divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tramitavam no País, em abril de 2011, 240.980 processos judiciais na área de saúde,⁴³⁶ já em junho de 2014, o número chega a 392.921 processos,⁴³⁷ e a tendência é que o número aumente cada vez mais,⁴³⁸ sem falar em outros direitos sociais.

Em estudo sobre a judicialização da saúde, a juíza federal Gisele Chaves Sampaio Alcântara indica, por exemplo, que no Rio Grande do Sul metade de todo o orçamento destinado à saúde foi consumido no cumprimento de decisões judiciais, cujo montante saltou de R\$ 9 milhões em 2005 para R\$ 22 milhões em 2006. No âmbito federal, de janeiro a julho de 2008, o Governo gastou diretamente R\$ 48 milhões com ações judiciais para aquisição de medicamentos, num aumento, em

⁴³⁶ CAVALCANTI, Hylda. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. Agência CNJ de Notícias. 25/04/2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 13 set. 2018. Não constam desse total as informações dos Tribunais de Justiça da Paraíba, Pernambuco e Amazonas.

⁴³⁷ Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107, Ações de saúde, *Dados extraídos do sistema de acompanhamento da Resolução CNJ n. 107, em junho de 2014*. Não constam também desse total as informações dos Tribunais de Justiça do Amazonas, da Paraíba e de Pernambuco.

⁴³⁸ Os últimos dados do CNJ, ao que conseguimos apurar, são os supramencionados, relativos a 2011 e 2014, como se pode ver no site: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoefs/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

três anos, que chegou a 1.920%, quando considerado que em 2006, o gasto foi de R\$ 2,5 milhões de reais; os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo aumentaram mais de 5.000% de 2005 a 2010, passando de R\$ 2,24 milhões em 2005 para R\$ 132,58 milhões em 2010.⁴³⁹

As informações dos Relatórios de Cumprimento da Resolução nº 107 do CNJ, aliás, demonstram que o maior número de processos nas chamadas “ações de saúde” tramitam na Região Sul (170.037), e o menor número no Nordeste (cerca de 17.037),⁴⁴⁰ numa ingente desproporção, em que a região menos favorecida tem aproximadamente apenas 10% (dez por cento) das ações da Região Sul, muito mais desenvolvida.

Matéria publicada no *Valor Econômico*, em 15/4/2014, informa que: “União, Estados e municípios têm respondido a uma avalanche de ações para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos não listados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o que tem afetado os cofres públicos. Só para o governo federal, o impacto de uma derrota em todos os processos seria de R\$ 3,93 bilhões – o equivalente a 4% do orçamento deste ano do Ministério da Saúde (cerca de R\$ 106 bilhões). O valor está no anexo ‘Riscos Fiscais’ da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) – Lei nº 12.919, de dezembro de 2013.”⁴⁴¹

Consoante a matéria: “Em 40% dos processos judiciais, a busca é por medicamentos de última geração, muitos dos quais ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).” Surgiu, então, a necessidade de “investigar a possível criação de uma ‘indústria’ das ações judiciais.”⁴⁴²

O Tribunal de Contas da União (TCU), em matéria de 23.08.2017, sobre estudo que abrangeu União, Estados e Municípios, além de noticiar que “os gastos

⁴³⁹ Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012, espec. p. 89. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569>>. Acesso em: 5 out. 2018.

⁴⁴⁰ Relembre-se, porém, que não constam desse total as informações dos Tribunais de Justiça da Paraíba e de Pernambuco, nem das Justiças Federais da Bahia, Maranhão e Piauí, que pertencem à 1ª Região, e não à 5ª Região.

⁴⁴¹ ROSA, Arthur. União prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos, São Paulo. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/3517192/uniao-preve-gasto-de-r-39-bi-com-aco-es-de-medicamentos>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁴⁴² No amplo estudo intitulado “Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos”, os autores concluem, p. ex., que, em São Paulo: “Os dados das ações com os medicamentos classificados pelo seu fabricante mostram que poucos advogados são responsáveis pela maioria das demandas judiciais desses medicamentos. A observação de que mais de 70% das ações ajuizadas para certos medicamentos são de responsabilidade de um advogado pode sugerir uma relação estreita entre o advogado e o fabricante do medicamento.” (CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-9, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/05.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018). A leitura do estudo é assaz sugestiva.

da União com processos judiciais referentes à saúde, em 2015, foram de R\$ 1 bilhão, um aumento de mais de 1.300% em sete anos”, e que, no período de 2010 a 2015, “mais de 53% desses gastos se concentraram em três medicamentos que não fazem parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename)”, registrou ainda que os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina, entre 2013 e 2014, gastaram mais com a judicialização do que a União, sendo que “os tipos de ações judiciais versam, predominantemente, sobre mecanismos curativos de saúde, como medicamentos e tratamentos, e não em mecanismos preventivos”⁴⁴³

Em meio ao crescente aumento do número de processos e de gastos, o TCU constatou a inexistência de “mecanismos de detecção de fraudes por cruzamento de dados para identificação de padrões e inconsistências”, havendo “indícios de fraudes no âmbito da judicialização da saúde”⁴⁴⁴

Segundo levantamento da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma), “o Ministério da Saúde gastou R\$ 1,32 bilhão com judicialização da saúde em 2016. O gasto é expressivo e prejudica o planejamento orçamentário do SUS, que já enfrenta limitações e subfinanciamento”⁴⁴⁵

Em nível municipal, os gastos podem chegar, com facilidade, a cifras inadmissíveis, como se vê, *verbi gratia*, em comunicado da Secretaria de Saúde do Município de Porto Ferreira, em São Paulo: “Os gastos com demandas judiciais até agora representam [...] 60% da previsão orçamentária anual com o programa de assistência farmacêutica [o comunicado é de 19.05.2017], que é de R\$ 557,7 mil para aquisição de medicamentos constantes da REMUME [...], para atendimento da Rede de Atenção Básica”⁴⁴⁶. A referência à Relação Municipal de Medicamentos Essenciais,⁴⁴⁷ que visa a atender às necessidades de saúde prioritárias da população,

⁴⁴³ O que contraria a diretriz do art. 196 da CF, que dá prioridade “à redução do risco de doença e de outros agravos”, ou seja, à medicina preventiva.

⁴⁴⁴ Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde. Notícias, TCU. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2018. Consta na matéria: “[...] a operação policial ‘Garra Rufa’, no Estado de São Paulo, descobriu que aquele Estado foi compelido judicialmente a fornecer medicamentos para pacientes que não eram portadores da doença ou para aqueles em que o grau da doença não justificava o uso da medicação. Nessa fraude, a maioria dos pacientes desconheciam que estavam entrando com ação contra o estado e muitos sequer possuíam a doença. Em ambos os casos, havia ligação entre associação de pacientes e determinados médicos e advogados.”

⁴⁴⁵ Cf. Ministério da Saúde gastou mais de R\$1 bilhão com ações judiciais em 2016, IBES – Instituto Brasileiro para Excelência em Saúde. Disponível em: <<http://www.ibes.med.br/ministerio-da-saude-gastou-mais-de-r1-bilhao-com-aco-es-judiciais-em-2016/>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁴⁴⁶ Vide Blog da Comunicação, Governo Municipal de Porto Ferreira. Disponível em: <<https://comunicacaoportoferreira.wordpress.com/2017/05/19/saude-gastos-com-ordens-judiciais-em-2017-ja-representam-60-do-que-o-municipio-investe-no-ano-em-medicamentos/>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁴⁴⁷ *Medicamentos essenciais*, aqui, segundo definição da Organização Mundial da Saúde, são “[...] aqueles que servem para satisfazer às necessidades de atenção à saúde da maioria da população. São selecionados de acordo com a sua relevância na saúde pública, *evidência sobre a eficácia e a segurança* e os estudos

faz lembrar que os gastos com demandas judiciais, no caso, são alheios à política pública municipal, vinculada, basicamente, ao REMUME.

Nesse contexto, salienta a doutrina: “A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites [...]”⁴⁴⁸

O quadro caótico, ademais, não se reduz – como se fosse pouco! – aos *dispêndios* com aquisição de medicamentos. Vai muito além: veja-se, *v. g.*, a matéria publicada em O Globo, de 03.03.2018, informando que:

[...] a Defensoria Pública lembrou que há mais de dois anos vem ajuizando cerca de 150 ações por mês no Plantão Judiciário noturno pedindo vagas em leitos de terapia intensiva em hospitais municipais e estaduais e que, mesmo com o pedido de urgência, o índice de mortes por falta de lugar disponível é extremamente elevado.⁴⁴⁹

Cerca de cento e cinquenta ações por mês, média de cinco ações por dia. A preferência pelo plantão noturno parece decorrer da facilidade de encontrar Defensor Público, membro do Ministério Público e Juiz a postos para pleitear, opinar e decidir, em pouco tempo e com pressa. Quem conhece a Justiça sabe que realmente são comuns essas ações durante o plantão. Mas a perspectiva da atuação judicial em ações individuais, nessa monta, é simplesmente pavorosa. Se *não há* leitos suficientes – tangenciando o óbvio –, a prioridade das internações somente pode ser adequada e racionalmente determinada por médicos, pois a admissão ao leito para um paciente significa a irremediável negativa de leito de terapia intensiva para outro ou outros pacientes, dependendo do tempo de internação. Destarte, a internação de paciente terminal pode representar o óbito (ou o agravamento das condições) de pacientes com chances de sobreviver e recuperar a saúde. O argumento não é *ad terrorem* (ainda que a própria situação o seja) e as opções de escolha de quem será internado exigem conhecimento técnico que o juiz não tem. O grau de capacidade de recuperação da saúde, o tempo de internação para tanto, e outras variáveis devem ser levados em conta – e só os médicos podem fazê-lo – para buscar a mais eficaz e ampla possível utilização dos leitos insuficientes, para salvar o maior número possível de pessoas. Por isso, a perspectiva de obter internação aleatoriamente, por ordem de obtenção ou de cumprimento de liminar é *pavorosa*, e pode comprometer (ou inviabilizar!) a recuperação de pacientes com (efetivas e/

comparativos de *custo efetividade*.” (grifos nossos). Cf. <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/514.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁴⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 128 e 129.

⁴⁴⁹ JUNQUEIRA, Flávia. Três doentes morrem por dia à espera de UTI: dados da Defensoria Pública mostram somente óbitos de quem recorre a plantão judiciário para obter vaga. *O Globo*, Rio de Janeiro, 3 mar. 2018. Rio, p. 10.

ou melhores) condições de cura ou sobrevivência. Em suma: repudiam-se critérios médico-administrativos pela concessão judicial aleatória, mercê da invocação do direito (de todos) à saúde.

A atuação do Poder Judiciário, nessas tristes circunstâncias, deveria perscrutar as irregularidades existentes para ser possível tomar medidas que melhorassem ou aprimorassem, dentro do possível e o quanto antes, a prestação do serviço público para a população em geral, sem desprezar as prioridades estabelecidas pelos médicos dos hospitais públicos, a não ser, é claro, que sejam demonstrados vícios nas ordens ou listas de atendimento.

Em bela lição, mencionando recursos financeiros, mas aqui inteiramente aplicável, destaca Eduardo Bastos Furtado de Mendonça:

Invocar considerações financeiras diante da necessidade de determinada prestação para a manutenção de uma vida humana pode parecer imoral. Contudo, desconsiderar as limitações de recursos é a verdadeira conduta imoral, já que essa postura não resolve a escassez, apenas renuncia antecipadamente ao esforço que seria exigido para lidar com ela da melhor forma possível. O compromisso com os direitos fundamentais impõe a busca pelo melhor resultado alcançável, não pelo resultado mais confortável para as pessoas encarregadas de tomar decisões.⁴⁵⁰

A supramencionada reportagem, aliás, enfatiza a propositura de cento e cinquenta ações individuais, por mês, há mais de dois anos, pela Defensoria Pública, mas apenas uma “recomendação à Prefeitura do Rio para que sejam imediatamente reativados 35 leitos de UTI que estão fechados”, recomendação “entregue à administração municipal no último dia 22 [mar. 2018]”, dando a perceber certa inversão individual em relação ao coletivo (comum em nossa cultura). A Defensoria Pública, no entanto, é legitimada para propor ações coletivas, como se vê do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/85, todavia não busca a tutela geral, insistindo em ações estritamente individuais, talvez na perspectiva da mais fácil vitória ou obtenção de liminar, mas sem resolver o problema social; ao revés, contribuindo, de certo modo, para agravá-lo.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ *A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil*: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.182, nota 298.

⁴⁵¹ “[...] soluções simples, como a distribuição de remédios de forma desordenada, irracional e individualista não irá contribuir para a real implementação dos direitos sociais no país” (SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599, espec. p. 598). No mesmo sentido: “A judicialização exacerbada é consequência de um sistema público de saúde insuficiente, mas, paradoxalmente, tem contribuído para o aumento dessa deficiência, ao alimentar uma crescente desigualdade entre demandantes judiciais e não demandantes” (PERLINGEIRO, Ricardo. Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil. *Scientia Iuridica*, Braga, t. LXII, v. 62, n. 333, p. 519-539, set./dez. 2013. espec. p. 539).

7.2 A jurisprudência

A nossa atenção maior, evidentemente, será concentrada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, já que a Constituição é a sede primeira das normas relativas aos direitos fundamentais sociais. Não obstante, examinaremos os arestos mais relevantes do Superior Tribunal de Justiça, que abrangem julgamento de casos repetitivos.

7.2.1. Superior Tribunal de Justiça

A) Voltando aos medicamentos, o Acórdão mais importante do Tribunal da Cidadania, pelo menos até agora, que informou a “existência de 8.841 processos suspensos nos Tribunais locais e regionais, aguardando o [...] julgamento”,⁴⁵² foi objeto do Recurso Especial Repetitivo nº 1.657.156/RJ (Tema 106), ainda não transitado em julgado, que assentou:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a **presença cumulativa dos seguintes requisitos:**

⁴⁵² Veja-se bem: *8.841 processos*, aguardando o julgamento apenas desse recurso especial repetitivo.

(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.⁴⁵³

O precedente, diga-se com o devido respeito aos eminentes e cultos ministros da Corte Superior, merece algumas críticas, a começar pela que nos parece fundamental: o Superior Tribunal de Justiça instituiu amplíssima meta para políticas públicas, de gastos *ilimitados*, em si mesma irrealizável integralmente, e sem considerar algumas questões constitucionais relevantes invocadas pelo recorrente, Estado do Rio de Janeiro, relativas ao cenário real de limitação de recursos, à necessária eleição de prioridades e realização de escolhas (artigos 5º, 194, parágrafo único, III, e 196 da CF).

O exame do tema não é vedado ao Superior Tribunal de Justiça. Pelo contrário: como assentou o Supremo Tribunal Federal, com tranquilidade: “Todo e qualquer órgão investido do ofício judicante tem competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade. Por isso, cumpre ao Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira de conhecimento do especial, apreciar a causa e, surgindo articulação de inconstitucionalidade de ato normativo envolvido na espécie, exercer, provocado ou não, o controle difuso de constitucionalidade”.⁴⁵⁴ Ora, se o STJ pode e deve exercer o controle difuso de constitucionalidade, *a fortiori* deve analisar as questões constitucionais postas pela parte em relação à interpretação da legislação infraconstitucional, no caso, a Lei nº 8.080/90. Tanto é que o aresto mencionou os arts. 196 e 198, II, em sua fundamentação.

No mais, em razão da interposição de embargos de declaração e de correção *ex officio* de inexatidão material do Acórdão (art. 494, I, do CPC), o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu:

TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade

⁴⁵³ STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, unân., DJe 04.05.2018 – grifado no original.

⁴⁵⁴ STF, 1ª Turma, AI 666.523 AgR/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 02.12.2010. No mesmo sentido, do Tribunal Pleno, Rcl 8163 AgR/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25.11.2011. Para o estudo pormenorizado da questão, *vide* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recurso Especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário interposto sob condição. In: *Direito aplicado II*: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 249-272, espec. p. 255 *et seq.*

do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.⁴⁵⁵

As alterações foram, portanto, no item iii da tese e no “termo inicial da modulação dos efeitos”, embora tenham sido feitos importantes esclarecimentos em outros pontos do julgado. No que concerne aos temas decididos, como se vê dos votos dos ilustres ministros relator, Benedito Gonçalves, e Assusete Magalhães, a “incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito” não se restringe aos necessitados que busquem medicamentos básicos; pelo contrário: conquanto o voto do insigne relator mencione, ao fundamentar o segundo requisito, a “hipossuficiência daquele que requer o medicamento, ou seja, que a sua aquisição implique o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar”, em seguida complementa: “Não se exige, pois, comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito”,⁴⁵⁶ entendimento expressamente corroborado pelo voto da douta Ministra Assusete Magalhães.⁴⁵⁷

Pois bem, nessa dimensão, o Poder Público estaria obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento, dès que o paciente não possa adquiri-lo sem comprometer sua subsistência e/ou de seu grupo familiar, incluindo, assim, sem qualquer consideração específica ou preocupação com receita e despesa, medicamentos de altíssimo custo, quiçá os medicamentos mais caros do mundo... mesmo que a mortalidade infantil tenha voltado a crescer, mesmo que haja mortes por desnutrição, e mesmo que praticamente metade dos brasileiros não tenha saneamento básico.

Mas nenhum país é capaz, por mais desenvolvido que seja, de assegurar à população tratamento com todos os medicamentos existentes. Custos sempre são considerados, e nações desenvolvidas perseguem redução de preços e impõem condições e limites a tratamentos.

⁴⁵⁵ STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, EDcl no REsp 1.657.156/RJ, DJe 21/09/2018.

⁴⁵⁶ Páginas 21-22 do voto.

⁴⁵⁷ “Quanto a tal questão, concordo com o Relator, no sentido de que não há exigência de prova de miserabilidade ou pobreza, mas de demonstração de incapacidade financeira do paciente para aquisição do medicamento, sem comprometimento de sua subsistência ou de sua família” (página 40 do voto-vista).

Veja-se, v. g., em breve menção, o medicamento *Soliris* no Canadá, ao custo médio, por paciente, de \$ 750,000 anuais, onde províncias lutam para reduzir o preço do medicamento,⁴⁵⁸ e limitam o fornecimento, como em British Columbia e Ottawa, *case-by-case basis*,⁴⁵⁹ mediante exame de um comitê de médicos especialistas.⁴⁶⁰

A dimensão irrestrita, não passou despercebida ao STJ, tanto que o relator, ao justificar a admissibilidade do repetitivo, apesar da repercussão geral já reconhecida pelo STF, nos RE 566.471/RN⁴⁶¹ e RE 657.718/MG⁴⁶², asseverou que o tema afetado “é mais abrangente”, pois “[d]iscute-se a possibilidade de impor aos entes federados o fornecimento de medicamento não incorporado ao Sistema Único de Saúde –

⁴⁵⁸ *Stat News*, 18.02.2016, *Canadian provinces close the door on Alexion over price of rare disease drug*: “A simmering battle in Canada over the cost of a rare disease drug took a new twist as a government entity ended talks with the manufacturer because it failed to agree on evidence for justifying the price. The pan-Canadian Pharmaceutical Alliance, which negotiates drug prices on behalf of provinces and territories, was holding coverage talks with Alexion Pharmaceuticals over its *Soliris* treatment for six months before reaching a dead end. [...] ‘Patients and physicians want to try anything that may work to help them cope with their disease. We understand that and we can empathize with patients,’ said Suzanne McGurn, the alliance’s executive director, in a statement. ‘However, public drug plans cannot provide coverage for all individuals who may wish to try *Soliris* or any drug – regardless of its cost – where the clinical evidence does not demonstrate improved health outcomes.’ ‘... In the face of rising drug costs, provinces and territories have a responsibility to review drug funding requests and to consider clinical effectiveness, safety, cost effectiveness and affordability, and the impact on other health services,’ she continued. ‘This diligence is necessary to continue to provide adequate care while sustaining a publicly funded drug system for generations to come.’ [...]’]. Disponível em: <<https://www.statnews.com/pharmalot/2016/02/18/canada-rare-disease-drug-price-alexion-soliris/>>. Acesso em: 26 jul. 2018. Tradução nossa: “Uma batalha fervilhante no Canadá sobre o custo de uma droga para doença rara deu uma reviravolta quando uma entidade governamental acabou com as negociações com o fabricante, porque não conseguiu chegar a um acordo sobre as evidências para justificar o preço. A Aliança Farmacêutica Pan-Canadense, que negocia preços de medicamentos em nome de províncias e territórios, manteve conversações de cobertura com a Alexion Pharmaceuticals sobre o *Soliris* por seis meses antes de encerrar as negociações. [...] ‘Pacientes e médicos querem tentar qualquer coisa que funcione para ajudá-los a lidar com a doença. Entendemos isso e podemos ter empatia com os pacientes’, disse Suzanne McGurn, diretora executiva da Aliança, em um comunicado. ‘No entanto, os planos públicos de medicamentos não podem fornecer cobertura para todos os indivíduos que desejem experimentar o *Soliris* ou qualquer outro medicamento – apesar de seu custo – quando a evidência clínica não demonstre melhores resultados de saúde’. ‘... Em face dos custos cada vez maiores dos medicamentos, as províncias e territórios têm a responsabilidade de revisar as solicitações de financiamento de medicamentos e considerar a eficácia clínica, a segurança, a relação custo/benefício e o impacto em outros serviços de saúde’, continuou ela. ‘Essa diligência é necessária para continuar a fornecer cuidados adequados enquanto mantêm um sistema de medicamentos financiado por fundos públicos para as gerações vindouras.’”

⁴⁵⁹ Vide matéria do *Global News*, de 20.11.2017, relativa à British Columbia (Disponível em: <<https://globalnews.ca/news/3871461/b-c-government-approves-coverage-of-expensive-drug-soliris-on-case-by-case-basis/>>) e matéria da CBC, de 11.06.2017, referente a Ottawa (Disponível em: <<https://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/marie-eve-chaine-kidney-high-jumper-soliris-1.4155848>>). Acessos em: 26 jul. 2018.

⁴⁶⁰ *Global News*, 22.11.2017. Disponível em: <<https://globalnews.ca/news/3873332/coverage-approved-for-expensive-drug-soliris/>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁴⁶¹ Tema 6: “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.” Repercussão geral reconhecida em 03/12/2007, julgamento iniciado em 15/09/2016, mas ainda não concluído.

⁴⁶² Tema 500: “Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.” Repercussão geral reconhecida em 18/11/2011, julgamento iniciado em 15/09/2016, mas ainda não concluído.

SUS, por meio de seus atos normativos, ou seja, pode estar ou não aprovado pela ANVISA, *pode ser de alto custo ou não*.⁴⁶³ Ao rejeitar os embargos de declaração do Estado do Rio de Janeiro, por representar mero inconformismo, o eminente relator menciona que a CONITEC, responsável pela elaboração de relatório sobre a inclusão de medicamentos no SUS, não se limita a análise das evidências científicas quanto à eficácia do medicamento, “mas também leva em consideração a *avaliação econômica do custo-benefício* da incorporação, nos termos do art. 18 do Decreto n. 7.646/2011”.

Mas – repita-se –, invocando agora afirmação do Ministro Luís Roberto Barroso: “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública”.⁴⁶⁴

Na perspectiva processual, a primeira observação a ser feita é que o único recurso especial julgado, por si só, não se mostrava inteiramente representativo da controvérsia, em cotejo com a amplitude da tese consagrada (art. 1.037, inciso III, do CPC; art. 543-C do CPC/73). Além disso, pela intrínseca necessidade de produção de provas em cada caso concreto, o precedente não é capaz de amenizar a enorme reprodução de processos que busquem medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, exceto com relação àqueles não registrados na ANVISA.

Com efeito, a enfatizada “comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS”, mencionada no primeiro requisito, *não pode* ser interpretada como *prova plena*, ou uma “prova jurisprudencial”, *ad instar* de uma *prova legal*. Tal interpretação seria incompatível com o nosso sistema processual constitucional (arg. ex arts. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da CF e arts. 369, 370 e 371 do CPC). A questão, todavia, foi plena e corretamente esclarecida pelo douto Ministro Relator, ao apreciar os embargos de declaração do Estado do Rio de Janeiro, como se vê dos itens 2 e 3 da ementa:

2. Não cabe ao STJ definir os elementos constantes do laudo médico a ser apresentado pela parte autora. Incumbe ao julgador nas instâncias ordinárias, no caso concreto,

⁴⁶³ Página 9 do voto – grifo nosso.

⁴⁶⁴ Excerto do voto proferido no julgamento do RE 566.471/RN, Tema 6: “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.” Repercussão geral reconhecida em 03/12/2007, julgamento iniciado em 15/09/2016, mas ainda não concluído.

verificar se as informações constantes do laudo médico são suficientes à formação de seu convencimento.

3. Da mesma forma, cabe ao julgador avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento.

Assim, se o ente público refutar o conteúdo do laudo médico, requerendo produção de provas (ou, ainda com maior razão, apresentando desde logo alguma contraprova), deverá o juiz assegurar o amplo contraditório, com a produção de provas pertinentes e relevantes, inclusive para poder, verdadeiramente, indicar na sentença “as razões da formação de seu convencimento” (art. 371 do CPC).

O argumento mostra-se ainda mais importante (embora seja pleno, por si só!) quando se tem em conta que o precedente – superada que foi a tese originária do douto relator, em razão dos debates havidos no julgamento, rompendo com a própria ideia de um sistema único e contrariando decisões do STF⁴⁶⁵ – admite que o laudo seja expedido pelo médico, público *ou privado*, que assiste ao paciente, “porquanto é o profissional que melhor tem condições de aquilatar quanto às necessidades de seu tratamento”. Ora, a doutrina especializada cuida de destacar a conduta própria dos médicos de sistemas públicos de saúde, ligados que estão às dimensões dos planos públicos (que não visam ao lucro) e jungidos, em princípio, aos medicamentos e tratamentos fornecidos pelo ente governamental. Médicos particulares, ao revés, têm como missão sugerir ao paciente todo e qualquer medicamento/tratamento, por mais cara e difícil que seja a aquisição, em outros países ou até mesmo experimental, a ser custeado em âmbito privado, por ele ou por segurador, e independentemente da situação dos demais cidadãos sujeitos ao plano público.⁴⁶⁶

Veja-se a consideração de Aaron e Schwartz:

[...] pode a liberdade médica sobreviver em um ambiente de limite orçamentário? Os médicos defendem zelosamente a liberdade médica, o direito de prescrever o que pensam seja o melhor para cada caso. Essa liberdade inclui o direito de cada médico prescrever remédios, de cada especialista aceitar ou rejeitar pacientes, prescrever exames, realizar ou prescrever procedimentos cirúrgicos que pensa possam ser benéficos. Como pode uma liberdade como essa ser preservada quando o número de leitos e de salas de cirurgia é restrito, a capacidade de realizar exames é limitada

⁴⁶⁵ Veja-se, p. ex., “Necessidade de prescrição por médico do SUS” (Tribunal Pleno, STA 334 AgR/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, unân., DJe 13.08.2010).

⁴⁶⁶ É óbvio que o *ideal* seria inexistir diferenças entre as chamadas “saúde pública” e “saúde privada”, mas isto não condiz com a realidade, pelo menos atual.

pelo acúmulo de serviço, resultado da diminuição nas compras de equipamentos, e o orçamento para remédios tem que competir com outras grandes prioridades em gastos hospitalares?⁴⁶⁷

Com relação à “incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito”, da mesma forma, a sua comprovação suscita sérias questões, que podem ser levantadas nos demais processos. É certo que aqui não basta a simples afirmação de insuficiência de recursos (art. 99, § 3º, do CPC), pois de gratuidade de justiça não se trata. A incapacidade financeira, por conseguinte, deve ser provada pela parte. O precedente refere-se, no entanto, ao “comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar”, permitindo concluir que pode ser invocada, em tese, por derivação do princípio da subsidiariedade,⁴⁶⁸ a “primazia da autorresponsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família,⁴⁶⁹ sendo possível “ponderar [...] não apenas a essencialidade da prestação, mas a capacidade de obtê-la diretamente ou daqueles que compõem sua família”,⁴⁷⁰ devendo assim ser provado que não apenas o autor, mas seu grupo familiar, não dispõem de condições para financiar o(s) medicamento(s).

Cabe lembrar que não existe serviço público (atividade ou prestação estatal) “gratuito”, porquanto a conta é sempre paga por toda a população, e num país como o nosso, em que é enorme a carga tributária, com maior concentração em tributos indiretos⁴⁷¹ (inclusive incidentes sobre alimentação e remédios), a situação se agrava, pela significativa e proporcional oneração dos mais pobres.⁴⁷²

Por fim, a imprescindibilidade da “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”, estabelecida no terceiro requisito, em princípio, merece louvor, em cumprimento ao art. 10 da Lei nº 6.360/76

⁴⁶⁷ AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Bookings Institution, 1984. p. 10, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76.

⁴⁶⁸ “O princípio da subsidiariedade sinaliza no sentido de que a ação do Estado deve ser complementar e auxiliar da do indivíduo e da sociedade [...]” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. p. 189-190

⁴⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 379.

⁴⁷⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 138.

⁴⁷¹ Cf. Carga tributária sobe e atinge 33,6% do PIB. *Valor Econômico*, 12/03/2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5377687/carga-tributaria-sobe-e-atinge-336-do-pib>>. Acesso em: 28.07.2018.

⁴⁷² “Fruir sem pagar, sem sequer ter consciência do custo, estimula a irresponsabilidade no exercício dos direitos e o egoísmo. [...] é possível afirmar que toda a sociedade paga para um indivíduo ‘gratuitamente’ fruir um ‘direito’.” (GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 326 – grifado no original)

e à vedação do art. 19-T, inciso II, da Lei nº 8.080/90, e na medida em que “[o] registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto”.⁴⁷³ Mas não se pode descartar o exame de situações excepcionais – não tratadas no precedente –, como, *e. g.*, na hipótese de medicamento cujo requerimento de registro não foi analisado em tempo exagerado e que já esteja inscrito em instituições de prol, como *Food and Drug Administration (FDA)* ou *European Medicines Agency (EMA)*.

B) Em outro Recurso Especial Repetitivo (nº 1.069.810/RS, Tema 84), apreciou o STJ a questão referente “ao fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde, sob pena de bloqueio ou sequestro de verbas do Estado a serem depositadas em conta-corrente”, para assentar:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.⁴⁷⁴

Essa orientação, que também foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal,⁴⁷⁵ e teve repercussão geral reconhecida em 26.08.2010,⁴⁷⁶ mereceu forte crítica de respeitada autoridade:

A exacerbação da judicialização das políticas públicas [...] tem levado o Judiciário a conceder o sequestro de recursos públicos.

[...]

Quer dizer: a partir de hipótese especialíssima prevista na CF (art. 100, § 2 [hoje 6º]: preterimento do direito de precedência no julgamento de precatório [ou

⁴⁷³ Excerto do voto do Min. Marco Aurélio ADI 5501 MC/DF. STF, Tribunal Pleno, julg. 19.05.2016.

⁴⁷⁴ STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, unân., DJe 06/11/2013.

⁴⁷⁵ Cf. 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, ARE 949341 AgR/SP, DJe 01.07.2016; 2ª Turma, AI 597182/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06.11.2006, p. 01384; 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, AI 553712 AgR/RS, DJe 04.06.2009.

⁴⁷⁶ Tema 289: Bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos.

de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito]), o Judiciário passa a fazer uso do sequestro de recursos do Estado em casos não previstos na Constituição, na lei ordinária nem no direito comparado, desarticulando perigosamente as finanças públicas...⁴⁷⁷

A advertência, precisa do ponto de vista técnico, que, à primeira vista, parece referir severa reação do Judiciário ao Executivo usualmente recalcitrante, em verdade espelha grave, e múltipla, distorção. Como vimos acima,⁴⁷⁸ são milhares (quase quatrocentas mil, em 2014) de ações só na área da saúde, originando, cotidianamente, várias decisões, não raro liminares, *inaudita altera parte*, e determinando aquisição de medicamentos (inclusive órfãos), em prazos às vezes mínimos ou insuficientes, sem levar em consideração as ínsitas complexidades de empenho de despesa pública.⁴⁷⁹

Luis Roberto Barroso, em sua exposição na Audiência Pública sobre Direito à Saúde, já faz alguns anos, afirmou: “A pior coisa que existe para o sistema é a sua desarrumação; a pior coisa que existe para o sistema é que as pessoas não queiram ser, por exemplo, secretários de saúde por medo de estarem sujeitos à prisão arbitrária ou sujeitos à ação de improbidade,” para, logo após, mencionar a “judicialização no Brasil”.⁴⁸⁰ A menção da improbidade, decerto, decorre dos deveres legais dos administradores em relação à despesa pública. Portanto, prossegue o estimado professor (hoje Ministro do STF), “eu acho que é preciso olhar para o sistema de modo a procurar equilibrar as demandas legítimas e as circunstâncias dos gestores públicos de uma maneira geral”.

Das ordens de prisão, portanto, passou o Judiciário – de par com as *astreintes* – ao sequestro e bloqueio de recursos públicos, caminho mais fácil, sem *habeas corpus*, com alguma frequência, desarticulando perigosamente as finanças públicas...

A distorção, todavia, não é representada apenas por eventuais arroubos do Poder Judiciário, mas também, várias vezes, pela própria atuação de administradores públicos, em certa disfunção institucional, descuidando do cumprimento das decisões judiciais.

Assim, diga-se com lamento, o certo é que a intensa generalização de ações judiciais, em inumeráveis processos, acaba por obstruir o necessário diálogo institucional e a imperiosa cooperação entre os sujeitos processuais, o que se

⁴⁷⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: o orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. p. 353 e 354.

⁴⁷⁸ Item 7.1.

⁴⁷⁹ Ao ponto voltaremos, oportunamente.

⁴⁸⁰ Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=hrL7hiSu9fY>>, bem como em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 28/07/2018.

mostra absolutamente valioso em ações concernentes a políticas públicas, como veremos em breve.

C) Na mesma linha, assentou o Superior Tribunal de Justiça, a “[p]ossibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.” (Tema 98, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, REsp 1.474.665/RS, DJe: 22/06/2017), seguindo orientação corrente já criticada por nós, em geral.⁴⁸¹

7.2.2. Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte, embora tenha reconhecido, há muitos anos, repercussão geral em relação ao (Tema 6) “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”,⁴⁸² ao (Tema 500) “Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”,⁴⁸³ e ao (Tema 698) “Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção”,⁴⁸⁴ ainda não concluiu os relevantíssimos julgamentos.

Todavia, foi julgado o RE 855.178 RG/SE, Tema 793, sendo estabelecida a seguinte tese: “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente”.⁴⁸⁵

A douta decisão, forte no art. 23, II, da CF, certamente facilita a veiculação de ações relativas a prestações de saúde, ao permitir a ampla escolha do(s) réu(s), em virtude da afirmada solidariedade entre os entes federados, mas uma das críticas feitas à Constituição, no que se refere à governabilidade, é precisamente que ela “estabelece que os três níveis têm responsabilidade ou jurisdição comuns, em áreas como saúde, educação e habitação”, todavia, enquanto “é bastante clara com respeito às transferências intergovernamentais, é pouco clara ou ambígua na definição das regras que delimitam as atribuições específicas de cada uma das esferas de governo”.⁴⁸⁶

⁴⁸¹ Vide item 6.3, *supra*.

⁴⁸² RE 566.471 RG/RN. Repercussão geral reconhecida em 03/12/2007, julgamento iniciado em 15/09/2016, mas ainda não concluído.

⁴⁸³ RE 657.718 RG/MG. Repercussão geral reconhecida em 18/11/2011, julgamento iniciado em 15/09/2016, mas ainda não concluído.

⁴⁸⁴ RE 684.612 RG/RJ. Repercussão geral reconhecida em 07.02.2014, julgamento ainda não iniciado.

⁴⁸⁵ Plenário virtual, Rel. Min. Luiz Fux, unân., DJe 16.03.2015.

⁴⁸⁶ KINZO, Maria D’Alva Gil. Governabilidade, estrutura institucional e processo decisório no Brasil. Dis-

Dessa forma, tendo em vista que, para exercer as atribuições constitucionais, os entes federados estabeleceram suas atribuições específicas em muitas áreas, deixando claros os encargos, vários julgados passaram a definir assim a legitimação, ou, como recomendava o enunciado nº 8 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, a observar, nas condenações, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores,⁴⁸⁷ o que evita graves males, como, por exemplo, a duplicidade de ações e, às vezes, de condenações ao fornecimento de um mesmo medicamento por entes diversos etc.⁴⁸⁸

Hoje, não obstante a tese firmada, prevê o enunciado nº 60 da II Jornada de Direito da Saúde: “Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.”

No mais, muitos acórdãos vêm sendo proferidos sobre direitos sociais, como veremos, ainda que sumariamente, por assunto, a seguir, deixando “prestações de saúde” para o final do item. Antes, porém, merece alguns comentários a ADPF 45/DF, diversas vezes citada nos arestos da Suprema Corte e comumente invocada em estudos doutrinários, dando a impressão de que se trata de *leading case*.⁴⁸⁹

A decisão monocrática do douto Min. Celso de Mello, entretanto, limitou-se a julgar *prejudicada* a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da *perda superveniente de seu objeto*. Ou seja, nada decidiu quanto ao mérito, porque nada mais havia a decidir.⁴⁹⁰ Não obstante, o eminente ministro expôs opiniões sobre “a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, [...]

ponível em: <<http://ppbr.com/Id/govpoart.asp>>. Acesso em: 12 set. 2018. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. A governabilidade num Estado democrático de direito. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 1-29, espec. p. 21.

⁴⁸⁷ Enunciado nº 8: “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.”

⁴⁸⁸ Vale ressaltar que os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio ficaram vencidos, mas os respectivos votos, se foram lançados, não estão disponíveis nem no Núcleo de Precedentes do STF, o que impede que se tenha conhecimento de suas razões.

⁴⁸⁹ Na verdade, a ADPF 45 chegou a ser citada como *leading case* em Relatório Geral apresentado, pela diletta professora Ada Pellegrini Grinover, na Conferência de Seoul 2014, Constituição e processo – O Judiciário como órgão de controle político (*Revista de Processo*, São Paulo, n. 249, p. 19-29, nov. 2015. espe. p. 23).

⁴⁹⁰ CARDOSO, Henrique Ribeiro chega a afirmar equivocadamente: “Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal pacífico, com efeito vinculante, a possibilidade de judicialização relativa ao direito fundamental à saúde com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, ainda no decorrer do ano de 2004.” (*O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto de cego do direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 132).

venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”, e recebeu severa crítica pelo teor da manifestação “de cunho doutrinário”.⁴⁹¹

O texto erudito, conquanto realmente às vezes não muito claro, inclusive porque baldo de um tema a decidir e, portanto, generalizado, traz concepções importantes que, a nosso ver, deveriam ser seguidas pela jurisprudência, mas parecem relegadas. Em primeiro lugar, é possível perceber uma opção, ao menos preferencial, pela proteção do “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”, como se observa até mesmo da transcrição de trecho do livro de Ana Paula de Barcellos, ainda que ladeada a menções aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Além disso, são veementes os comentários feitos (i) ao Poder Público fraudar “*justas expectativas* nele depositadas pela coletividade, substituir, *de maneira ilegítima*, o cumprimento de seu *impostergável* dever, por um gesto *irresponsável* de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”; ou (ii) aos “Poderes de Estado agirem de modo *irrazoável* ou procederem com *a clara intenção* de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma *injustificável* inércia estatal ou de um *abusivo* comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo [...]”.

Ora, a adjetivação, com referência a elemento volitivo, só se justificaria para deixar claro que não é a simples omissão dos Poderes Públicos que legitima a *excepcional* intervenção do Poder Judiciário, mas apenas a omissão injustificável, irrazoável, frustrando *justas expectativas*.

Por fim, são preciosas as menções a que os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam pela gradualidade de seu processo de concretização, bem como à “possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, *a todos*, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

Voltando aos muitos acórdãos que vêm sendo proferidos sobre direitos sociais, começamos pelo relativo ao benefício de prestação continuada (BPC), por sua relevância:

⁴⁹¹ “[...] decisão maximalista, de cunho doutrinário (sem eficácia jurisdicional), [...] proclamando a ‘intangibilidade do núcleo consubstanciador do *mínimo existencial*’, mas confundindo *os direitos fundamentais com os sociais e econômicos*, emburilhando a *reserva do possível* com a disponibilidade financeira do Estado [...]” (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 72-73).

A) Assistência social

Conquanto não sejam objeto do presente estudo benefícios da assistência social, merece alusão o RE 567.985/MT, no qual, em 18.04.2013, foi declarada “a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993”, com a seguinte ementa:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.⁴⁹²

Apesar da declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, à falta de outro critério, o INSS continua utilizando o parâmetro de “1/4 (um quarto) do salário-mínimo”.

⁴⁹² Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, p. m., DJe 03.10.2013.

Cabe destacar que o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto vencido, mencionou “a afronta ao princípio da fonte de custeio, que está abrigado no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal”, e asseverou: “Se nós aumentarmos ou deixarmos ao magistrado local criar, ao seu talante, um benefício previdenciário sem observar o que dispõe o artigo 195, § 5º, da Constituição, sem indicar recursos, o Brasil irá à falência, irá à bancarrota rapidamente”.

O Ministro Marco Aurélio ainda ressaltou:

Não temos, diante das discussões, como deixar de prover esse recurso do Instituto. Por quê? Repito: está na decisão da Turma Recursal que o cônjuge varão já recebe da Previdência Social um salário mínimo a título de proventos decorrentes da aposentadoria. Mas, mesmo assim, esse núcleo de duas pessoas terá direito a mais um salário mínimo, considerada a assistência prevista no inciso V do artigo 203. É uma demasia. Por isso e por outras situações, é que o sistema vai por água abaixo.

Essa decisão foi analisada e criticada por artigo que recebeu o 1º lugar no Concurso de Artigos Jurídicos sobre Direito à Assistência Social, o qual, após salientar a incerteza e imprevisibilidade deixada pela “possibilidade de concessão do benefício a pessoas com renda familiar *per capita* acima do critério estabelecido na LOAS”, e porque “a palavra final sobre a condição de miserabilidade de cada demandante acima desse patamar de renda tornou-se responsabilidade e critério dos juízes caso a caso”, observa:

Um dos riscos da adjudicação de direitos sociais, contudo, é transformar questões policêntricas como essa em uma disputa bilateral entre o litigante e o governo. Quando isso ocorre, a política social e todas as difíceis escolhas que estão necessariamente por trás dela perdem seu espaço central na lide judicial, que passa a focar-se quase exclusivamente na necessidade dos litigantes. Essa foi fundamentalmente a forma como a maioria do STF analisou a constitucionalidade do critério de 1/4 de salário mínimo *per capita* para recebimento do BPC no RE 567.985.

Em suma, a escolha política de limitar a ampliação de um benefício de assistência social não significa necessariamente uma violação a um direito causada por indiferença ou omissão estatal. Essa limitação pode ser, como no caso do BPC e da assistência social, uma opção governamental que define prioridades e focalização. Por esse raciocínio, uma decisão judicial que respeita o critério adotado pela política pública nessas circunstâncias não significa que o Judiciário abdica de sua função na defesa de direitos, mas demonstra o entendimento de que o direito à assistência social não é apenas daqueles que conseguem chegar aos tribunais, mas de toda a população que precisa ser assistida por essa política.⁴⁹³

⁴⁹³ WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de. Adjudicação de direitos e escolhas políticas na assistência social: o STF e o critério de renda do BPC. Disponível em: <https://www.academia.edu/35825264/Adjudica%C3%A7%C3%A3o_de_direitos_e_escolhas_pol%C3%ADticas_na_assist%C3%A2ncia_social>. Acesso em 12 nov. 2018. A leitura do artigo é veementemente recomendada, para a compreensão de impactos financeiros e, acima de tudo, “como a decisão da maioria dos ministros no RE 567.985 representa de fato uma escolha política com altos custos de oportunidade.”

B) Educação

B.1) Encontram-se vários arestos relativos à realização de reformas ou execução de obras em escolas públicas,⁴⁹⁴ fortes na consideração geral de que: “A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes”;⁴⁹⁵ ou no fundamento específico de que: “O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar ao Estado a obrigação de fazer reparação em escolas, quando estas se encontrarem em condições precárias, por se relacionarem a direitos ou garantias fundamentais, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes”.⁴⁹⁶

No que concerne a questões orçamentárias, ressalta a Corte: “Quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtrar à observância de seus encargos constitucionais”;⁴⁹⁷ demonstrando que não bastam alegações genéricas do ente público no que tange à limitação de recursos.

Noutro acórdão, embora a situação fosse mais delicada, porquanto a ação civil pública, proposta pelo Ministério Público em face do Estado de Goiás, buscava a *construção de salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento da população* e em cumprimento das normas que regulam o serviço público de ensino, de modo que este seja prestado com qualidade, restringiu-se a ementa a afirmar:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Melhoria da qualidade do ensino público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

2. Agravo regimental não provido.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ P. ex., 1ª Turma: ARE 1.071.070 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux; ARE 1.041.301 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber; ARE 942.573 AgR/PB, Rel. Min. Edson Fachin. 2ª Turma: ARE 928.654 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE 958.246/PB, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 908.680 AgR/PB, Rel. Min. Dias Toffoli.

⁴⁹⁵ 2ª Turma, ARE 928.654 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

⁴⁹⁶ 1ª Turma, ARE 942.573 AgR/PB, Rel. Min. Edson Fachin.

⁴⁹⁷ 2ª Turma, ARE 928.654 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Neste caso, inclusive, o Acórdão recorrido, do TJDF, ressaltou a existência de previsão na lei orçamentária de verba para a finalidade e a inércia do DF.

⁴⁹⁸ 1ª Turma, ARE. 635.679 AgR/GO, unân, julg. 06.12.2011.

Na leitura do julgado, além da menção de que “[i]nsiste o agravante que teria sido violado o art. 2º da Constituição Federal”, e do argumento comum e repetido, em essência, em quase todos os arestos examinados,

pacificou-se nesta Corte o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da educação, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro,

nada se encontra com relação à situação concreta examinada, i. e., ao caso concreto.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 877.607/MG, em ampla ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual em face do Estado de Minas Gerais, objetivando a condenação do ente público à obrigação de fazer, consistente em reformas nas escolas públicas, possibilitando o acesso e integração dos deficientes físicos ao ambiente escolar, decidiu a Corte:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS EM AMBIENTE ESCOLAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento.⁴⁹⁹

A leitura do V. Acórdão demonstra que, apesar da extensão e seriedade do *thema decidendum*, no âmbito da realização de obras em escolas do enorme Estado de Minas Gerais: “A parte agravante reafirma as teses defendidas no recurso extraordinário, argumentando que ‘os artigos 244, caput, e o § 2º, do artigo 277 [rectius: 227], da Constituição Federal restaram diretamente violados pelo acórdão recorrido, data vênia, em razão de este haver obrigado o Estado de Minas Gerais a implementar a acessibilidade a prédio escolar sem que exista lei determinando prazo para tais implementações:” Ou seja, a tormentosa matéria foi reduzida, pelo próprio Estado-recorrente, a uma única e restrita questão...

B.2) Em outro feito, foi inadmitido recurso extraordinário em ação civil pública, proposta pelo Ministério Público em face do Estado do Rio Grande do Sul, visando a garantir o acompanhamento, por monitor, dos alunos da rede pública

⁴⁹⁹ 1ª Turma, RE 877.607 AgR/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, unân., sessão virtual, 10 a 16 fev. 2017.

portadores de necessidades especiais.⁵⁰⁰ Da leitura do voto do douto Relator percebe-se que o Estado arguiu que, embora o voto condutor do acórdão recorrido tenha fundamentado suas conclusões no disposto nos artigos 205, 208, inciso III, e 227 da CF, *a pretensão veiculada na ação civil pública, ao fim e ao cabo, é de que o Poder Judiciário invada seara destinada às políticas públicas, elegendo prioridades em substituição ao Poder Executivo, sem estudos prévios, decidindo, ademais, sobre a realização de despesas públicas, de valor elevadíssimo, sem qualquer previsão orçamentária, quando, em verdade, estudos e programas educacionais/pedagógicos já vêm sendo empreendidos para a criação de toda uma rede de proteção aos portadores de necessidades especiais*, mas o recurso não era admissível.

Ainda em relação ao direito à educação dos portadores de necessidades especiais, na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Distrito Federal, pleiteando a condenação do ente à disponibilização, na rede pública de educação, de professores especializados em Libras, o STF negou provimento ao recurso extraordinário:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵⁰¹

Ao que se depreende do relatório, o Distrito Federal se limitou a alegar que a decisão agravada violava “a separação dos poderes, uma vez que ‘as escolhas políticas sobre alocação de recursos públicos e definição de políticas públicas prioritárias devem ser realizadas pelos representantes eleitos pelo povo’”.

B.3) Com relação ao “transporte escolar”, colhe-se: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o Poder Judiciário determinar, excepcionalmente, em casos de omissão estatal, a implementação de políticas públicas que visem à concretização do direito à educação, assegurado expressamente pela Constituição. Precedentes específicos referentes a transporte escolar”.⁵⁰² Bem como:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE ESCOLAR DE ALUNOS MATRICULADOS NOS ENSINOS FUNDAMENTAL E MÉDIO DA REDE PÚBLICA ESTADUAL. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.⁵⁰³

⁵⁰⁰ 1ª Turma, ARE. 843.423 AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux, unân., julg. 10.05.2016.

⁵⁰¹ 2ª Turma, ARE. 860.979 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, unân., 14.04.2015.

⁵⁰² 2ª Turma, ARE 990.934 AgR/PB, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

⁵⁰³ 1ª Turma, ARE 896.076 AgR/SC, Rel. Min. Luiz Fux.

Neste último julgado, vê-se também a ressalva de que: “[...] quanto à questão orçamentária, conforme anotado na decisão agravada, o recorrente não se desincumbiu, na origem, de comprovar efetivamente a ausência de recursos orçamentários que inviabilizasse o cumprimento da decisão judicial.”

B.4) No que se refere ao atendimento em creche e pré-escola, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Município de São Paulo, pretendendo garantir que as crianças menores de 5 (cinco) anos de idade sejam matriculadas em unidade de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, por acórdão doutrinal, cuja extensão da ementa desaconselha transcrição, o STF, ao negar provimento ao agravo regimental, assegurou a procedência do pedido. Nada obstante o brilho e erudição do aresto, com alusão às teorias doutrinárias mais em voga, sua leitura não permite conhecer, *in concreto*, quais foram os argumentos efetivamente invocados pelo Município de São Paulo para se defender.⁵⁰⁴

Noutro julgamento, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 595.595/SC, em que o Ministério Público pleiteava a disponibilização de vagas em ensino fundamental e educação infantil para as crianças carentes residentes no Município de Criciúma/SC, ainda que o recorrente, como se lê no relatório, tenha alegado violação (também) do “artigo 167, inciso I,” da Constituição da República, “que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”, nada foi mencionado a respeito.⁵⁰⁵

Por fim, invocando o Acórdão da ADPF 45 e enaltecendo que “a educação é um direito fundamental e indispensável dos indivíduos”, a 2ª Turma negou provimento ao agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que dera provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente o pedido que, em ação civil pública ajuizada pelo MP estadual, visava a compelir o Município de São Gonçalo/RJ a suprimir a carência de professores nas unidades de ensino público.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unân. julg. 23.08.2011. Eis a ementa da apelação recorrida: “APELAÇÃO – Reexame Necessário – Ação Civil Pública – Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência – Cabimento – Direito Fundamental, líquido e certo – Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República – Necessidade de harmonia como o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) – Princípio da Isonomia que impõe o respeito ao direito de todas as crianças – Normas constitucionais de eficácia plena – Direito universal a ser assegurado a qualquer criança que dele necessite – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Multa cabível e proporcional – Não provimento do recurso e do reexame necessário.” Louvável a correta dimensão em buscar respeitar o “direito de todas as crianças”.

⁵⁰⁵ 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, unân., julg. 28.04.2009.

⁵⁰⁶ 2ª Turma, ARE nº 594.018/RJ, Rel. Min. Eros Grau, julg. 23.06.2009.

C) Moradia

No que concerne ao “direito à moradia”, observa-se que persiste a tendência da Suprema Corte em enunciar direitos em termos teóricos, sem efetiva análise do caso concreto. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 925.712/RJ, foi desprovido o agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que negara provimento ao agravo da decisão de inadmissão do RE, “nos termos do artigo 932, IV, b, do Código de Processo Civil”. O problema, diga-se com toda a reverência, é que, para o desprovemento do agravo pelo relator, com base no art. 932, IV, b, do CPC, foi mencionado o Tema 220,⁵⁰⁷ relativo à promoção de medidas ou execução de obras emergenciais *em presídios*, sem descrição do caso que ensejou a interposição do RE e sem a indicação de acórdão específico do STF, para concluir na ementa: “É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia”.⁵⁰⁸

Em outro caso, o TJRJ, em acórdão proferido em agravo de instrumento, determinou ao Estado do Rio de Janeiro a tomada de medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística no Bairro Cordoeira, no Município de Nova Friburgo, área classificada como de alto risco de deslizamentos. Interposto e inadmitido recurso extraordinário no TJ, adveio agravo do Estado, que foi desprovido, monocraticamente, pelo Ministro Relator, com base no art. 932, III e IV, b, do CPC, em parte por se tratar de ofensa reflexa à Constituição e, no mais, invocando, outra vez, o supracitado Tema 220. Interposto agravo regimental, a 2ª Turma negou-lhe provimento, repetindo na ementa: “É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais”. Chama a atenção, como se vê do relatório, que o Estado do Rio de Janeiro arguiu em seu recurso:

[...] que a discussão relativa à separação dos poderes, nestes autos, está relacionada não à possibilidade de interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, mas aos seus limites, asseverando-se que “quando não há omissão estatal, mas apenas a possibilidade de diversas alternativas para a satisfação de tais direitos, não podem os magistrados, a tanto instados pelo Parquet, decidir que uma dada alternativa é a que deve ser eleita, em detrimento da opção eleita pelo Executivo”.

Entretanto, mercê de afirmação genérica do acórdão recorrido (“os elementos

⁵⁰⁷ “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

⁵⁰⁸ 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, unân., sessão virtual, 15 a 21 set. 2017.

coligidos no Inquérito Civil demonstram inequivocamente que a desídia e omissão do agravante põem em risco a população da comentada área do Município de Nova Friburgo, especialmente na estação chuvosa do inverno, em que os riscos de desabamento aumentam vertiginosamente.”), o voto considerou que o “Tribunal de origem [...] concluiu haver omissão” e que, “para se proceder a exame do princípio da separação dos poderes nos termos propostos pelo agravante, que suscita discussão a respeito de seus limites em situações nas quais não se encontra configurada omissão do Poder Público, faz-se necessário reexaminar fatos e provas, o que é vedado nesta seara, como evidencia a redação do enunciado sumular 279 do STF”. Destarte, conquanto correta, em tese, a conclusão, é preocupante que, em causas dessa relevância, simples afirmações gerais sobre fatos no acórdão (e não a análise efetiva dos elementos de provas constantes dos autos, a balizar e permitir o conhecimento *de iure* da Corte) impeçam o exame da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁰⁹

Noutra ação civil pública, em que o MP estadual pedia a condenação do Município de Gravataí e do Estado do Rio Grande do Sul a concluir as obras necessárias para a completa infraestrutura do Loteamento Xará, mesmo tendo sido também alegada ofensa às regras constitucionais orçamentárias, o fundamento essencial do julgado foi: “[...] o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à integridade física e à moradia digna dos administrados, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes”, somente.⁵¹⁰

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 909.943/SE, em mais uma ação civil pública proposta pelo MP estadual, foi pedida a condenação do Município de Aracaju e da Empresa Municipal de Obras e Urbanização à obrigação de fazer consistente na realização de serviços de contenção das encostas e retirada das famílias que se encontram em localização de risco iminente à saúde e à integridade física. Conquanto o V. Acórdão do TJSE tenha afirmado que o cumprimento das medidas implica providências de alto custo e que necessitam de profundos estudos técnicos para implantação, bem como que se tratava de construções irregulares e a oneração do erário desrespeitava a ordem do programa municipal de moradia, a decisão do STF valeu-se do habitual: “É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da

⁵⁰⁹ Voltaremos ao ponto, oportunamente.

⁵¹⁰ Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. Implementação de políticas públicas. Direito à moradia e à integridade física. Possibilidade. 4. Inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. 2ª Turma. ARE AgR. nº 1.023.906/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, sessão virtual, 23 a 29 jun. 2017.

separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia”.⁵¹¹

Sempre na linha de que “a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal”, a Suprema Corte negou provimento a Agravo Regimental que visava à reforma da decisão que condenou o Município de Aracaju a contratar imóveis para abrigar famílias que perderam suas casas na comunidade Arrozal, Bairro Jabotiana, e que estavam abrigadas em galpões, como ainda a conceder auxílio-moradia, até o implemento de política pública habitacional para as pessoas,⁵¹² assim como negou provimento a AgR, contra decisão que negara seguimento ao RE, em ação civil pública que visava à condenação do Município do Rio de Janeiro à criação de vagas em abrigos para moradores de rua.⁵¹³

D) Sistema prisional

Como já foi comentado, no RE 592.581 RG/RS, Tema 220, o Supremo Tribunal Federal assentou: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.”⁵¹⁴

⁵¹¹ 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, sessão virtual, 26 maio a 1º jun. 2017.

⁵¹² “Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo. Administrativo. Ação civil pública. Calamidade. Famílias desabrigadas. Comunidade do Arrozal – Aracaju/SE. Direito à moradia. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação ao princípio da separação de poderes. Inocorrência. Reexame do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. Reiterada rejeição dos argumentos expendidos pela parte nas sedes recursais anteriores. Manifesto intuito protelatório. Multa do artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015. Aplicabilidade. Recurso interposto sob a égide do novo Código de Processo Civil. Ausência de condenação em honorários advocatícios no juízo recorrido. Impossibilidade de majoração nesta sede recursal. Artigo 85, § 11, do CPC/2015. Agravo interno desprovido.” (1ª Turma, ARE AgR. 948.601/SE, Rel. Min. Luiz Fux, unân., sessão virtual, 3 a 9 fev. 2017/2017).

⁵¹³ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravo regimental desprovido.” 2ª Turma, ARE 634.643/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, unân., julg. 26.06.2012.

⁵¹⁴ Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, unân., julg. 13.08.2015.

Merece registro, em relação à tese firmada, o longo debate dos Ministros sobre a manutenção ou não do trecho final, no sentido de não ser oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. O Ministro Edson Fachin chegou a sugerir a sua substituição pelos seguintes termos afirmativos: "... sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível somente em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, colocaria um ponto e não me referiria ao afastamento do princípio da reserva dos Poderes."⁵¹⁵ Também a Ministra Rosa Weber, citando o Ministro Luiz Edson Fachin, afirmou "que, pelo menos da ótica da reserva do possível, poderia comportar alguma atenuação."

O próprio relator, Ministro Ricardo Lewandowski, logo após o voto do Min. Fachin, asseverou que não teria nada a opor a àquela formulação, já que seria "mais adequada realmente", e acrescenta: "Eu imaginei que, quando estava no início da formulação da tese, referindo-me apenas a medidas emergenciais, essa minha parte final poderia eventualmente ser tolerada dentro do contexto do voto. Mas eu acredito que a formulação de Vossa Excelência, no que diz respeito à parte final da tese, é perfeitamente compatível com aquilo que eu penso."

O próprio relator, aliás, em seu voto, fez séria análise da "pretensa falta de verbas", citando dados do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ, sobre investimentos em 2013 e 2015, e sobre o decepcionante emprego das verbas em virtude de contingenciamento ou "em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados". Vale dizer: cogitou da existência de verbas.

O Min. Luiz Fux mencionou que, "numa ponderação entre a reserva do possível e *obras emergenciais*, que vão atentar para o centro de gravidade da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana, há de preponderar efetivamente essa proteção à dignidade com realização de *obras emergenciais* que não possam ser obstadas por uma *vã alegação* de reserva do possível"⁵¹⁶.

A Min. Cármen Lúcia, expressamente concordou com o Ministro Relator e com os votos antecedentes "no sentido de que aqui não há que se falar em ausência de recurso, porque foi criado o Fundo Penitenciário exatamente para se fazer face a essa demanda que, há algumas décadas, é acentuada, pontuada, denunciada e, nem por isso, faz-se alguma coisa para prover".

⁵¹⁵ Ressalte-se que depois, sob a rubrica "A impossibilidade de se invocar a Reserva do Possível como argumento retórico e escusa indevida", o Min. Edson Fachin complementou: "A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia."

⁵¹⁶ Grifo nosso.

O Min. Gilmar Mendes, em relação ao princípio da reserva do possível, salientou: “E não se faz nenhum esforço para demonstrar que se envidaram esforços, engendraram-se medidas para atenuar a situação. Não! Simplesmente, usa-se essa expressão como uma fórmula de imunidade. E esse ponto, acho que é extremamente importante”, mencionando o Min. Marco Aurélio “válvula de escape” e “Contingenciamento que pressupõe frustração da receita”.

Antes mesmo de citar o admirável voto do Min. Roberto Barroso, já se pode concluir que o asserto “não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível” deve ser interpretado como não sendo oponíveis alegações vãs, não objetivamente comprovadas, inclusive porque o próprio precedente analisou a “pretensa falta de verbas”.

O precitado voto do Min. Luís Roberto Barroso, que não é apenas elucidativo como fixa precioso parâmetro de atuação do Judiciário, merece ser parcialmente transcrito:

E aqui eu chego à terceira e última fração do meu voto, que é a que considero mais importante, porque traz um componente para reflexão, embora não destoe da conclusão, nem da tese de Vossa Excelência. E aqui eu gostaria de dizer isso de uma forma bem explícita: eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer microjustiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias.

Presidente, diante dessa premissa, que considero relevante, e que diz respeito à separação dos Poderes e às capacidades institucionais de cada Poder, o Judiciário pode atuar quando haja inércia inconstitucional, quando haja omissão inconstitucional do Executivo, mas eu penso que, como regra geral – que excepciono neste caso para acompanhar Vossa Excelência –, a melhor intervenção do Judiciário, em situações como esta, é a seguinte: o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário – isso como regra geral e não no caso concreto, porque o caso concreto tem uma situação específica. Acho que essa é a forma adequada de convivência entre os Poderes e de um certo diálogo institucional, em que o Judiciário diz: “há uma inércia prolongada, a competência é sua, apresente um plano, e eu vou monitorar este plano”; porque a ideia de, como regra geral, determinar-se a apresentação de um plano, permite, naturalmente, a realização de um cronograma, a estimativa de custos e um exame de como se vai custear aquela demanda social, inclusive com recursos estaduais ou com recursos federais.

Portanto, eu gostaria de dizer, Presidente, que a minha visão, em situações como esta, é que a regra geral – que não aplico neste caso pela razão que direi na minha conclusão – é que a decisão do Judiciário não deve ser a de ele se sobrepor ao Executivo e determinar como deve ser feito. O Executivo é que tem que apresentar o seu plano para reforma ou do presídio, ou do sistema estadual, fazer um diagnóstico, um plano, um cronograma, uma estimativa de custos, como ele pretende obter o dinheiro, e aí o Judiciário monitora. Acho que em situações-limite o Judiciário pode até determinar a inclusão de verba em orçamento, mas o Judiciário não pode ele próprio dizer como é que deve ser a obra do presídio, porque acho que nós não somos capacitados para isso. Esta fórmula que eu proponho – diagnóstico, projeto e monitoramento da execução –, no entanto, a meu ver, pode e deve ceder diante de situações excepcionais, que reputo ser este caso, porque, neste caso, Presidente, *já havia sido feito o diagnóstico, já havia sido apresentada a proposta adequada para a superação do problema, e, ainda assim, o Executivo não atuou. Dessa forma, aqui não faltava propriamente uma política pública, porque o Executivo já tinha definido o que que era preciso fazer, qual obra era preciso fazer. Eles apenas não executaram o que já estava pré-traçado.*

[...]

Então, eu pediria vênia ao eminente Ministro Luiz Edson Fachin, para, na linha do que já verbalizaram o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Luiz Fux, também me apegar ao teor da proposta original de Vossa Excelência. O que Vossa Excelência faz é dizer que, *nesta situação concreta, que exigia uma obra emergencial, não é legítima a invocação da reserva do possível, nem da separação dos poderes. Portanto, não é um afastamento genérico em todo e qualquer caso, mas pontual*, e Vossa Excelência se refere expressamente à execução de obras emergenciais. De modo que, diante da formulação limitada da tese, eu acho que é legítima a exclusão da reserva do possível e da separação dos Poderes.

Com base na supracitada tese assentada no tema 220, a Corte Suprema negou seguimento a agravo em relação a acórdão do TJMT que impôs ao Estado o dever de, além de proceder à reforma do Centro de Ressocialização de Cuiabá - CRC, construir e instalar duas unidades prisionais em Cuiabá que atendam reeducandos que cumpram pena em regime semiaberto, bem como de inserir na próxima proposta orçamentária verbas suficientes para a construção de mais quatro unidades prisionais semelhantes à colônia penal do CRC, para cumprimento de pena no regime semiaberto, nas Comarcas de Rondonópolis, Cáceres, Sinop e Água Boa, rejeitando a alegação da agravante de distinção entre o caso e o precedente.⁵¹⁷

Bem assim, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 687.758/RR, também suscitado o *distinguishing* porque “a sentença combatida não determina obras ou medidas emergenciais em prisões, mas a construção de um novo presídio, no local escolhido pelo autor da ação”, e alegado que “outras matérias também são objeto de análise no Recurso Extraordinário: obrigação de realizar concurso público para contratação de servidores para o sistema carcerário; construção de alas distintas para condenados em regime fechado e condenados em regime disciplinar diferenciado

⁵¹⁷ 1ª Turma, ARE 1.001.496 AgR/MT, Rel. Min. Roberto Barroso, sessão virtual, 10 a 16 nov. 2017.

e a fixação do número de vagas a critério do juiz da vara de execuções; aquisição de veículos; astreintes exorbitantes; período curto de tempo para implementação das políticas públicas”, decidiu o STF tão somente que “a matéria em discussão nos autos identifica-se com a matéria objeto do RE nº 592.581/RS-RG”⁵¹⁸

E) Segurança pública

Ainda com apoio em orientação geral (“O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes.”), o STF negou provimento a agravo contra decisão que inadmitiu o RE que impugnava a condenação do Estado de Goiás a “manter efetivo policial em unidade de abrigo para adolescentes infratores”;⁵¹⁹ negou provimento a agravo contra decisão que inadmitiu o RE que impugnava a condenação do Estado de Minas Gerais à “implementação das medidas pleiteadas para fins de guarda de objetos de crime apreendidos em inquérito policial na comarca de Uberlândia”;⁵²⁰ *idem* quanto à determinação, ao que parece, de provimento e exercício do cargo de Delegados de Polícia ao Estado do Amazonas;⁵²¹ negou seguimento a RE contra decisão que condenou o Estado de Santa Catarina a assegurar o funcionamento ininterrupto de Delegacia de Polícia da Comarca de Videira, de acordo com as vagas ali existentes, bem como à manutenção da referida Delegacia em funcionamento em regime de plantão.⁵²²

Antes de examinar alguns julgados sobre o chamado “direito à saúde”, cabe registrar que muitos outros acórdãos do Supremo Tribunal Federal poderiam ser ainda examinados, com relação, por exemplo, à *proteção da criança e do adolescente, obras estruturais, urbanização, acessibilidade, acesso à Justiça*, mas o que verificamos até aqui – já correndo o risco de cansar, em demasia, o leitor – se mostra suficiente para embasar concretamente algumas conclusões, que serão expostas ao final do capítulo.

F) Prestações de saúde

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.049.831/PE, lê-se na ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO

⁵¹⁸ 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unân., sessão virtual de 19 a 25 maio 2017. Vejam-se ainda: 2ª Turma, ARE 1.026.698 AgR/MT, Rel. Min. Celso de Mello, unân., sessão virtual, 23 a 29 jun. 2017 (concernente à reforma de cadeia pública municipal); 2ª Turma, ARE 917.171 AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello, unân., sessão virtual, 9 a 15 dez. 2016 (relativo à desativação gradativa da unidade de internação provisória de Cascavel (CENSE1) e a construção de novo centro de atendimento socioeducativo destinado à internação provisória de adolescentes); ARE 930.454/MT, Rel. Min. Roberto Barroso, sessão virtual, 19 a 25 ago. 2016 (pertinente à reforma de Delegacia de Polícia).

⁵¹⁹ 1ª Turma, AI 810.410 AgR/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, unân., julg. 28 maio 2013.

⁵²⁰ 1ª Turma, ARE 851.097 AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, unân., sessão virtual, 6 a 13 out. 2017.

⁵²¹ 1ª Turma, ARE 878.411 AgR/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, unân., sessão virtual, 18 a 24 ago. 2017.

⁵²² 2ª Turma, ARE 669.635/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, unân., julg. 17.03.2015.

EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF.

1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.

2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes.

3. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou a Turma Recursal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o disposto no art. 85, § 11, CPC, porquanto não houve fixação de verba honorária nas instâncias de origem.⁵²³

Como se depreende do relatório do julgado, o recorrente, Estado de Pernambuco, alegou que a “aquisição de insumo pelo Poder Público pressupõe a submissão a regras de direito financeiro e de direito administrativo, além de observância do postulado inserto no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, segundo o qual as compras efetuadas dependem de licitação prévia a garantir, consoante art. 3º da Lei 8.666/93, a observância dos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, separação de poderes, dentre outros”, mas os temas não foram especificamente enfrentados.

No que tange ao fornecimento de medicamentos não padronizados a pessoas hipossuficientes, portadores de enfermidade grave, aresto do STF aceitou essa orientação, com base no fundamento geral de que “[é] firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde” e que “[a] controvérsia relativa à hipossuficiência da parte [...] demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF”.⁵²⁴

Em termos gerais, aludindo apenas ao fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do SUS, tem sido afirmado que “a lista do SUS não é o parâmetro

⁵²³ 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, sessão virtual, 20 a 26 out. 2017.

⁵²⁴ 1ª Turma, ARE 894.085 AgR/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, unân., julg. 15.12.2015.

único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica”, e “para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário”,⁵²⁵ ou simplesmente que “[o] Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade”.⁵²⁶

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 696.077/RS, ação individual que visava ao fornecimento de moradia adequada a menor, pelo período indicado pela equipe médica que realizou o transplante de medula-óssea, sob alegação de fazer parte do tratamento médico pós-transplante, embora o recorrente, Estado do Rio Grande do Sul, tenha argumentado que a questão *sub judice* diferia em muito daquelas nas quais a parte usuária do SUS busca o Poder Judiciário para obtenção de determinado medicamento ou procedimento que tenha sido negado pela Administração, para os quais se aplicariam, de forma geral, os precedentes colacionados na decisão [...] agravada, de incidência das regras dos arts. 196 e 198 da Constituição Federal, e que era “indevida a responsabilização do Estado pela ausência de moradia adequada para acolher a agravada durante o período pós-operatório”, vê-se apenas da ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 31.01.2012.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. Entender de modo diverso demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

3. Agravo regimental conhecido e não provido.⁵²⁷

Quanto a medicamentos de alto-custo, em razão da repercussão geral

⁵²⁵ 2ª Turma, ARE 977190 AgR/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, unân., julg. 09/11/2016. Nessa linha, 1ª Turma, ARE 935824 AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, unân., julg. 09.08.2016

⁵²⁶ 1ª Turma, ARE 926469 AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, unân., julg. 07/06/2016.

⁵²⁷ 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unân., julg. 02.06.2015. Ocioso dizer que o voto também não apreciou os argumentos do recorrente.

admitida no RE 566.471 RG/RN (Tema 6), Rel. Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal vem se limitando a determinar que, com base nos arts. 543-B do CPC/1973 e 328 do RI/STF, seja aplicada a sistemática da repercussão geral.⁵²⁸

Num apanhado geral, com fundamento no entendimento firmado na ADPF 45/DF, a Corte negou seguimento a RE contra acórdão relativo à inexistência de rede municipal de assistência à pessoa portadora de deficiência física, visual, auditiva, com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou com autismo capaz de atender a demanda do Município de Belo Horizonte.⁵²⁹ Asseverando que “[o] Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde”, o STF “negou seguimento ao recurso contra Tribunal de origem, em que se garantiu o fornecimento de fraldas descartáveis a menor com enfermidade grave”, mencionando outros julgados análogos.⁵³⁰ Com base na afirmação de que “o acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal”, negou-se seguimento ao agravo nos autos do recurso extraordinário interposto contra acórdão do TJRS relativo à implementação de ações com o objetivo de dotar o único hospital do Município de Cachoeirinha/RS de leitos na Unidade de Terapia Intensiva – UTI suficientes ao atendimento da população local.⁵³¹ Ainda com fundamento, em essência, no entendimento firmado na ADPF 45/DF, a Corte deu provimento ao recurso extraordinário deduzido pelo Ministério Público estadual para à ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades no estado do Amazonas.⁵³²

Em determinado feito, em que o MP estadual pleiteava a condenação da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação Casa) a disponibilizar “tratamento contra a drogadição aos internos das unidades da Fundação em funcionamento no Município de São José do Rio Preto”, diante da fundamentação do acórdão recorrido, em suma de que “a causa em apreço não reclama[va] a prestação de serviços de saúde aos adolescentes desprovidos, mas verdadeira adoção de política pública, arregimentando recurso de vulto e transferindo escolhas administrativas da Administração Estadual, eleita em pleito popular, para o Poder Judiciário por meio de normas jurisdicionais”, o STF entendeu

⁵²⁸ Nesse sentido, p. ex.: 1ª Turma, ARE 947.143 AgR/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, sessão virtual, 21 a 28 abr. 2017; 1ª Turma, RE 627411 AgR/SE, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 18.09.2012; 1ª Turma, RE 814425 AgR/AL, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 27.10.2015; 2ª Turma, ARE 832985 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 04.08.2015; 2ª Turma, RE 827527 AgR-ED/RN, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julg. 16.12.2014; 1ª Turma, RE 818572 AgR/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 02.09.2014.

⁵²⁹ 2ª Turma, ARE 745745 AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, unân., julg. 02.12.2014;

⁵³⁰ “No mesmo sentido e tratando de controvérsia análoga à dos autos, confirmam-se os seguintes julgados: ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; ARE 746.378-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e ARE 743.841 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli.” (1ª Turma, AI 810864 AgR/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 18.11.2014).

⁵³¹ 2ª Turma, ARE 740800 AgR/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 03/12/2013.

⁵³² 2ª Turma, RE 581352 AgR/AM, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.10.2013.

que “para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à necessidade da implementação das políticas públicas pleiteadas seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos”, e negou provimento ao agravo regimental.⁵³³

Na mesma linha, tendo a decisão recorrida asseverado, em resumo, que “apesar da necessidade em realizar as obras determinadas e ora questionadas, [...] a destinação dos recursos não previstos no orçamento pode prejudicar a implementação de outras eleitas e qualificadas pelo administrador como prioritárias, porquanto, em tese, a construção de uma estação de tratamento de água demanda grandes investimentos”, concluiu a Suprema Corte que “o acórdão recorrido afastou a necessidade da intervenção judicial postulada, diante do contexto fático-normativo dos autos, de sorte que divergir do julgado na origem demandaria reexaminar o acervo probatório que permeia a lide, o que não desafia a abertura do recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279 do STF”.⁵³⁴

Neste item, por sua específica área de abrangência, não abordamos as Suspensões de Liminar (SL), Suspensões de Segurança (SS) ou Suspensões de Tutela Antecipada (STA), ainda que algumas sejam mencionadas oportunamente, em virtude das diretrizes já apontadas em algumas decisões.

7.3 Considerações conclusivas

Esse panorama, talvez por demais extenso, mas ainda assim superficial, buscou demonstrar dados relevantes, mesmo que mínimos, suficientemente concretos para alicerçar algumas conclusões, que não saibam a mero achismo.

Antes de qualquer consideração, no entanto, é preciso lembrar que no Superior Tribunal de Justiça, como se vê em sua *home page*, em 2017, foram distribuídos 327.129 processos, e julgados 392.963,⁵³⁵ num índice de distribuição

⁵³³ “EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRATAMENTO DE REABILITAÇÃO PARA MENORES INFRATORES DEPENDENTES QUÍMICOS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO JUÍZO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.” (1ª Turma, ARE 964.607 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, unân., sessão virtual, 11 a 18 ago. 2017).

⁵³⁴ “Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Poder Judiciário. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. 3. O Tribunal de origem afastou a necessidade da intervenção judicial, diante do contexto fático-normativo dos autos. Reexame dos fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 279 do STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (2ª Turma, AgR. RE 706.085/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, unân., 27.10.2015).

⁵³⁵ Valemo-nos aqui, *brevitatis causa*, dos termos *processos* e *julgados* utilizados nas estatísticas, até mesmo porque a natureza do feito, se recurso, incidente ou ação originária, não é relevante para nossa abordagem.

que vem crescendo, pelo menos, nos últimos seis anos.⁵³⁶ Numa simples estimativa, sem levar em conta que o Presidente, o Vice-Presidente e o Corregedor Nacional de Justiça integram apenas o Plenário e a Corte Especial,⁵³⁷ e sabendo que 2017 teve 251 (duzentos e cinquenta e um) dias úteis, depreende-se que cada um dos 33 eminentes ministros julgou cerca de 11.907,97 processos no ano de 2017, aproximadamente 47,45 processos por dia.

O Supremo Tribunal Federal, em 2017, recebeu 103.650 processos, julgou 113.634 por decisão monocrática e 12.897 em colegiado, totalizando 126.531 feitos julgados naquele ano. Numa estimativa simples, nas mesmas bases da anterior, sem levar em consideração que o Presidente integra apenas o Plenário, cada um dos insignes ministros julgou cerca de 45,83 processos por dia... Só em 2018 já foram recebidos 58.148 processos.⁵³⁸ Isso para o tribunal a que compete, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102 da CF).

Pois bem, com essa ingente carga de processos, independentemente da reconhecida capacidade de trabalho e notável inteligência dos ilustres ministros, não é possível subjugar o tempo. Assim, apesar da perspicácia e dinamismo dos integrantes das Cortes, que merecem nossa sincera e profunda admiração, percebe-se, concentrando-nos no Supremo Tribunal Federal, que os acórdãos advieram, na grande maioria, em agravos regimentais, decorrentes – por óbvio – de decisões monocráticas, sem efetivo debate em colegiado. Aliás, como se vê dos números acima, pouco mais de dez por cento das decisões da Suprema Corte são colegiadas, e seria impossível funcionar de outra forma, pelo absolutamente excessivo número de processos. Repercussões gerais de relevo – perdoem a redundância – demoram anos, às vezes mais de uma década, para serem julgadas. As múltiplas decisões monocráticas, e consequentes agravos internos, valem-se normalmente da menção de precedentes e da jurisprudência da Corte, sem condições de analisar as questões específicas (mesmo de direito) postas no recurso, como às vezes se percebe apenas da leitura de excertos transcritos em relatório ou voto. Questões fáticas são deduzidas de afirmações genéricas dos acórdãos recorridos, que sequer aludem aos elementos a partir dos quais formaram convicção, ou seja, acórdãos nulos, por falta de fundamentação (cf. arts. 371 e 489, IV, do CPC e art. 93, IX, da CF). Em suma, e sem reboço, verifica-se, muitas vezes, a generalização (ou padronização) das decisões sobre direitos sociais.

Como registrou a doutrina, “não apenas as da mais alta Corte de Justiça do país, mas, de resto, quase todas as decisões judiciais não analisam de maneira

⁵³⁶ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

⁵³⁷ Art. 3º, § 1º, do RISTJ

⁵³⁸ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

adequada a questão do custo dos direitos e a ‘reserva do possível’ à luz do respeito aos orçamentos. Quase sempre, os argumentos são postos de forma singela e genérica, sem a preocupação com os dados da realidade influentes na espécie”.⁵³⁹

Além disso, e já insinuando o que passaremos a tratar no próximo capítulo, o quadro geral formulado pela maioria da doutrina publicista, e que parece acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, pelos arestos pesquisados, ainda sem repercussão geral, cria uma situação impossível, tendente, em si mesma, a prodigalizar a jurisdicionalização.

Veja-se: o administrador, inclusive o Presidente da República, está submetido à Constituição – em especial, de certo modo, à Constituição Financeira e à Constituição Orçamentária –, à Responsabilidade Fiscal e, em síntese, à legalidade, sob pena de responder por improbidade administrativa e, até mesmo, perder o cargo (art. 85, VI). O juiz, por sua vez, poderia *derrotar* regras orçamentárias pela ponderação com princípios, sem qualquer risco e merecendo encômios... Vale dizer: o Judiciário se torna via única de obtenção de prestações que o Executivo não poderia, em princípio, *ex vi legis*, realizar, cabendo somente ao juiz criar novas metas para políticas públicas e determinar a realização de despesas públicas alheias ao orçamento (sem precisar se preocupar com os recursos correspondentes), comprometendo a governabilidade, ainda que a Constituição não preveja esse salvo-conduto.

Como veremos no próximo capítulo, e destaca a melhor doutrina, “[e]ngana-se quem acha que o Judiciário deve dar a um cidadão aquilo que este não conseguiu da Administração porque ela não teria como dar a mesma coisa a todos”, porquanto o “Judiciário não estaria aplicando a regra, não estaria tratando a todos igualmente, não estaria valorizando igualmente a vida de cada cidadão, mas apostando [...] que alguns não chegariam à justiça e que esses não lhe importam, que esses não devem ser levados em consideração”.⁵⁴⁰

⁵³⁹ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 237-283, espec. p. 277.

⁵⁴⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 155-173, espec. p. 172.

8 A Tutela Jurisdicional dos Direitos Sociais

8.1 Premissa

Os direitos fundamentais “são garantidos pelos *serviços públicos*”,⁵⁴¹ e estes são implementados mediante políticas públicas, as quais Maria Paula Dallari Bucci, em obra específica, assim define: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁵⁴²⁻⁵⁴³

A própria Constituição da República, embora a rigor desnecessário, mas didaticamente, no art. 216-A refere-se a “políticas públicas de cultura”, e no art. 227, § 8º, inc. II, alude a plano nacional de juventude, “visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas”. Bem assim, no artigo 196, de capital relevância, foi enfática: “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.”⁵⁴⁴

Pois bem: não há margem no texto deste dispositivo constitucional para ser afirmado – como fazem, amiúde, doutrina e jurisprudência – que a Carta assegura direito a prestações de saúde *individuais e exclusivas*. O artigo 196 é absolutamente claro ao mencionar “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, que visem “ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção

⁵⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 242 – grifado no original.

⁵⁴² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

⁵⁴³ FONTE, Felipe de Melo critica essa definição, inclusive por “identificá-la [política pública] com categorias jurídicas que já possuem definição própria e autônoma, tais como planos e programas”, e sustenta que “*políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública*” (*Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 51 e p. 57 – grifado no original). Não nos parece haver identificação, apesar da utilização do termo “programa” em sentido geral, e preferimos citar a definição de Bucci por seus termos mais amplos, tocando especificamente em pontos caros ao presente estudo.

⁵⁴⁴ Sem grifo no original.

e recuperação". É inequívoco, por conseguinte, *ex vi Constitutionis*, que o "direito de todos e dever do Estado" é garantido não apenas por políticas sociais, mas também por políticas econômicas, e que essas políticas públicas devem ter por finalidade o acesso universal das pessoas – *todas as pessoas!* – em situações semelhantes⁵⁴⁵ ("acesso universal e igualitário").⁵⁴⁶

Na concisa e perfeita lição de José Reinaldo de Lima Lopes, "quanto à saúde o Estado ficou obrigado a garanti-la, mas, claro, mediante políticas sociais e econômicas, não mediante concessões individuais".⁵⁴⁷

Ora – pedindo escusa por insistir no óbvio –, se o direito é *garantido* por políticas sociais e econômicas, o indivíduo tem "direito" apenas, questionando as respectivas políticas públicas existentes, a fim de tentar demonstrar alguma inconstitucionalidade ou ilegalidade, de pleitear a correção da política pública para o fornecimento pretendido, assegurando, assim, em princípio, a prestação (também) aos interessados.

A concessão de medicamento ou tratamento exclusivo e individual pelo Poder Judiciário (o que seria manifestamente vedado à Administração) configura desrespeito à letra⁵⁴⁸ e à *mens Constitutionis*, talvez decorrente de nosso hábito cultural de interpretar direito *de todos* como direito *de cada um*, numa perspectiva que permita a obtenção particular por via judicial, por quem – prioritariamente! – tenha melhores condições de superar "os custos" do processo,⁵⁴⁹ por ordem de decisão e em detrimento dos demais necessitados.⁵⁵⁰ Conforme respeitabilíssima

⁵⁴⁵ Na bela exposição de Marcello Caetano: "O serviço público propõe-se satisfazer uma necessidade colectiva individualmente sentida" (*Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 216).

⁵⁴⁶ Com relação ao princípio da *generalidade* [também chamado da universalidade] do serviço público, José dos Santos Carvalho Filho destaca sua dupla faceta: "Significa [...] que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos", sendo "eles prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição. Cuida-se de aplicação do princípio da isonomia ou, mais especificamente, da impessoalidade (art. 37, CF)" (*Manual de direito administrativo*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 308).

⁵⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 155-173, espec. p. 158-159.

⁵⁴⁸ Recorde-se que "o sentido literal [...] serve à interpretação, antes de mais, como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, enquanto sentido literal possível [...] o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior atividade do intérprete" (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 390). Também citando Larenz e referindo-se ao "sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação", BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 119.

⁵⁴⁹ Nem se fale (ou imagine) que a Defensoria Pública seria bastante para assegurar o acesso de todos ao Judiciário, ideia ingênua incompatível com a realidade, pois os mais carentes não têm acesso sequer à Defensoria Pública, ela própria muitas vezes às voltas com insuficiência de pessoal e de recursos.

⁵⁵⁰ "A vinculação do administrador público à lei não lhe permite atender a uma necessidade específica de um de seus cidadãos, sem que exista uma previsão específica em lei ou uma política social já implementada

opinião, “a judicialização das políticas orçamentárias”, “se, cooptada pelas elites”, passar “a distribuir casuisticamente bens públicos em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciários, então contribuirá para a perda dos direitos humanos no Brasil”⁵⁵¹.

Lembre-se da advertência de Luís Roberto Barroso: “Por que é importante transformar essa disputa [sobre direito à saúde] de individual em coletiva? Porque aí se acaba com um universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm um privilégio – o que é extremamente negativo”,⁵⁵² precipuamente porque as “pessoas invisíveis de tão pobres”⁵⁵³ continuam ainda mais invisíveis e alheias à sociedade e aos direitos sociais, agora com a chancela do Poder Judiciário.

O thema decidendum, em substância, é constituído pela (alegada) antijuridicidade da política pública, que se pretende retificar para permitir a fruição (constitucionalmente universal) do serviço público,⁵⁵⁴ o que abrange, naturalmente, o orçamento.⁵⁵⁵ É nesse sentido que, quando possível, deve ser interpretada a petição inicial, ainda que o autor peça a concessão do tratamento ou medicamento apenas para si.

Parece-nos curioso, abra-se parêntesis, que apesar da forte repercussão entre nós das ideias de preeminência normativa da Constituição e de filtragem

pelo Estado. Da mesma forma o juiz não poderá atender a uma necessidade individual (como a determinação da compra de um medicamento especial não previsto em qualquer programa social, por exemplo), com base no dever de proteção dos direitos fundamentais individuais – como direito à vida, por exemplo – sem que exista um programa prévio de proteção social já implementado. [...] A decisão judicial deve servir como instrumento de proteção da isonomia entre os cidadãos e não como fator de desequilíbrio das prestações sociais, impondo à Administração Pública a criação de um programa específico e exclusivo que venha a atender a uma situação individual”. (APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. P. 173).

⁵⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 134-135.

⁵⁵² BARROSO, Luís Roberto, manifestação na Audiência Pública sobre Direito à Saúde no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

⁵⁵³ BARROSO, Luís Roberto. É preciso estabelecer como meta uma razoável duração do processo. *Revista Consultor Jurídico*, 5 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-05/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo>>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁵⁵⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo afirma que: “O controle de políticas públicas não é [...] o objeto do processo coletivo. As políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo e pelo Legislativo serão alvo da cognição do juízo, na medida em que representarem violação aos direitos fundamentais sociais, estes sim verdadeiro objeto do processo coletivo.” (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131). Com a devida vênia, da própria construção do eminente autor não parece que os “direitos fundamentais sociais” sejam o “verdadeiro objeto do processo”, mas sim a sua (alegada) violação e o pedido consequente.

⁵⁵⁵ “Creio que objeto da discussão é o próprio orçamento. Não se trata de discutir se qualquer um tem direito abstratamente, pois isto já se sabe que pelos termos constitucionais ‘todos’ têm. O que se discute é a distribuição desses benefícios, evitando-se o ‘não igualitarismo’.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 155-173, espec. p. 168, nota 10). Evitar o *não igualitarismo* permite, acrescente-se, que os valores correspondentes sejam destinados a outro(s) programa(s) universal(ais) e isonômico(s), contribuindo, assim, o Poder Judiciário para reduzir (e não *aumentar!*) as desigualdades sociais (art. 3º, III, da DF).

constitucional, pelo que, em síntese, “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”,⁵⁵⁶ pouca atenção desperta a imperiosa necessidade de as demandas⁵⁵⁷ (e, conseqüentemente, as decisões judiciais) também serem, parafraseando Canotilho e Vital Moreira, *lidas à luz da Constituição e passadas pelo seu crivo*.⁵⁵⁸ Com efeito: não raro são propostas, para nos limitarmos a somente um exemplo, ações alegando a nulidade de questões de provas de concurso público e pedindo a atribuição dos respectivos pontos para o autor da ação, pedidos estes que várias vezes são julgados procedentes, muito embora o artigo 37, inciso II, da Constituição exija a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, para investidura em cargo ou emprego público, exatamente para assegurar princípios constitucionais como a igualdade de acesso (isonomia e impessoalidade) e a prevalência do mérito (moralidade e eficiência).⁵⁵⁹ Tais decisões põem a pique o desiderato constitucional. Mas a questão não passou despercebida a um verdadeiro jurista, como se vê da decisão do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo douto Min. Luiz Fux, que assentou: “A anulação, por via judicial, de questões de prova objetiva de concurso público, com vistas à habilitação para participação em fase posterior do certame, pressupõe a demonstração de que o Impetrante estaria habilitado à etapa seguinte caso essa anulação fosse estendida à totalidade dos candidatos, mercê dos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da eficiência”.⁵⁶⁰

Encerrada a digressão, parece-nos que a tutela jurisdicional relativa a prestações na área de saúde pública, por força da Constituição – que, além da regra manifesta do artigo 196, estabelece como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a

⁵⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001, p. 31. Veja-se ainda a obra precursora de SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtração constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

⁵⁵⁷ “Chama-se *demanda* ao ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 11 – grifado no original).

⁵⁵⁸ “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 45).

⁵⁵⁹ “O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 375).

⁵⁶⁰ STF, 1ª Turma, MS 30.859/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 28/08/2012. No que se refere à extensão da anulação à totalidade dos candidatos, afigura-se possível sustentar que, reconhecida a nulidade da questão (que, a rigor, deve constituir pedido – *principaliter tantum* –, em cumulação sucessiva), a mesma questão (do concurso único) não pode ser considerada válida para alguns candidatos e inválida para outros, sendo conseqüente, acaso procedente o pedido, a atribuição dos pontos a todos os candidatos.

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III) –, deve buscar compreender todos os interessados.

Como destacou José Reinaldo de Lima Lopes: “Não se pode pedir e não se deve dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação”⁵⁶¹. A veemente lição merece ser em parte transcrita:

É compreensível e aceitável que diante de um pedido particular, os tribunais se neguem à concessão do benefício pretendido. Essa concessão violaria o pressuposto básico de qualquer ação segundo a lei que exige o tratamento igual de todos os casos iguais. A distribuição igualitária é fundamental. Não se pode pedir e não se pode dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação. Se for dado, trata-se de uma concessão segundo a caridade, não segundo a justiça e nossos tribunais são tribunais de justiça e direito, não tribunais de caridade. Dizer que o valor da vida e da saúde de cada um não cede diante da reserva do possível em princípio oculta um problema muito mais grave do que parece. Tal raciocínio parece imaginar que o Estado está obrigado a dar a cada um essas condições de maneira isolada. Ora, tal raciocínio é insustentável. O Estado – seja por qualquer de seus órgãos – está obrigado a tratar de maneira igual a todos os cidadãos. Assim, não tem o dever de dar a um o que não pode dar a todos. É gravíssimo erro de compreensão dos direitos fundamentais: estes são devidos a todos e devidos simultaneamente. Se a maneira de distribuir é tal que já se sabe de antemão que não haverá para todos, não se pode aceitar o pedido. E os tribunais estão obrigados a considerar esse problema, pois trata-se de matéria que determina os fatos do julgamento. Os tribunais não são instâncias de proclamação abstrata de direitos, mas lugares onde se faz o juízo particular, concedendo ou negando a cada um (ou a cada grupo) o que lhe é devido na forma da regra universal. Seria fácil se a decisão fosse simplesmente declarar o direito de forma abstrata: mas isto não se dá em nenhum caso. [...].

Engana-se quem acha que o Judiciário deve dar a um cidadão aquilo que este não conseguiu da Administração porque ela não teria como dar a mesma coisa a todos. Se o Judiciário concedesse a um em particular, estaria certamente violando o direito de todos os outros pois atenderia com recursos públicos apenas os que conseguissem chegar a ele. Com o tempo, transferir-se-ia para os tribunais a fila de atendimento. E ao fim do dia ele seria, da mesma forma que a Administração, obrigado a fechar as portas. Isto porque essa maneira ingênua de pensar levaria aos tribunais a multidão dos famintos e necessitados que seriam servidos por vez de chegada, mas sem um critério de distribuição universal e simultânea. O Judiciário não estaria aplicando a regra, não estaria tratando a todos igualmente, não estaria valorizando igualmente

⁵⁶¹ Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 155-173, p. 171. Mostra-se evidente, quase supérfluo parece salientar, que a afirmação de que “não se pode pedir” foi utilizada para reforçar enfaticamente a conclusão de que “não se deve dar”, mas é patente que, em princípio, pedir é sempre possível (art. 5º, XXXV, da CF), e, por isso, é que a jurisprudência caridosa fomenta a enorme multiplicação de ações.

a vida de cada cidadão, mas apostando (de forma lotérica, portanto) que alguns não chegariam à justiça e que esses não lhe importam, que esses não devem ser levados em consideração.⁵⁶²

O “protagonismo do Judiciário pode também ser a origem do declínio de seu prestígio social”, porquanto, “sem os instrumentos adequados, é difícil imaginar que o Poder Judiciário seja capaz de solucionar os conflitos sociais coletivos ainda não resolvidos pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo em uma democracia.”⁵⁶³ Como salienta Ricardo Perlingeiro:

Não tenho dúvida de que será meramente paliativa qualquer proposta que busque no Judiciário ou nas leis processuais soluções para a diminuição dos conflitos judiciais em matéria de saúde pública. Não está ao alcance do Judiciário nem é seu papel suprir deficiências estruturais das políticas públicas de saúde.⁵⁶⁴

Por outro lado, é impossível solucionar conflitos sociais coletivos por intermédio de decisões individuais que menosprezem a macrojustiça e as efetivas condições financeiras do Estado.

É surpreendente, aliás, que essa linha de abordagem da tutela jurisdicional de direitos fundamentais sociais, que foi tratada como natural e elementar pela *Supreme Court of South Africa*, verdadeira essência da atuação jurisdicional (que sequer precisou ser assim expressamente declarada), desperta alguma antipatia entre nós, como se representasse postura “politicamente incorreta”, e leva à adoção de tom mais forte e à crítica de quem acredita (ou parece acreditar) em efeitos taumatúrgicos da Constituição.

Na verdade, porém, a estrita preocupação com a universalidade da prestação pública e a isonomia visa a permitir que os escassos recursos do erário sejam aplicados em consonância com políticas públicas gerais e igualitárias, assegurando a redução (e não a *ampliação!*) das desigualdades sociais (art. 3º, III, da DF). Vale dizer: busca atender – dentro do possível – ao bem comum, e não ao desequilíbrio das prestações sociais.

O raciocínio se aplica, convém observar, com base nos fundamentos e nos objetivos fundamentais da República, estabelecidos pela Constituição (arts. 1º e 3º), aos direitos sociais, em geral, previstos no art. 6º da Carta e àqueles essenciais, mas não, normalmente, aos direitos subjetivos *stricto sensu*, em sua concepção clássica de fruição

⁵⁶² Ibidem, p. 171-172.

⁵⁶³ ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Para além da reserva do possível: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 266, p. 393-417, abr. 2017, espec. p. 399.

⁵⁶⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: a justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 3, v. 17, p. 115-132, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2015. espec. p. 129.

particular por natureza, como ocorre em relação aos direitos subjetivos do trabalhador (art. 7º),⁵⁶⁵ direitos a benefícios previdenciários ou a benefícios assistenciais.

Assim, por exemplo, apesar do teor do art. 208, e seu § 1º, da Constituição da República, prevendo que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, trata-se, como se depreende do inciso I do dispositivo, de direito *de todos* (dos quatro aos dezessete anos de idade e daqueles que não tiveram acesso à oferta gratuita na idade própria), não bastando à Constituição a concessão de vagas e matrículas individuais, para algum ou alguns interessados (art. 3º, III), que na verdade gera desequilíbrio das prestações sociais; pelo contrário, também neste caso, como já questionamos anteriormente, a solução constitucionalmente legítima seria buscar o Judiciário – em diálogo com as autoridades públicas – proferir decisão capaz de atender, dentro do possível e o quanto antes, a todas as crianças e adolescentes na mesmíssima situação.

8.2 Ações coletivas, ações individuais ou ações individuais de efeitos coletivos

A tormentosa questão da tutela jurisdicional ampla e igualitária de direitos fundamentais sociais resta superada, ao menos em linha de princípio, quando, na ação proposta, o pedido envolve interesses ou direitos cujo objeto tem natureza *indivisível*,⁵⁶⁶ no sentido perfeitamente delimitado por José Carlos Barbosa Moreira, “de que a satisfação de um só [interessado] implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade,”⁵⁶⁷ e na linha das definições postas pelos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁶⁵ Ao cuidar de “alguns exemplos de direitos sociais expressos na Constituição Federal de 1988”, José Reinaldo de Lima Lopes destaca: “Deixamos de mencionar aqui os direitos inscritos no artigo 7º, visto que sendo direitos dos *trabalhadores*, aplicam-se, em princípio a situações em que vigoram contratos de trabalho, havendo assim, pela relação determinada entre agentes determinados, maior facilidade de se aplicar a categoria de *direito subjetivo* no seu sentido técnico estrito.” (Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIAS, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 113-143, espec. p. 126). Mas a questão se põe, a rigor, quando se tem direitos previstos estrita e individualmente, bastando verificar se estão presentes os requisitos legais, como ocorre para o deferimento de benefícios previdenciários (p. ex., Lei nº 8.213/90) ou benefícios assistenciais (Lei nº 8.742/93).

⁵⁶⁶ O CDC alude a “interesses ou direitos [...] de natureza indivisível” (art. 81, I e II), mas, como já salientamos em outra obra, *o interesse é sempre individual*, pois constitui “uma relação (*un rapporto*) entre uma necessidade do homem e um *quid* apto a satisfazê-lo (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1986. v. 1, p. 3)”, sendo realmente indivisível o bem (*latissimo senso*) objeto do interesse. (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 7, 11 e 51).

⁵⁶⁷ A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183/192, espec. 184. Substancialmente no mesmo sentido: A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 173-181, espec. p. 174.

Pense-se, e. g., em ação proposta pleiteando a reforma (ou construção) de creche, escola, ou hospital público. De duas, uma: ou se realiza a construção e todos os interessados são satisfeitos; ou não se realiza a construção e a inteira coletividade é frustrada.

Com relação à *transindividualidade*, igualmente prevista nos incisos I e II do parág. único do art. 81, já tivemos oportunidade de salientar, em comentários ao CDC, que os direitos difusos e coletivos em sentido estrito são transindividuais porque transcendem a esfera individual, não pertencem de modo singularizado a quaisquer pessoas, não admitem disposição exclusiva, e se referem, por isso, a uma coletividade (difusos), ou a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (coletivos).⁵⁶⁸

No caso de creches, escolas e hospitais, aliás, a transindividualidade decorre da própria universalidade do serviço público a que se destinam, em especial quando se cuida de estabelecimentos públicos ou conveniados com a Administração, pois a assistência à saúde e o ensino são livres à iniciativa privada (arts. 199 e 209 da CF),⁵⁶⁹ sendo “vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas [de assistência à saúde] com fins lucrativos” (art. 199, § 2º, da CF), bem como recursos públicos apenas serão destinados às escolas públicas ou escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que “comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação” e “asseguem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades” (cf. art. 213 da CF), condições que especificam o regime de escolas ou hospitais estritamente *privados*.⁵⁷⁰

Nessa conjuntura, a tutela coletiva manifesta-se naturalmente, mas cabe examinar a concepção de ações coletivas. Com efeito: levando em consideração que,

⁵⁶⁸ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: direito processual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49-50 e 50-51. Exemplos: interesses difusos: “o interesse na preservação de um patrimônio histórico, na conservação do meio ambiente, na eliminação de uma publicidade enganosa, na manutenção de um serviço público, na preservação de uma paisagem, e assim por diante”; interesses coletivos: o interesse de advogados na anulação de ato administrativo que cerceou prerrogativa profissional, ou de alunos das faculdades da área médica de uma Universidade, interessados em evitar a extinção do hospital universitário.

⁵⁶⁹ O art. 206, III, *in fine*, da CF prevê o princípio da “coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.

⁵⁷⁰ Como salientou José Afonso da Silva, citando Anísio Teixeira sobre a educação, mas de forma que, em essência, *mutatis mutandis*, poderia alcançar a saúde: “Obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado” (*Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 814), não por instituições particulares que visam ao lucro, com garantias constitucionais para tanto. De mais a mais, seria francamente despropositada a propositura de ação coletiva pleiteando a construção de escola ou hospital particular.

no alvorecer dos estudos a respeito da tutela jurisdicional dos interesses coletivos (*lato sensu*), mereceram especial atenção as questões relativas à legitimação para agir, à natureza dos interesses em jogo e à extensão da coisa julgada,⁵⁷¹ soa natural que se estabelecesse, com grande sucesso, a definição de ação coletiva como “ação proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*)”.⁵⁷²

Hoje desponta conceito que se baseia principalmente na natureza coletiva da relação jurídica litigiosa, porque de titularidade de grupo de pessoas:

O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo.⁵⁷³

Desde o início, todavia, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes defendeu a legitimação individual para ações coletivas, definindo:

A ação coletiva pode [...] ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.⁵⁷⁴

⁵⁷¹ Cf., p. ex., WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: *As Garantias do Cidadão na Justiça* (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 185-196, espec. p. 195; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-221, *passim*.

⁵⁷² GIDI Antonio. *Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16. Veja-se, no entanto, que embora se refira a *legitimado autônomo* em sua definição, Gidi admite a *legitimatío* das pessoas físicas para propor ação coletiva, “nos estritos casos de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) em que somente pessoa física no gozo dos seus direitos políticos tem legitimidade” (ibid. p. 38).

⁵⁷³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 4, p. 31 – grifado no original. Adiante, complementam: “Assim, *processo coletivo* é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas”, para concluir: “[...] coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas” (ibid., p. 32 – grifado no original). Note-se, porém, que registraram os autores que seguiram “substancialmente, com pequena diferença, o conceito de GIDI até a 8ª ed.” do volume 4 do *Curso* (p. 32, nota 4). No mesmo sentido, Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro. *Revista Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 15-25, 2º sem. 2016, espec. p. 17; e Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 256, p. 209-218, jun. 2016, espec. p. 210-211

⁵⁷⁴ *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26. Essa definição se mantém, como se vê de trabalho mais recente, *Ações coletivas e meios de resolução*

E, a seguir, sustentou:

Não é difícil de se imaginar, *e. g.*, uma determinada atividade ou obra, de responsabilidade do Município, provocando a poluição sonora junto a uma pequena comunidade, desprovida de associação de moradores ou de defesa do meio ambiente, cuja promotoria esteja com o cargo de Promotor vago. Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo Promotor ou teriam de formar uma associação para serem admitidos em juízo? Da mesma forma, não estaria o morador de bairro residencial legitimado para ajuizar uma ação pleiteando a cessação ou limitação do barulho, em face de determinada instituição religiosa que celebre cultos, durante os finais de semana, a partir das 6 horas da manhã, impedindo a tranquilidade e o descanso de toda a família? [...].

Os interesses acima ventilados seriam coletivos, mais precisamente difusos. Por conseguinte, a limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5º da Lei 7.347/85 ou no art. 82 da Lei 8.078/90, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal.⁵⁷⁵

Ainda que se entenda não se tratar de ações genuinamente coletivas, por ausentes suas peculiaridades típicas em nosso sistema jurídico,⁵⁷⁶ o que agora nos importa é que a decisão definitiva proferida nessas ações, propostas individualmente ou em litisconsórcio, efetivamente é capaz de favorecer todos aqueles que estejam na mesma situação, pois julgado procedente o pedido para cessar a poluição sonora ou ambiental, toda a vizinhança ou comunidade será beneficiada.

Ada Pellegrini Grinover, em hipóteses que tais, referindo-se, por exemplo, a uma ação individual na qual o autor peça “a interdição de um local noturno, vizinho à sua residência, que infringe o direito ao silêncio”, afirma tratar-se “de uma *demand individual, mas de efeitos coletivos*”;⁵⁷⁷ e transcreve lição de Kazuo Watanabe, no sentido de que uma ação individual pleiteando, *verbi gratia*, a cessação da poluição ambiental praticada por uma indústria, teria escopo coincidente com uma ação coletiva (interesse difuso), sendo portanto “uma *ação de alcance coletivo*”, ao contrário de uma ação que pleiteasse “indenização pelos danos individualmente sofridos em virtude da mesma poluição” ambiental.⁵⁷⁸

coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30.

⁵⁷⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 254

⁵⁷⁶ Que seriam (a) *legitimação*, porque o legitimado age em prol da coletividade; (b) *objeto*, porque é defendido um direito coletivamente considerado; e (c) *coisa julgada*, porque a *res iudicata* é concebida para vincular, dentro de certas condições, a coletividade de interessados, *in utilibus*, como já mencionamos no passado.

⁵⁷⁷ O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150, espec. p. 145 – grifado no original.

⁵⁷⁸ *Ibidem* p. 145-146. O excerto transcrito por Ada está, originalmente, em GRINOVER, Ada Pellegrini *et*

Mas Kazuo Watanabe, um pouco adiante, ao analisar ações que visavam (a) “à adequação das mensalidades cobradas por escola particular às normas de reajuste fixadas pelo Conselho Estadual de Educação” (STF, RE nº 163.231-3/SP), (b) a atacar “cobrança indevida de taxa de iluminação pública” (STJ, REsp nº 49.272-6/RS) e (c) a obter a decretação da “invalidade de reajustes das mensalidades exigidas de filiados a planos de assistência médica e hospitalar” (TJ-SP, AC nº 205.533-1/10), sustentou que se trata, em todos os casos, de interesses coletivos, porque, em resumo, pelo objeto litigioso (causa de pedir e pedido) deduzido, o que se tem é o pedido de tutela de um bem indivisível de todo o grupo, ou da coletividade,⁵⁷⁹ conquanto esta mencionada indivisibilidade, a rigor, seja questionável, como defendemos em ensaio anterior, na medida em que “o objeto do interesse [é], em essência, *divisível*, porque de mensalidades e cobranças individuais se trata, cada uma decorrente de uma relação jurídica autônoma e independente, havida entre cada qual dos interessados e o ente supostamente violador, sendo perfeitamente possível, do ponto de vista prático, imaginar a satisfação de alguns interessados e o insucesso de outros, com a efetivação de reajustes para alguns e não para outros.”⁵⁸⁰

Seja como for, *de lege lata*, a caracterização dos interesses ou direitos como difusos, coletivos ou individuais homogêneos está adstrita às definições dos incisos do parágrafo único do artigo 81 do CDC, que estabelecem regimes jurídicos diferenciados,⁵⁸¹ e, por conseguinte, a transindividualidade e a natureza indivisível são imprescindíveis para o reconhecimento dos interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*.⁵⁸²

O próprio incidente de conversão da ação individual em ação coletiva, que era objeto do artigo 333 do CPC de 2015 e foi vetado pela Presidente da República, distinguia a “tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles

al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 799-800 – grifado no original.

⁵⁷⁹ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 831-832.

⁵⁸⁰ Sobre a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.). *Processos e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 78-85, espec. p. 82.

⁵⁸¹ Sobre a imperatividade e o caráter vinculativo dos elementos das definições do parágrafo único do art. 81, veja-se nossos comentários ao mencionado dispositivo (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: direito processual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

⁵⁸² Ada Pellegrini Grinover chega a afirmar: “Aliás, temos sustentado, em nossas aulas de pós-graduação, que a conceituação de interesses difusos e coletivos do art. 81, I, II e III, do CDC é uma conceituação de *direito material*, pois, antes mesmo que surja o processo, e independentemente dele, pode nascer o conflito sociológico. E a norma de direito material define quais são os direitos tutelados” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150, p. 146-147.

definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”, para sua admissão (art. 333, I), da “tutela de direitos individuais homogêneos”, quando o incidente não seria cabível (art. 333, § 2º).

Exatamente por isso, ao nosso ver, não se pode considerar direitos sociais com prestações divisíveis como direitos *difusos* ou *coletivos em sentido estrito*.⁵⁸³ Assim, ou o interesse é transindividual e seu objeto indivisível e a tutela coletiva se impõe *ex vi* dos incisos I ou II do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor; ou se configura o interesse numa prestação naturalmente individual e divisível, mas, por se tratar de direito fundamental social, em respeito à Constituição, “deverá o magistrado adaptar o provimento jurisdicional para que o direito seja *estendido* a toda a coletividade”.⁵⁸⁴

É nesse último caso específico que nos parece oportuno mencionar ações individuais de *efeitos* coletivos ou, para evitar a reutilização da designação de Ada Pellegrini Grinover, *ações particulares de efeitos sociais coletivos*. Já nas hipóteses em que o objeto do interesse é *indivisível*, como, p. ex., ações de vizinhança visando ao sossego (cessação ou limitação do barulho), a ação individual tem naturalmente *alcance* coletivo.

A busca pela extensão, generalização ou universalização da tutela jurisdicional nas ações individuais relativas a direitos fundamentais sociais, entretanto, em nossa concepção, decorre da própria preeminência normativa da Constituição, ou seja, do efetivo respeito à Carta Magna e da consequente preocupação com a prestação jurisdicional que assegure verdadeira proteção aos direitos fundamentais, dentro dos limites fática e juridicamente possíveis, impedindo decisões judiciais que estabeleçam privilégios,⁵⁸⁵ quebrem a isonomia⁵⁸⁶

⁵⁸³ Assim, p. ex., Osvaldo Canela Junior defende que “a positivação dos direitos fundamentais sociais nas Constituições, a partir de 1919, deu origem a interesses e a direitos difusos, porque de titularidade dos componentes de toda a sociedade, não sendo possível a sua determinação” (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 128), mas a “*natureza* indivisível” do interesse não advém somente da indeterminabilidade dos titulares.

⁵⁸⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146 – grifo nosso. Note-se que se de interesse *difuso* se tratasse haveria a satisfação conjunta dos interessados, e não a extensão da satisfação.

⁵⁸⁵ Menciona-se “*privilégio*” em sentido despido que qualquer conotação pejorativa, mas na acepção vernácula de “*Vantagem que se concede a alguém com exclusão de outrem e contra o direito comum*” (Aurélio).

⁵⁸⁶ “Não é lógico que uma atuação administrativa originariamente destinada à coletividade, uma vez judicializada, seja oponível tão somente aos demandantes ou aos que se dispuserem a demandar. Além de fragmentar ou mesmo desestruturar o sistema de saúde, esse mecanismo também evidencia um modelo excludente das minorias, daqueles que não têm acesso à justiça, rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário” (PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 41 p. 184-203, jul./dez. 2012. espec. p. 196. Disponível em: <<http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018). Mas o ilustre autor ressalva, logo adiante: “Entretanto, realmente não há como subtrair do cidadão o direito de invocar do Estado a prestação jurisdicional para satisfazer um direito subjetivo público [...]” (Ibid. p. 197).

e comprometam a governabilidade, tornando ainda mais difícil a necessariamente gradativa erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.⁵⁸⁷

8.3 A demanda, o mérito da causa e as questões de mérito

“Chama-se *demanda*”, como já foi mencionado, na lição de José Carlos Barbosa Moreira, “ao ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional”, e o instrumento da demanda “é a *petição inicial*”.⁵⁸⁸

A parte que pretender, portanto, pleitear para si a concessão de medicamento específico, de tratamento próprio ou, *v. g.*, a obtenção de matrícula em escola, para justificar o pedido deverá narrar *os fatos* em razão dos quais alega fazer jus ao pretendido, ou seja, a *causa petendi* (art. 319, III, do CPC). Não bastará afirmar que não conseguiu o medicamento, porquanto, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, a demanda deve necessariamente descrever “os *fatos caracterizadores da crise jurídica lamentada*”.⁵⁸⁹

Nosso sistema, como se depreende do inciso III do artigo 319 do CPC, que se refere expressamente *a fato e fundamentos jurídicos do pedido*, adota a teoria da *substanciação*⁵⁹⁰ ou, no dizer da Araken de Assis, da *substancialização*,⁵⁹¹ e, desse modo, constitui a causa de pedir o fato ou o conjunto de fatos “a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado”.⁵⁹²

A teoria da substanciação, aliás, é a única compatível com a nossa Constituição, que “consagrou, com a necessária largueza, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa” (art. 5º, LV), e “um dos aspectos relevantes do contraditório, amparando o direito de ação e o direito de defesa, consiste na possibilidade de o réu se opor aos fatos”.⁵⁹³

⁵⁸⁷ Relembre-se que a ideia de filtragem constitucional, “é uma consequência necessária do reconhecimento de força normativa e supremacia às normas constitucionais, que devem funcionar como padrão de validade e vetor interpretativo de todo e qualquer ato jurídico” (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 123-124).

⁵⁸⁸ *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 11 – grifado no original.

⁵⁸⁹ *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. II, p. 151-152 – grifado no original.

⁵⁹⁰ *Vide*, por todos, ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 217; e PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III, p. 160, item 111.4

⁵⁹¹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I, p. 715.

⁵⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17.

⁵⁹³ ASSIS, Araken de. *op. cit.* p. 717. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, no mesmo sentido, refere-se à

“Não integram a *causa petendi*”, no entanto, “a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apoia sua pretensão [...], a norma jurídica aplicável à espécie”⁵⁹⁴ e a designação da demanda.⁵⁹⁵

Na hipótese de que estamos tratando, portanto, de petição inicial que vise à concessão de medicamento, tratamento ou matrícula (p. ex.), deverá o autor narrar, no mínimo, de forma suficientemente clara, como causa de pedir, *grosso modo*, suas condições pessoais, a embasar logicamente a concessão pretendida, os motivos pelos quais não conseguiu obter o bem (*lato sensu*) ou serviço público pleiteado (os tais fatos caracterizadores da crise jurídica lamentada), compreendendo o suposto “fato *lesivo* do direito alegado”.⁵⁹⁶

Não basta ao autor, evidentemente, embora isto ocorra às vezes na prática, e sequer seria necessário, invocar teses jurídicas, discorrendo sobre a dignidade “da pessoa” humana e a exigibilidade de direitos fundamentais...

Assim, pode alegar o autor – em síntese argumentativa –, *ad exemplum*, reduzindo ao ponto que agora nos interessa ressaltar, (i) que não obteve o medicamento porque foi informado de que não havia para pronto fornecimento em estoque; ou (ii) que não obteve o medicamento porque não está incluído nas listas de medicamentos disponibilizados pelo SUS.

A despeito de possíveis inflexões teóricas ou narrativas, de uma petição inicial *apta* será possível depreender – ao menos *quantum satis* – (i) se, para decidir a lide, se põe basicamente a questão do cumprimento de prestação já existente; ou (ii) se o julgamento do pedido exige a verificação e o exame das políticas públicas pertinentes, bem como, para mencionar apenas um dos limites sugeridos para a intervenção judicial, a razoabilidade (ou proporcionalidade) da pretensão individual/social deduzida.⁵⁹⁷

A segunda hipótese, como se vê, que corresponde ao tema do presente estudo, é a que normalmente desperta maiores problemas e discussões, mas também no primeiro caso, de prestação já implantada, quando, segundo a *communis*

“necessidade de descrever fatos e fundamentos, sob pena de se violar a dimensão participativa do contraditório” (*Direito processual civil contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 2, p. 66).

⁵⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17.

⁵⁹⁵ Referindo-se aos três elementos, p. ex., ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. II, t. II, p. 648; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

⁵⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. loc. cit. – grifado no original. O aspecto passivo da *causa petendi*.

⁵⁹⁷ Sobre os limites à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, veja-se o breve e substancioso ensaio de Ada Pellegrini Grinover, que se tornou clássico: O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150, espec. p. 132 *et seq.*

opinio, haveria indiscutível direito subjetivo de exigí-la, pode, eventualmente, ser necessário considerar os limites para a intervenção judicial. De fato, lembre-se que, em razão da grave crise financeira que abalou o Estado do Rio de Janeiro, e levou à decretação de estado de calamidade pública em 2016 e ao plano de recuperação fiscal em 2017, ações foram propostas ora porque o fornecimento de alguns medicamentos foi interrompido, por falta de verba para aquisição, ora porque o fornecimento foi limitado a pacientes já cadastrados, a fim de não interromper o tratamento, até que fosse possível aquisição de maiores quantidades... e, mais uma vez, teve o Judiciário de analisar se, à falta (no caso manifesta) de recursos, era exigível, de imediato, a prestação,⁵⁹⁸ ou se é legítimo ao juiz afastar decisão razoável da Administração etc., assuntos comuns ao tema do presente estudo.

Vale a menção de Ricardo Lobo Torres à advertência de J. Isensee, no sentido de que “a proteção dos direitos sociais depende da conjuntura econômica (*Wirtschaftskonjunktur*) e que as ‘normas constitucionais não afastam as crises econômicas’ (*Verfassungsnormen banen nicht Wirtschaftskrisen*)”.⁵⁹⁹

Voltando ao tema, quando a pretensão do autor individual envolver obtenção de prestações sociais não compreendidas nas políticas públicas estabelecidas, o julgamento do mérito deverá abranger, forçosamente, o exame da eventual injuridicidade das políticas existentes (até mesmo por suposta restrição injustificada)⁶⁰⁰ e as questões orçamentárias, pois “[q]ualquer destinação que se dê ao dinheiro público representa uma decisão orçamentária”.⁶⁰¹ Bem assim, o pedido deverá ser apreciado com relação à política social porventura corrigida (ou estendida).

No que concerne à interpretação da demanda, vale recordar que o Código

⁵⁹⁸ AMARAL, Gustavo, após afirmar “ser inaceitável a ‘profissão de fé’ na suficiência de recursos para atender a todos”, conclui: “Também não nos parecem razoáveis máximas como ‘se está na lei é para ser cumprido’, pois a lei, não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez e, existindo ela, alguém deixará de ser atendido...” (*Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 102).

⁵⁹⁹ ISENSEE, Joseph. *Verfassung ohne soziale Grundrechte*: der Staat 19(3): 367-384, espec. p. 372 e 381, 1980, *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 105.

⁶⁰⁰ Veja-se o caso *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*, no Capítulo 4, item 4.4, *supra*. CANOTILHO, J. J. Gomes, em nova perspectiva, afirma: “Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: [...] (4) pela *insusceptibilidade de controlo jurisdicional* dos programas políticos-legislativos, a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis” (“Metodologia *fuzzy*” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97-113, espec. p. 107).

⁶⁰¹ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil*: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 106

de Processo Civil em vigor não repetiu a regra do art. 293, *princípio*, do revogado CPC de 1973, no sentido de que “[o]s pedidos são interpretados restritivamente”. O novo Código, ao contrário, dispõe que: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé” (art. 322, § 2º).

Ainda que a distinção não seja assim tão grande, uma vez que o preceito anterior não significava que o juiz pudesse “restringir o que o autor pediu”, mas apenas afastava de consideração “o que não foi pedido”,⁶⁰² nem o dispositivo vigente permite “que o juiz considere incluído no pedido o que lhe aprouver”,⁶⁰³ certo é que agora o CPC deixou estreme de dúvida o dever de o juiz interpretar o *conjunto da postulação* e observar o *princípio da boa-fé*, incidindo o artigo 112 do Código Civil⁶⁰⁴ (“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”), porquanto a petição inicial, ato da parte e postulatório, *constitui declaração de vontade*.⁶⁰⁵

Mesmo à luz do Código anterior, todavia, a correta interpretação “do pedido” (*rectius*: da demanda), em boa técnica, deveria observar essas orientações, como consagrou o Superior Tribunal de Justiça.⁶⁰⁶

Mas a interpretação da petição inicial não é livre. O próprio § 2º do art. 322 é expresso ao mencionar que será *considerado* “o conjunto da postulação” e *observado* “o princípio da boa-fé”. A interpretação considerada pelo juiz não pode surpreender

⁶⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t. I, p. 97 – grifado no original.

⁶⁰³ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II, p. 14.

⁶⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 191. No mesmo sentido, o enunciado 285 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “(art. 322, § 2º) A interpretação do pedido e dos atos postulatórios em geral deve levar em consideração a vontade da parte, aplicando-se o art. 112 do Código Civil.”

⁶⁰⁵ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 372; GUIMARÃES, Luiz Machado. Ato processual. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 76-92, espec. p. 88. Na jurisprudência: STJ, 1ª Turma, REsp. 1.107.219/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 23/09/2010.

⁶⁰⁶ Veja-se, por ex.: “Quanto à questão processual trazida neste Agravo Regimental, não procede a alegada ofensa aos arts. 128, 293 e 460 do CPC. Na forma da jurisprudência, “A interpretação do pedido deve se guiar por duas balizas: de um lado, a contextualização do pedido, integrando-o ao inteiro teor da petição inicial, de modo a extrair a pretensão integral da parte; e, de outro lado, a adstrição do pedido, atendendo-se ao que foi efetivamente pleiteado, sem ilações ou conjecturas que ampliem o seu objeto” (STJ, REsp 1.155.274/PE, Rel. Ministra Nancy Andriighi, DJe de 15/05/2012) e “A interpretação lógico-sistemática do pedido impõe o conhecimento pelo julgador do pedido deduzido de forma lógica a partir da causa de pedir declinada. Entretanto, não se admite interpretação ampliativa para alcançar pedidos não formulados tampouco deduzidos dos fatos declinados” (STJ, REsp 1.331.115/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, DJe de 22/04/2014). (2ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.221.399/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, unân., DJe 23/10/2014). Nem sempre, porém, o STJ segue a adstrição ao que foi *efetivamente* pedido, como se vê, v. g., do REsp 68.668/SP e do AgRg no AG 1.532.744/RS, julgados criticados por ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I, p. 749.

as partes nem comprometer o contraditório e a ampla defesa. Destarte, se houver margens de interpretação da inicial, e quase sempre haverá em ações envolvendo políticas públicas, deve o juiz assegurar às partes a oportunidade de se manifestar sobre a interpretação que, em princípio, lhe parece consentânea ao instrumento da demanda⁶⁰⁷ (art. 10 do CPC), bem como, fixada a questão, assegurar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).⁶⁰⁸

Para a adequada interpretação da demanda, no entanto, convém ressaltar que “a causa de pedir [...] é *determinante* para a correta fixação do objeto litigioso, sendo insuficiente a análise que recai apenas sobre o pedido”.⁶⁰⁹ Vale dizer, não se deve vislumbrar a *causa petendi* como elemento coadjuvante do conjunto da postulação. Tal ideia, em verdade, é incompatível com o § 2º do art. 322 do CPC, tolhendo arbitrariamente a sua efetividade.

Mas a alusão a *objeto litigioso*, nesse contexto, merece esclarecimento, pois é comumente destacada a restrição do objeto litigioso ao *pedido*⁶¹⁰ ou *pretensão*.⁶¹¹ Por outra, também o conceito prevalecente de *mérito da causa* é restritivo, para abranger apenas a *pretensão*,⁶¹² consubstanciada no pedido, distinguindo-se das *questões de mérito*, que são – passe o truísmo – as questões relativas ao mérito.⁶¹³ Na lição de Cândido Dinamarco: “*Questões de mérito* não se confundem com o próprio mérito: são questões relativas a ele”, solucionadas “nos *motivos* e constituirão os *fundamentos* da conclusão que virá a seguir”.⁶¹⁴

⁶⁰⁷ O ponto é delicado, pois deve o juiz tomar o cuidado de externar tão somente o que lhe parece, *a priori*, abranger a petição inicial, *mas sem*, à evidência, manifestar (ou deixar escapar) qualquer juízo de valor sobre o “conjunto da postulação”, para não insinuar prejulgamento.

⁶⁰⁸ Cf., em sentido *geral*, COSTA, Susana Henriques da. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 510.

⁶⁰⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 51 – grifo nosso. No mesmo sentido: “São, pois, o pedido e a causa de pedir que delimitam, objetivamente, o alcance da tutela reclamada (objeto litigioso) e de alguma forma delimitam o objeto de cognição do juiz” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112).

⁶¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 11.

⁶¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.320.

⁶¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I. p. 232-277, espec. p. 255.

⁶¹³ Numa concepção ampla, no entanto, como a adotada por Liebman, o *meritum causae* abrangeria as questões de mérito. Cf.: “O conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em consequência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão, formam, em seu complexo, o *mérito da causa*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. I, p. 170-171 – grifado no original).

⁶¹⁴ O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I. p. 232-277, espec. p. 258-259 – grifado no original.

Dessa forma, como resumiu Kazuo Watanabe, salientando o que nos interessa, “o juiz deve conhecer de todas as questões suscitadas pelas partes e também daquelas que por ofício lhe caiba conhecer, cumprindo assim, por inteiro, a atividade cognitiva que deverá servir de fundamento à decisão a ser proferida.”⁶¹⁵

Posto isso, e aproveitando a ideia de “contextualização do pedido”, mencionada pelo Superior Tribunal de Justiça,⁶¹⁶ não parece difícil – hoje, aliás, seria necessário, *ex vi legis* –, quando se trata de pretensão, mesmo individual, relativa à prestação social não disponibilizada pela Administração, agregar no contexto da demanda e das questões de mérito as noções de universalidade e igualitarismo, de percepção ampla de macrojustiça ainda que em nível da microjustiça,⁶¹⁷ de orçamento, despesas e recursos, todas encontradas em textos doutrinários relativos a direitos fundamentais e direitos sociais.

Essas questões são genuínas *quaestiones iuris*, que devem ser analisadas *ex officio* pelo juiz, tal qual acontece, às escâncaras, com as questões concernentes ao Direito Financeiro (orçamento, receita e despesa pública)⁶¹⁸, todas questões de direito que, mesmo não integrando a causa de pedir, são pertinentes ao julgamento do *meritum causae* e, por isso, devem ser analisadas, a par das questões sobre os limites de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.

Atualmente, na realidade, com a vigência da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que acrescentou os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei nº 4.657/1942), impõe-se, sem dúvida, o exame das supramencionadas questões pelo juiz. Com efeito, prescreve o novel artigo 20:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida

⁶¹⁵ *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. p. 110.

⁶¹⁶ STJ, 3ª Turma, REsp. 1.155.274/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 15/05/2012.

⁶¹⁷ OSNA, Gustavo, p. ex., critica que “as consequências *macro* da decisão são deixadas em segundo plano, conferindo-se importância reduzida a esse valor” (Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 177-202, espec. p. 192; ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio sustenta: “A concretização dos direitos sociais [...] exige do julgador uma ampliação dos horizontes, uma capacidade de estimar também a macrojustiça” (Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 88-94, espec. p. 91, maio/ago. 2012). Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569>>. Acesso em: 5 out. 2018.

⁶¹⁸ O asserto, de tão elementar, dispensaria citações, mas vale a oportunidade para citar um clássico e saudar um grande jurista: “O Direito Financeiro é compreensivo do conjunto de normas sobre todas as instituições financeiras – receitas, despesas, orçamento, crédito e processo fiscal [...]” (BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 36-37

imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Legem habemus! É nula, em princípio, dessa forma, a decisão judicial que não analisar as suas *consequências práticas* (até mesmo econômicas), sejam as consequências naturalmente previsíveis, sejam as consequências arguidas pela(s) parte(s); não demonstrar, em sua fundamentação, a *necessidade* e a *adequação* da *medida imposta* ou da *invalidação* de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das *possíveis alternativas* (*rectius*: dos possíveis termos de alternativa).

A Lei nº 13.655/2018 adveio do PL nº 7.448/2017, que recebeu críticas da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União (TCU), em documento intitulado “Análise Preliminar do PL 7.448/2017”. Em consequência, vários juristas divulgaram a “Resposta aos Comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017”,⁶¹⁹ sustentando, com relação ao artigo 20, que o dispositivo veda “motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão”. E conclui:

Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como ‘interesse público’, ‘princípio da moralidade’ e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara *produzem efeitos práticos no mundo* e não apenas no plano das ideias.⁶²⁰

O parágrafo único do artigo 20, como bem salientam os doutos juristas, abrange o princípio da proporcionalidade, “que exige ao tomador de decisão a comprovação de que a medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito”.⁶²¹

Por sua vez, complementa o artigo 22:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

⁶¹⁹ Dentre outros: Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson de Abreu Dallari, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Roque Carrazza, Gustavo Binenbojm, Fernando Menezes de Almeida, Alexandre Santos de Aragão, Jacintho Arruda Câmara, Egon Bockmann Moreira, José Vicente Santos de Mendonça, Marcos Augusto Perez, Flavia Piovesan, André Janjácimo Rosilho, Eduardo Ferreira Jordão.

⁶²⁰ Resposta aos Comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017, p. 4. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁶²¹ Resposta..., *loc. cit.*

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Interessam mais ao presente trabalho, certamente, o *caput* e o § 1º do art. 22, que deixam claro que o Poder Judiciário não pode mais decidir sem levar em séria e concreta consideração os obstáculos e a realidade fática do gestor, bem como as políticas públicas existentes. É certo que o *caput* se refere, *in fine*, a “sem prejuízo dos direitos dos administrados”, mas, para não restar esvaziado e despiendo o dispositivo, a interpretação deve ser no sentido de compreender (sem prejuízo) “os direitos dos administrados” reconhecidos inclusive à vista dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor e, ainda com maior razão, das exigências das políticas públicas.

Na verdade, prescindir do exame de todas essas questões de mérito e, em especial, das questões relativas à própria política pública e ao orçamento, receita e despesa pública, desprezando a razoabilidade da prestação social pleiteada, *data maxima venia*, corresponde a conceder *sem decidir*.

A extrema judicialização de questões sociais, com ênfase em prestações relativas à saúde, em milhões de processos judiciais, cotidianamente propostos, para internação em hospitais e UTIs, submissão a cirurgias, realização de exames e dos mais variados tratamentos, fornecimento de medicamentos, por vezes medicamentos órfãos caríssimos etc., não raro havendo risco de o autor perder a vida, não pode ser considerada normal. Juízes não são formados para gerir sistemas de saúde e prestar – por decisões – assistência médica. Juízes, nessas trágicas situações, em enorme maioria, simplesmente deferem liminares e julgam procedentes os pedidos, sem preocupação (ou, pelo menos, sem levá-la igualmente a sério) com os demais necessitados ou com aquele que, mercê de sua decisão, vai ficar sem ser internado no hospital ou no CTI, sem fazer cirurgia etc. Médicos de hospitais públicos brasileiros, ou conveniados ao SUS, sofrem com a necessidade de optar por quem vai ser internado ou pela ordem em que serão realizados tratamentos e intervenções cirúrgicas... O juiz defere a quem pede (ainda que a concessão seja, do ponto de vista de prioridade médica, catastrófica).

Não é diferente, por exemplo, em relação à educação. Edilson Vitorelli, após se referir a inúmeras ações individuais propostas, pela Defensoria Pública

de São Paulo, pleiteando vagas para crianças em creches, salienta que o equívoco do “tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem”.⁶²² Pior, como conclui o autor: “Fica claro que as milhares de ações individuais estão servindo apenas para substituir as crianças que ingressariam nas creches pelo critério administrativo regular, por outras, que não obedecem a critério algum”.⁶²³

Gustavo Amaral, em seu excelente livro, ao cuidar da “escassez e saúde”, com relação a “pretensões fundadas em direitos fundamentais cuja satisfação demanda a disponibilização de meios materiais”, e depois de examinar longamente o problema das restrições materiais e financeiras, assim como a necessidade de escolhas trágicas, conclui:

Diante de um quadro como esse, a tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é bastante fácil nos meios judiciais. Basta observar apenas o caso concreto posto nos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos.⁶²⁴

Em seguida, arremata:

Ante a escassez, torna-se imperiosa a adoção de mecanismos alocativos. A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar. Há uma natural tentação a decidir não decidir, a não tornar clara a adoção de qualquer forma de alocação, tal como se a escolha não existisse.⁶²⁵

Em termos gerais, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia lecionam, em estudo específico:

Para além das dificuldades no que tange ao orçamento ou às opções de políticas públicas (já que as demandas serão sempre maiores do que as possibilidades do Poder Público), a questão se torna ainda mais complexa quando o Judiciário decide sem tomar em consideração os argumentos de ambas as partes, como se o direito de um fosse algo absoluto e, por isso, fizesse com que qualquer outra questão não merecesse acolhida (ainda que para ser rebatida).⁶²⁶

E asseveram:

⁶²² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 284, p. 334-369, out. 2018. espec. p. 349.

⁶²³ *Ibidem*, p. 350.

⁶²⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 80.

⁶²⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 100.

⁶²⁶ Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 224, p. 121-153, out. 2013. espec. p. 140.

É certo que não se olvida que todos temos direito à saúde. No entanto, mais do que nunca, há que se construir entre nós, com clareza, uma doutrina que estabeleça uma diferença entre ser detentor de um direito e as obrigações que dele advêm, pois, como mostra Canotilho, quando se trata de direitos prestacionais, da afirmação de um direito não decorre necessária e diretamente um dever do Estado. Quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais há que se atentar para a particularidade de sua constituição a fim de se evitar o que Canotilho percebe como uma confusão entre “direitos sociais e políticos” e “políticas públicas de direitos sociais”. Quando o Judiciário tente tornar “reais” os direitos sociais promovendo políticas públicas, mergulha em “nebulosas normativas”, já que, como dito, estes direitos, diferentemente dos direitos individuais, nem sempre implicam uma prestação correlata pelo Estado.^{627, 628}

O Poder Judiciário, entretanto, inclusive por seu tribunal de vértice, o Supremo Tribunal Federal, como vimos acima, não analisa as questões postas pelo Estado, mesmo quando específica e concretamente suscitadas, reduzindo, *grosso modo*, toda e qualquer argumentação sobre razoabilidade e legitimidade das escolhas alocativas da Administração ou sobre carência de recursos (materiais e/ou financeiros) a questões menores, interesses secundários que não merecem sequer ser analisados.

É interessante notar, *a latere*, que, pela segunda vez, mencionamos referências a *direito abstratamente que pelos termos constitucionais “todos” têm*⁶²⁹ e a *todos temos direito à saúde*⁶³⁰, lembrando a alusão doutrinária de que, nesses casos, “o conflito ‘quase’ que não é jurídico. Não se nega o direito de todos, apenas não se tem como atender”;⁶³¹ o que faz remontar ao conceito pragmático de direito fundamental.⁶³²

8.4 Contestação do réu. Necessidade de concreta informação sobre os parâmetros administrativos pertinentes.

Como veremos no próximo item, nas ações relativas a direitos fundamentais sociais e políticas públicas, deve o juiz conduzir o processo de forma a assegurar uma

⁶²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97 et. seq.

⁶²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 224, p. 121-153, out. 2013. espec. p. 141.

⁶²⁹ Veja-se a citação de LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 155-173, espec. p. 168, nota 10; em a nota 539, *supra*.

⁶³⁰ *Vide* a transcrição de THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 224, p. 121-153, out. 2013. espec. p. 141, *supra*.

⁶³¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 68.

⁶³² *Vide* Capítulo 2, item 2.3, *supra*.

feição eminentemente dialógica, com efetiva cooperação dos sujeitos processuais e interlocução interinstitucional, sem desconsiderar o interesse público imanente, que recomenda o pleno exercício dos poderes judiciais, como o poder de instrução e o poder de coerção.⁶³³

A audiência de conciliação e mediação, prevista no art. 334 do CPC, em princípio, não tem lugar. Ainda que, em tese, direitos indisponíveis possam admitir autocomposição (cf. art. 3º da Lei 13.140/2015), não incidindo, assim, de forma absoluta, o inciso II do § 4º do art. 334, além das dificuldades inerentes à realização de acordos pelos entes públicos,⁶³⁴ nas hipóteses de que estamos tratando parece inconcebível a possibilidade da conciliação para beneficiar somente o autor da ação. Não obstante, considerada a intervenção do Ministério Público nessas ações individuais (art. 178, I ou II, do CPC), a audiência de conciliação e mediação poderia ensejar, posto que excepcionalmente, a realização de compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85),⁶³⁵ mecanismo de autocomposição,⁶³⁶ já adequando a política social e permitindo, imediata ou brevemente, a prestação de modo universal e igualitário. Mas o nosso foco agora é outro.

Feito o registro, cabe ressaltar, como se deduz da farta jurisprudência analisada,⁶³⁷ que defesas simplesmente doutrinárias, sustentando a separação dos poderes, discricionariedade administrativa e coisas que tais, são insuficientes. Os entes públicos deverão demonstrar concretamente por que não foram disponibilizadas vagas para a educação infantil e ensino fundamental a todos os

⁶³³ Na verdade, é contraditório invocar o pleno exercício do poder de coerção do juiz logo após ressaltar o processo cooperativo, mas, infelizmente, não há entre nós uma cultura arraigada de respeito institucional e cumprimento de decisões judiciais.

⁶³⁴ “Isto porque, em nome da autonomia federativa, cada ente possui suas próprias regras relativas à autocomposição, sendo imprescindível que haja lei ou ato da Chefia do Poder Executivo” (RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 384). Mas se a autorização for genérica (ex. Lei 10.529/01, art. 10, par. ún.; Lei 12.153/90, art. 8º; Lei 9.469/97, arts. 1º e 2º), exige ato normativo “público e com critérios para a realização da autocomposição [...] imprescindível para que se obedeça aos princípios da publicidade e, especialmente, da impessoalidade”, pois “[é] preciso que existam elementos de controle para a análise dos acordos realizados”, e menciona os seguintes elementos: “a) agente competente; b) finalidade legítima; c) motivos razoáveis e d) formas transparentes e controláveis – *accountability*.” (PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público: uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 261, p. 467-497, nov. 2016. p. 473 *et seq.*, com várias referências doutrinárias).

⁶³⁵ O art. 174, inc. III, do CPC alude à celebração de termo de ajustamento de conduta, em âmbito administrativo, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

⁶³⁶ Apesar da dissensão doutrinária sobre a natureza jurídica do TAC, não parece haver dúvida de que de autocomposição se trata. Para o exame detido sobre a natureza jurídica, vejam-se RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 122 *et seq.*; e PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017. p. 175 *et seq.*

⁶³⁷ Vide item 7.2, *supra*.

estudantes da região e as providências cabíveis para solucionar o problema; ou por que dito tratamento ou medicamento não é fornecido, se o não fornecimento decorre de decisão administrativa expressa, se há estimativa de cointeressados naquele tratamento ou medicamento e estudos sobre viabilidade/conveniência (impacto financeiro etc.) para sua implantação... Em suma: o porquê da indisponibilidade de vagas ou da não concessão do tratamento-medicamento.

Nessa perspectiva, alegação concreta de que o fornecimento do medicamento de alto custo *Y*, que deveria atender a *X* pacientes, representando uma despesa *Z*, comprometeria a execução ou ampliação da provisão de medicamentos básicos para grande contingente de pessoas ou outro(s) medicamento(s) de alto custo com melhor custo-efetividade, por exemplo, exigiria do magistrado a fundamentação do motivo pelo qual essa alocação de recursos é injustificada e antijurídica. O exemplo é simplório, já que as escolhas trágicas são extremamente complexas, envolvendo inúmeras variantes, mas busca apenas mostrar que, expostas as efetivas razões da atuação administrativa, no contexto da reivindicação realizada, a decisão concessiva não poderá simplesmente mencionar que se trata de interesses secundários do Estado. Não haverá alegação de ofensa em abstrato à separação de poderes (art. 2º da CF), mas debate específico se os motivos invocados pelo magistrado são suficientes para embasar a atuação *corretiva* do Judiciário.

Acaso não prestadas informações bastantes, deve o juiz, consoante o princípio da cooperação (art. 6º do CPC), especificamente da “cooperação do tribunal com as partes”, ensejar “o suprimimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes”.⁶³⁸ Em lição consagrada, a “progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado uma trave mestra do processo civil moderno, tem levado a falar numa *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”.⁶³⁹

Lembre-se, ademais, como vimos no item anterior, o interesse público imanente nesses processos, cujas questões de mérito, mesmo em ação individual,

⁶³⁸ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 147-160, jul./set. 2012. espec. p. 156; THEODORO JÚNIOR, Humberto. As normas fundamentais do processo civil. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-23, espec. p. 17.

⁶³⁹ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p.190. O CPC português, no art. 7º, dispõe sobre o “princípio da cooperação”, e prevê: “O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência” (art. 7º, 2).

abrangem a juridicidade da política pública existente,⁶⁴⁰ as consequências práticas, inclusive econômicas, da decisão, a necessidade e a adequação da medida imposta, a universalidade e igualitarismo na concessão da prestação social.

Esse largo âmbito de cognição pode parecer assustador, mas se o Poder Judiciário está agindo como coautor das políticas públicas⁶⁴¹ e coadministrador, deve enfrentar os problemas correlatos, e não apenas deferir o pedido, com abstração da real escassez e necessidade de alocação de recursos públicos.⁶⁴²

8.5 Um novo processo

Como já mencionamos, em ações relativas a direitos fundamentais sociais e políticas públicas, o juiz deve conduzir o processo de forma a assegurar uma feição dialógica, com efetiva cooperação dos sujeitos processuais, interlocução interinstitucional, amplo contraditório e profícua instrução. A ideia, por vezes mencionada pelos estudiosos dos processos estruturais,⁶⁴³ foi precisamente enunciada, no âmbito geral do controle jurisdicional de políticas públicas e da implementação de uma nova política, por Ada Pellegrini Grinover: “O juiz deverá utilizar um novo processo, com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da administração para poder chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível”⁶⁴⁴

Antes da perfeita conclusão, desenvolveu a estimada professora da USP em seu célebre estudo:

Nessa visão do papel do juiz, o processo deverá obedecer a um novo modelo, com

⁶⁴⁰ “[...] juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em sala de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário” (SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599, espec. p. 588).

⁶⁴¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150, espec. p. 129.

⁶⁴² O tema será desenvolvido quando cuidarmos do julgamento do mérito.

⁶⁴³ Cf., v. g., LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (Org.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 2-11, *passim*. VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 369-422, espec. p. 395 *et seq.* ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 225, p. 389-410, nov. 2013, espec. p. 402.

⁶⁴⁴ O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150, espec. p. 149, conclusão e.

cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amici curiae*. Caberá também ao juiz atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância.⁶⁴⁵

Essa noção, em essência, deve ser observada em qualquer ação que vise a obter prestação social não contemplada nas políticas públicas estabelecidas ou que abranja políticas públicas, ainda que deva sofrer, em tese, certas atenuações em processos ditos individuais. É que as características admitidas para os processos estruturais, a nosso ver, inclusive a dimensão prospectiva, devem ser normalmente estendidas às ações envolvendo políticas públicas.

Sergio Arenhart, após se referir à insuficiência da estrutura do processo civil tradicional (bipolar), especialmente na dimensão do direito público ou em certas situações complexas reguladas pelo direito privado, alude a “uma demanda em que certa pessoa pretende uma cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde”, e ensina:

Ao contrário do que se pode imaginar, este (aparentemente) inocente litígio não é apenas entre o seu direito à saúde (ou à vida) e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Ele embute em seu seio graves questões de política pública, de alocação de recursos públicos e, *ultima ratio*, de determinação do próprio interesse público. Com efeito, o juiz, ao decidir essa demanda, poderia estar, por exemplo, desalojando da prioridade de cirurgia do Poder Público outro paciente quiçá em estado ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando recursos – dinheiro, pessoal, tempo etc. – de outra finalidade pública essencial. E sem dúvida, estará, sempre, interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão.⁶⁴⁶

Desse eloquente exemplo é possível verificar que “a tentativa de superação de déficits de operação de políticas públicas deve necessariamente considerar o caráter público e o alcance coletivo de sua compreensão”,⁶⁴⁷ ainda que não se trate de processo coletivo estrutural.

O Código de Processo Civil agora em vigor, permite ao juiz atuar nesse sentido, a começar pela *cooperação* entre sujeitos processuais, prevista expressamente na

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 139.

⁶⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. espec. p. 392-393.

⁶⁴⁷ RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 513-539, espec. p. 516. Mas os autores – para deixar claro – analisavam “medidas estruturantes”.

“norma fundamental” do artigo 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório, assegurado constitucionalmente, e um consectário do princípio da boa-fé objetiva.⁶⁴⁸ Dessa forma, em verdade, antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina nacional “já reconhecia a presença do princípio da cooperação no devido processo legal assegurado por nossa Constituição, à base de um contraditório amplo e efetivo”⁶⁴⁹

“O regime democrático”, salienta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “exige a participação em cooperação de todos aqueles que possam ser afetados pelo exercício de determinado poder do Estado, que só assim poderá ser considerado legítimo”⁶⁵⁰

O próprio contraditório, portanto, previsto no inciso LV do art. 5º da CF e no art. 7º, *in fine*, do CPC, é “corolário do princípio político da participação democrática”, constituindo um *megaprincípio* que deve ser efetivo instrumento “de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões e de cooperação entre todos os sujeitos do processo (Código de 2015, art. 6º)”⁶⁵¹ sendo absolutamente tranquilo, destarte, invocar o contraditório amplo, efetivo e estimulado, especialmente em casos de litigância de interesse público.

Além disso, tratando-se de litigância de interesse público avulta a importância de o tribunal exercer plenamente os seus poderes na direção do processo (art. 139 do CPC), de modo particular, à luz dos princípios do contraditório e da cooperação, assegurar às partes igualdade de tratamento (inc. I) e dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (inc. VI), sendo certo que esta dilação de prazos somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular (art. 139, parág. único). É claro que, se o juiz pode dilatar o prazo *ex officio*, nada impede a dilação a requerimento da parte, desde que a solicitação seja deferida antes do encerramento do prazo (arg. *ex art.* 139, parág. único).⁶⁵²

⁶⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As normas fundamentais do processo civil. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-23, espec. p. 15.

⁶⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *loc. cit.* No mesmo sentido, com várias citações doutrinárias, DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 18.

⁶⁵⁰ In: ALVIM, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70.

⁶⁵¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I. p. 513 e 514

⁶⁵² Com razão, GAJARDONI, Fernando da Fonseca sustenta que o requerimento da parte *não tem* o condão

Ainda com relação à chamada *flexibilização do procedimento*, além de hipóteses de flexibilização *legal*, como a prevista no inciso VI do artigo 139,⁶⁵³ não se afigura impossível cogitar, ainda mais excepcionalmente, na flexibilização *judicial*. Com efeito, mesmo sem previsão legal expressa, por força do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV), entende a melhor doutrina que, se alguma peculiaridade considerável do caso exigir determinada adequação procedimental, para viabilizar a “justa solução do caso concreto”⁶⁵⁴ ou garantir direito fundamental à efetividade, à prova (art. 5º, XXXV), ao contraditório ou à ampla defesa (art. 5º, LV), por exemplo, caberá ao juiz realizá-la.⁶⁵⁵

É evidente, entretanto, que, para haver a flexibilização procedimental nessas hipóteses, as partes precisam ser previamente intimadas para se manifestar sobre a adequação cogitada (art. 10 do CPC), assegurado o contraditório (arts. 5º, LV, da CF e 7º do CPC), e a decisão que porventura implantar a modificação deverá ser fundamentada, ainda com maior profundidade quando se tratar de flexibilização judicial. Vale dizer: adequações do procedimento sempre são excepcionais,⁶⁵⁶ adequações *judiciais* são excepcionalíssimas, mas em controle jurisdicional de políticas públicas podem encontrar melhor justificação.

Com relação ao poder de instrução, mais do que simplesmente determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, como disposto no inciso VIII do art. 139, caberá ao juiz (ou tribunal)⁶⁵⁷, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, *ex vi* do art. 370 do Código de Processo Civil.

de suspender o prazo em curso, em vista dos princípios da celeridade e da boa-fé (arts. 4º e 5º do CPC), e a fim de evitar fraudes (com a parte postulando ampliação, apenas, para ter mais prazo até que o magistrado aprecie o pedido de ampliação). In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 255, item 13.

⁶⁵³ Outros exemplos são encontrados, *v. g.*, nos artigos 355 e 373, § 1º, do CPC.

⁶⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. v. I. p. 75.

⁶⁵⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 118; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 252 e 253.

⁶⁵⁶ GAJARDONI enumera, em síntese, os seguintes critérios para aplicação do art. 139, VI: 1º) Caráter subsidiário; 2º) Finalidade para a flexibilização, que pode ser (a) ligada ao direito material, (b) relacionada com a higidez e utilidade do procedimento ou (c) relacionada com a condição da parte; 3º) Observância do contraditório; 4º) Fundamentação (In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254-255, item 11).

⁶⁵⁷ Não há preclusão: “o próprio Tribunal poderá determinar a baixa do feito em diligência, para colheita de prova que reputar indispensável para a solução do litígio” (ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 643). Ademais: “O poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro mesmo que o juiz tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte; não ocorre, para ele, preclusão” (*O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 56).

É preciso ter sempre em mente, como estamos nos esforçando em demonstrar, o interesse público *potencializado* imanente às ações relativas a direitos fundamentais sociais, ainda que de feição (aparentemente) individual, pois não se reduz o julgamento do mérito, com perfeição, ao simples acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, o pedido. Ao revés: deve o juiz considerar a situação geral para apreciar o pedido, e buscar satisfazer o próprio direito social porventura violado, sob pena de incrementar o desequilíbrio social e apostar em concessões lotéricas. Desprezadas as consequências práticas e sociais da decisão, quer seja julgado procedente ou improcedente o pedido, a solução será socialmente injusta, pois alheia ao bem comum, quer dizer, à realização mesma do direito social.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 373 do Código de Processo Civil, nesse contexto, mostra-se de enorme utilidade, na medida em que permite “adequar a distribuição ao caso concreto, atribuindo o ônus da prova à parte que estiver em melhor condição de fazê-lo”.⁶⁵⁸ De fato, o § 1º é claro ao prever, genericamente, que, “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Desse modo, afigura-se importantíssimo o correto exercício do poder instrutório pelo magistrado, sendo certo, porém, “que a mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício, na instrução do feito, de modo algum dispensa o órgão judicial de respeitar [...] a garantia do contraditório” e “do dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual”.⁶⁵⁹

Assumem relevo, por conseguinte, o saneamento e a organização do processo, em especial o saneamento cooperativo, previsto no § 3º do art. 357 do CPC, na linha do já citado art. 6º, para a hipótese de *a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito*, viabilizando “uma mais adequada e mais correta percepção das questões fáticas e jurídicas pelo magistrado”,⁶⁶⁰ bem como da complexidade da prova, sua eficiência, e a precisa delimitação das questões técnicas sobre as quais recairá a atividade probatória.

⁶⁵⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 2, p. 199-200.

⁶⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45-51, p. 49.

⁶⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. ampl. Atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2.018. p. 394.

No mais, conquanto seja evidentemente relevante a precisa observância de todos os incisos do artigo 139 do Código de processo Civil, merecem exame específico as hipóteses dos incisos V e X.

8.6 O Projeto de Lei 8.058 de 2014

O PL 8.058, de 2014, da Câmara dos Deputados, como esclarece sua Justificação, é fruto de anteprojeto de lei elaborado, originalmente, pelos eminentes professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, a partir das pesquisas desenvolvidas pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), e das conclusões de seminário conjunto realizado com o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010. Posteriormente, o anteprojeto foi apresentado e debatido em cursos de pós-graduação e diversos seminários, nacionais e internacionais, até chegar ao projeto proposto pelo Deputado Paulo Teixeira, em 04/11/2014, que: “Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”.⁶⁶¹

Ainda em trâmite no Congresso, o projeto foi submetido a audiência pública em 01/09/2015 e, há pouco, em 11/04/2018, houve novo requerimento para “a realização de audiência pública para discutir o PL 8.058, de 2014,” em tramitação na Comissão de Finanças e Tributação (CFT).

Entrementes, os doutos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Henrique dos Santos Lucon, após análise do Projeto 8.058, artigo por artigo, apresentaram “Considerações finais e proposta de substitutivo”.⁶⁶²

Vamos apenas mencionar alguns aspectos que nos parecem mais relevantes, com base no texto oficial publicado no Diário de Câmara dos Deputados de 8 de novembro de 2014.⁶⁶³ O Projeto enumera, no artigo 2º, os princípios que, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais, regem o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, quais sejam: proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas, equilíbrio orçamentário (incisos I a VIII).

⁶⁶¹ O Projeto e sua Justificação, com detalhado histórico do seu desenvolvimento, estão disponíveis em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DF6C6AB67A7A88A3312BF19E43C57CF3.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014>. Acesso em: 23 nov. 2018.

⁶⁶² Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal!/PORTAL.wwpob_page.show?_docname=257678.9.PDF>. Acesso em: 23 nov. 2018.

⁶⁶³ Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020141108001680000.PDF#page=40>>. Acesso em: 24 nov. 2014. Este texto não coincide com o examinado nas referidas “Considerações finais e proposta de substitutivo”.

Os quatro últimos princípios destacados são constantemente exaltados no presente trabalho, e não apenas como princípios, mas como metas e limites ao julgamento do mérito. O equilíbrio orçamentário, em particular, é essencial para o desenvolvimento do País e, conseqüentemente, para viabilizar a consecução gradual dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF). Sua inserção no inciso VII do rol exemplificativo do art. 2º, aliás, não significa, a nosso ver, uma hierarquização, até porque de princípios constitucionais se trata.

O parágrafo único do artigo 2º, ao especificar as *características* do processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, deixa claro sua maior atenção com os processos estruturais, como se vê de seus onze incisos:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes [“com o objetivo de solucionar por completo o conflito”]⁶⁶⁴;
- II – policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
- VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
- IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;
- X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;
- XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

Antes de passar ao exame de alguns pontos do Projeto, em cotejo com as características assim estabelecidas, convém ressaltar a perspectiva crucial consignada em sua Justificação, de que se busca “a construção do consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitam o controle da

⁶⁶⁴ Acréscimo sugerido pelo Substitutivo.

constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador.”⁶⁶⁵

Posto isso, verifica-se que os incisos I, II, VII, IX, X e XI são voltados aos processos estruturais. Bem assim, os incisos III, IV e V são normalmente invocados pela doutrina no estudo dos processos estruturais,⁶⁶⁶ mas a feição dialogal e a cognição ampla e profunda também são relevantes, ainda que em proporção variável, em todas as ações que envolvam controle de políticas públicas,⁶⁶⁷ como salientamos no item anterior.

Interessante notar, por falar em ações que envolvam controle de políticas públicas, que o Projeto se refere, no art. 24, ao tratar “Das Relações entre Magistrados” (Capítulo VII), a “ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas”, para determinar que os tribunais promovam encontros periódicos, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento dessas ações, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.⁶⁶⁸ Da mesma forma, prevê o art. 31: “No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar varas especializadas⁶⁶⁹ para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.”⁶⁷⁰ Logo, o Projeto enfatiza que qualquer ação que aborde, mesmo indiretamente, políticas públicas deve seguir suas disposições, como completa o art. 22: “Quando o controle da política pública não for objeto específico da ação, mas questão individual ou coletiva suscitada no processo, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 18 a 22.”

Além disso, a partir da referência do inciso VIII “às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público”, é possível

⁶⁶⁵ Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020141108001680000.PDF#page=40>>. Acesso em: 24 nov. 2014. Grifo nosso.

⁶⁶⁶ Cf., por todos, ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448, *passim*.

⁶⁶⁷ Veja-se, por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150, *passim*.

⁶⁶⁸ E complementa: “Parágrafo único. Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões regionais com o mesmo objetivo, com periodicidade adequada.”

⁶⁶⁹ PERLINGEIRO, Ricardo, em termos gerais, questiona “se não seria oportuno pensarmos não apenas em um tribunal especializado, mas em um tribunal que também fosse dotado de uma composição multidisciplinar” (A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 41 p. 184 a 203, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018. espec. p. 194).

⁶⁷⁰ Grifo nosso.

observar a importância atribuída pelo Projeto aos “Meios Alternativos de Solução de Controvérsias”, título do Capítulo V (arts. 11 a 13), havendo alusão ao juízo arbitral, à mediação e à conciliação (art. 11, *caput*). O § 2º do art. 11 é expresso ao prever que “[a] audiência de mediação ou conciliação será obrigatória quando se tratar de direito passível de transação”, mas seria melhor mencionar, à semelhança do Código de Processo Civil (art. 334, § 4º, II, *a contrario sensu*), “direito passível de autocomposição”, termo mais amplo que abrange as três alíneas do inciso III do artigo 487. O Projeto, em verdade, prende-se exageradamente ao termo transação, repetido em todos os artigos do Capítulo V, e chega a tomar posição, no parágrafo único do artigo 13, ao afirmar que “[o] termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação”, tema assaz controvertido em doutrina,⁶⁷¹ sendo certo, a despeito da regra legal, que genuínas políticas públicas não se sujeitam livremente a concessões mútuas, típicas do contrato de transação (art. 840 do CC).

O inciso VI indica que os processos especiais para controle jurisdicional de políticas públicas são “flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto”. No mesmo sentido, após estabelecer o prazo de 30 (trinta) dias para contestação, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, reza o art. 17 que o processo deve observar, “no que couber, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor adequação ao objeto da demanda”. Nesse contexto, poderia parecer que o Projeto rejeita a flexibilização *judicial* do procedimento, apenas admitindo a modificação consensual ou negocial, o que seria, a nosso ver, uma demasia, porquanto, embora excepcional, como mencionado no item anterior,⁶⁷² a flexibilização judicial pode ser necessária.

Na proposta de Substitutivo apresentada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Henrique dos Santos Lucon,⁶⁷³ foi sugerido o acréscimo de parágrafo único ao art. 16 (art. 17 do Projeto), que atenua o problema:

Parágrafo único. As partes, de comum acordo, e o Juiz, de ofício, poderão dilatar os prazos previstos nesta lei e introduzir outras alterações no procedimento, para adequá-lo ao caso concreto, bem como modificar o pedido e a causa de pedir, até a prolação da sentença, observado o contraditório.⁶⁷⁴

Em relação à competência, dispõe o art. 3º, de modo restritivo, que “[é] competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal”, mas não se pode desconsiderar o controle jurisdicional de

⁶⁷¹ Vide o item 8.4, *supra*.

⁶⁷² 8.5, *supra*.

⁶⁷³ Referido, daqui por diante, simplesmente como Substitutivo.

⁶⁷⁴ Grifo nosso. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2576789.PDF>. Acesso em: 23 nov. 2018.

políticas públicas trabalhistas ou eleitorais. Ainda no art. 3º, o Projeto alude ao controle judicial de políticas públicas “por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais”, salientando assim que, em princípio, a via adequada para o controle de políticas públicas é a dos processos coletivos.

Mas o Projeto não descarta ações individuais, às quais dedicou o Capítulo X, artigos 28 a 30. O Substitutivo, além de se referir a “Demandas Individuais”, e não a “Ações Individuais”, como o Projeto, sugere a seguinte redação para o art. 27 (art. 28 do Projeto): “Art. 27 – A via processual adequada para o controle jurisdicional de políticas públicas é a coletiva, sendo que o processamento e julgamento dos processos coletivos terão prioridade sobre os das demandas individuais, ressalvadas as preferências já previstas em lei.”

O Projeto adota, como se vê desde o inciso III do artigo 2º, a tese da “garantia do mínimo existencial”, o qual define no parágrafo único do artigo 7º: “Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.” Já estudamos, no presente trabalho, a fluidez do conceito de mínimo existencial, que, portanto, ao nosso ver, embora constitua um valor a ser observado, não é proveitoso como parâmetro ou limite de atuação.⁶⁷⁵

A questão não se resolve, nem se reduz, por simples definição legal. Substanciosas monografias, como, por exemplo, o clássico *O Direito ao Mínimo Existencial*, de Ricardo Lobo Torres,⁶⁷⁶ enfrentaram longamente o tema e não conseguiram delimitar suficientemente o mínimo, que se reconhece flexível e elástico.⁶⁷⁷ Enfim, a primeira parte da definição do parág. único do art. 7º, apesar da sempre censurável ressalva “para efeito desta lei”, em si obsoleta, segue orientação frequente da doutrina. A segunda parte do dispositivo, por sua vez, se não for salientado que a oração *em relação ao específico direito fundamental invocado* se refere à demanda e ao pedido formulado, dá a impressão de ser redundante a definição.

Na linha do mínimo existencial, todavia, o Projeto faz restrições. Com efeito, vejamos os artigos 7º e 28:

Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.

⁶⁷⁵ Cf. Capítulo II, item 2.1, *supra*.

⁶⁷⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁶⁷⁷ Cf., ainda, o item 2.1 *supra*, com remissões e críticas a outros livros sobre a matéria.

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

O Substitutivo, com relação ao art. 6º (art. 7º do Projeto), se limita a retirar a indicação “do art. 273”,⁶⁷⁸ mas em relação ao art. 27 (art. 28 do Projeto), além de sugerir, como vimos acima, nova redação para o *caput*, converte o *caput* original em § 1º, com o seguinte teor:

Par. 1º – Nas demandas que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, a parte, para obter a tutela, deverá comprovar que o bem pretendido integra, no caso concreto, o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 6º [7º do Projeto] e que existe razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Assim sendo, como advertem os próprios autores do Substitutivo, ao analisarem os artigos 7º e 28 do Projeto (art. 6º e § 1º do art. 27 do Substitutivo), respectivamente:

[...] A antecipação só é possível em caso de mínimo existencial ou de norma de eficácia plena e completa da Constituição. Quando disto se tratar, acolhe-se a posição do STF no sentido de que o atendimento do mínimo existencial ou de norma Constitucional de eficácia plena e completa não há que se indagar da existência da *reserva do possível*.

[...]

Sugere-se a redação acima, em substituição à apresentada no projeto, que determinava a negação da tutela individual quando não se tratasse de mínimo existencial ou de bem assegurado em norma constitucional de eficácia plena e imediata. O dispositivo, da forma em que era redigido, poderia ser acoimado de inconstitucional, por coibir o acesso à justiça para a defesa de direitos subjetivos individuais. Sugere-se, assim, que a obtenção da tutela individual seja condicionada à comprovação da presença dos dois requisitos, acrescidos do pré-requisito da razoabilidade. Afinal, a garantia de acesso à justiça (inc. XXXV do art. 5º CF) deve fazer-se pela via mais adequada, coletiva ou individual, conforme o caso. Só assim o acesso à Justiça pode efetivamente transformar-se em acesso à ordem jurídica justa, na feliz expressão de Kazuo Watanabe.⁶⁷⁹

⁶⁷⁸ Art. 6º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do disposto no Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 5º.”

⁶⁷⁹ Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2576789.PDF>. Acesso em 25 nov. 2018. Grifado no original.

Essas condicionantes à antecipação (tutela provisória) e à tutela individual, que nos parecem salutares e recomendáveis, e deveriam ser imediatamente observadas, por força da correta interpretação da Constituição, significam, no entanto, considerável restrição à jurisprudência, que vem concedendo – equivocadamente – medicamentos e tratamentos como se o direito à saúde fosse absoluto, sem levar mais nada em conta. Medicamentos de alto custo, aliás, *não estão* compreendidos no mínimo existencial, conforme as definições doutrinárias prevalecentes e lições de maior autoridade.⁶⁸⁰

O Substitutivo sugere, ainda, a inserção de § 2º ao art. 27, determinando que: “Na hipótese de demandas individuais repetitivas, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinará a reunião dos processos e suscitará, como incidente, o procedimento previsto para a fase preliminar”, o que se mostra importantíssimo para a governabilidade, mas de delicada composição com os incidentes de julgamento de casos repetitivos previstos no Código de Processo Civil. De nossa parte, contudo, como o julgamento de casos repetitivos (art. 928) se afigura insuficiente para ações que abranjam o controle de políticas públicas,⁶⁸¹ a alternativa do § 2º, sob exame, seria mais eficiente, por ensejar a concentração de julgados e a consequente ampliação do contraditório, realmente vantajosa nesse tipo de processos. Destarte, conquanto sejam mais trabalhosas a reunião de processos e a suscitação do incidente, consoante o § 2º, a solução mostra-se consentânea com o controle jurisdicional de políticas públicas e atende melhor ao nosso modelo constitucional de processo.

Para complementar, o Substitutivo sugere, igualmente, o acréscimo de § 3º ao art. 27, prevendo que “[o] disposto no parágrafo 2º aplica-se às demandas individuais repetitivas em curso perante os Juizados Especiais Cíveis, devendo estes remetê-las para o juízo comum, para os mesmos fins previstos acima.”

Também sugere o Substitutivo a inserção de norma dispondo sobre a suspensão de processos individuais: “Art. 29 – Na pendência de processos coletivos e individuais, estes ficarão suspensos até a sentença final coletiva, ressalvados os

⁶⁸⁰TORRES, Ricardo Lobo, com relação a medicamentos caros e importados, fala em “predação da renda pública pela classe média e pelos ricos” (*O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 132 e 256, esta correspondente ao trecho aspeado). Bem assim, lembre-se a definição de BARCELLOS, Ana Paula de: “Na linha do que identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça” (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258 – grifado no original).

⁶⁸¹Vide o item 8.7, *infra*.

casos em que já tiver se encerrado a instrução, retomando seu curso na hipótese de extinção ou improcedência da demanda coletiva, com suspensão da prescrição.”

Ainda no que concerne a ações individuais, o art. 30 do Projeto disciplina a conversão da ação individual em ação coletiva, tendo sido sugerida pelo Substitutivo “redação melhorada da constante do art. 333 do novo CPC, que acabou vetado pela Presidência da República”. A nova redação, aprimorada, além de compreender “a ação individual que tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete a um tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade” e “a ação individual que tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária” (art. 30, I e II), como faziam, em substância, os incisos I e II do artigo 333 do CPC, acrescentou o utilíssimo inciso III ao artigo 30, para incluir “as ações individuais repetitivas descritas nos par. 2º e 3º do artigo 27”, ou seja, correspondentes a interesses individuais homogêneos.⁶⁸²

Depreende-se outrossim do Projeto, a conveniente atenção com a reunião de processos, estabelecendo o artigo 23 (Capítulo VI) a reunião em primeiro grau: “Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível”; e o artigo 25 (Capítulo VIII) a reunião em grau de recurso: “Quando o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.” A redação do art. 25, todavia, está truncada, devendo ser interpretado, conforme modificação sugerida pelo Substitutivo, no sentido de que “os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível [...]”. Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil (art. 23, parág. único).

A grande inovação do Projeto, em especial, foi instituir, em Capítulo próprio (III), a Fase Preliminar (arts. 6º a 10), na qual se inicia “o diálogo entre a Administração,

⁶⁸² O texto do Substitutivo, para permitir sua consulta integral, está inserido em apêndice.

o juiz e as partes⁶⁸³ e serão *notificados* (art. 6º) o Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado: “I – o planejamento e a execução existentes; II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção; IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas; V [rectius, VI] – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.”

É marcante a preocupação do Projeto com as informações da autoridade, mencionando a aplicação das “sanções previstas no Código de Processo Civil”, se não forem prestadas, e a possibilidade de o juiz “convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo” (art. 8º, *caput*), a possibilidade de utilização de técnicos especializados para assessorar o juiz na análise das informações (art. 8º, § 2º), como ainda:

Art. 9º. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

O art. 10 prevê, *caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar*, que “o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados”, sendo admitida, tanto na fase preliminar e como no processo judicial, “a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente” (art. 10, parágrafo único).

O projeto tomou o cuidado, na fase preliminar, de se referir à notificação do Ministério Público e da autoridade responsável, aludindo à “citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta” (art. 14) ou, segundo o Substitutivo, à “citação da pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável e de seu representante judicial, para responder” (art. 13), apenas no Capítulo V, Do Processo Judicial, visando a configurar, como se expressam os próprios autores do projeto original, uma fase “pré-processual”.⁶⁸⁴ O artigo 6º do Projeto (art. 5º do Substitutivo), que inaugura a Fase Preliminar, no entanto, é expresso ao afirmar que: “Estando em ordem a petição inicial, o juiz a *receberá* [...]”,

⁶⁸³ A observação é dos autores do Substitutivo.

⁶⁸⁴ Vejam-se as referências dos autores do Substitutivo à “fase preliminar, pré-processual”, ao analisarem os arts. 3º e 5º do Projeto. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2576789.PDF>. Acesso em: 25 nov. 2018.

sendo certo, de qualquer maneira, que a partir da propositura da ação há processo, embora incompleto, entre autor e juiz, o qual pode ser extinto, antes mesmo da citação do réu, mercê do indeferimento da petição inicial (art. 487, I, do CPC).

Na verdade, o Projeto vai mais longe, ao dispor:

Art. 14. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta.

Parágrafo único. Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.⁶⁸⁵

Assim, apesar do teor pouco claro do dispositivo (tal qual do art. 13 do Substitutivo), como ainda não houve a citação da pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável, que nem sequer teve, por conseguinte, oportunidade de oferecer defesa, a alternativa, nesse “juízo de admissibilidade”, *podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação*, cuida, na primeira opção, de nova hipótese de julgamento de *improcedência liminar* do pedido, sendo intimados da sentença, conforme o parágrafo único, o autor (para poder recorrer), a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público (esta, decerto, nos termos do art. 241 do CPC).

Estabelece o Projeto, portanto, de forma algo obscura, mormente pela importância da matéria, que o juiz só deve determinar a citação da pessoa jurídica de direito público e dar prosseguimento ao processo se concluir, diante dos elementos e informações colhidos na fase preliminar, pela razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da atuação da Administração; do contrário, se restar convencido da razoabilidade da atuação da Administração e da correlata irrazoabilidade do pedido, deverá julgar, de pronto, improcedente o pedido.

Coerentemente, como se vê, o art. 4º do Projeto dispôs que “[a] petição inicial obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil e deverá *indicar com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública*, bem como a autoridade responsável por sua efetivação.”

O parágrafo único do artigo 4º do Projeto, sob outro enfoque, prescreve que: “A petição inicial indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence

⁶⁸⁵ Eis o artigo do Substitutivo: “Art. 13 - Não havendo acordo, o juiz examinará, no juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da Administração, podendo extinguir o processo, com resolução do mérito, ou determinar a citação da pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável e de seu representante judicial, para responder.

Parágrafo único – Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.”

a autoridade responsável pela efetivação da política pública, e em razão desta será determinada a competência.” Logo, à semelhança do que ocorre no mandado de segurança, é a autoridade responsável pela efetivação da política pública (e sua sede) que fixa a competência.

Dispõe também o Projeto, com proficuidade: “Art. 15. Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública *continuará vinculada ao processo*, inclusive para os fins do disposto no artigo 21.”

Art. 21. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Por força do art. 15, conseqüentemente, a autoridade responsável pela política pública é, e continua sendo, parte do processo, como acontece, aliás, nas *structural injunctions* norte-americanas,⁶⁸⁶ aludindo expressamente o art. 21 a sanções a que, em tese, fica sujeita a autoridade. Infelizmente, porém, este último dispositivo menciona “responsabilidade *solidária* do ente público descumpridor e da autoridade responsável”, esvaziando, em larga medida, a providência que normalmente constituiria o meio mais eficaz de coerção da autoridade, ou seja, a aplicação de multa direta e exclusiva ao agente público.

Determinada que seja a citação, o julgamento antecipado da lide é estimulado pelo Projeto, como se depreende do art. 16: “Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide sempre que possível.”

Deve ser ressaltada, igualmente, a liberdade concedida ao juiz (e o correspondente dever), pelo art. 18 do Projeto, de, se for o caso, determinar na decisão, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando

⁶⁸⁶ Cf. FISS, Owen M. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 25-51, espec. p. 27 e 42.

possível e adequado, representantes da sociedade civil (I); determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida (II). Segundo o § 3º, “[h]omologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º”, isto é, mediante “debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.”

Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, além disso, consoante o art. 19 do Projeto, poderá o juiz “nomear *comissário*, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.”⁶⁸⁷

O Projeto, no parágrafo único do art. 19, prevê que “[o]s honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela”. O Substitutivo, por seu turno, sugere a seguinte modificação: “A função poderá ser exercida pelo Ministérios Público, pela Defensoria Pública, por Câmara Especial de juízes e pela sociedade civil organizada, em conjunto ou separadamente”, justificando: “Sugere-se a substituição da previsão do custeio dos honorários do Comissário pelo Poder Público pela exemplificação de órgãos públicos ou instituições privadas que podem desempenhar a função, como tem sido feito em outros países”.

Não obstante o mérito da ideia, que deve realmente ser aperfeiçoada, a nomeação do Ministério Público para exercer a função de comissário soa de duvidosa constitucionalidade, pois as *outras funções*, a que se refere o inciso IX do art. 129 da Carta, são para atuar como autor ou fiscal da ordem jurídica.⁶⁸⁸ Bem assim, a Defensoria Pública, além de também exercer notáveis atribuições dispostas na própria Constituição da República (art. 134), está assoberbada. Câmara Especial de juízes é uma incógnita. Resta a sociedade civil organizada, a que se deveria acrescentar, para encerrar o parágrafo único, instituições públicas ou privadas, com reconhecidas credibilidade e *expertise*.

⁶⁸⁷ Como esclarecem os autores do Substitutivo, “[a] figura do comissário, assim denominado no processo jurisdicional administrativo italiano (*Codicedel processo amministrativo italiano: arts. 7.1; 20, 21, 27, 28, 112, 113 e 114*) também encontra equivalente no sistema norte-americano”, i. e., os *masters* (ou *special masters*) referidos no Capítulo V, itens 5.2 e 5.3, *supra*.

⁶⁸⁸ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 1.532.

Por fim, em razão da intrínseca natureza *rebus sic stantibus* da coisa julgada em ações que envolvem o controle judicial de políticas públicas, reza o art. 20 do Projeto: “O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.”

O duto Projeto é, sem dúvida, alvissareiro, mas cria um certo paradoxo, ao estabelecer sistema dispendioso, inclusive com a organização e manutenção, em cada circunscrição judiciária, de comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão (art. 28, parág. único), como se admitisse a perpetuação da função de coadministrador do Poder Judiciário, e renegando a constantemente declarada *excepcionalidade* de sua intervenção em políticas públicas. Nosso maior problema continua sendo a escassez de recursos, e projeta-se gastar ainda mais com a instrumentalização da função, em essência, de controle...

8.7 O esforço pela ação coletiva

Segundo o art. 139 e seu inciso X: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe [...] “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”⁶⁸⁹

Essa *incumbência* dada pelo CPC ao juiz é crucial. Por mais que seja necessária a ampla cognição judicial para o julgamento de ações que visem a prestações sociais não implementadas por políticas públicas, por mais que se empenhem juiz e partes, incluindo o Ministério Público,⁶⁹⁰ para a comprovação e compreensão geral das questões pertinentes, buscando a efetiva realização do alegado direito social, não se disporá da dimensão de uma genuína ação coletiva.

⁶⁸⁹ Antes havia o art. 7º da Lei nº 7.347/85: “Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.”

⁶⁹⁰ O Ministério Público é parte no processo, seja parte *parcial* ou *custos legis*. “Ser fiscal da ordem jurídica não significa não ser parte [...]. A *qualidade de parte* [...] consiste em ser titular das posições jurídicas ativas e passivas inerentes à relação processual e com isso poder participar ativamente do contraditório instituído perante o juiz (Liebman)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. II. p. 496 e 497, item 721 – grifado no original).

O instrumental do chamado microsistema de processos coletivos é sem dúvida maior, a começar pela possibilidade de instauração do inquérito civil público e de requisição de exames ou perícias pelo Ministério Público (art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85); pela possibilidade de assunção da titularidade ativa da ação civil pública pelo Ministério Público ou outro legitimado, no caso de desistência infundada ou abandono da ação pela associação legitimada (art. 5º, § 3º); pela inexistência de efeito suspensivo *ex lege* aos recursos (art. 14);⁶⁹¹ pelo dever do Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados, promover a execução da sentença (ou acórdão) transitada em julgado, se a associação autora não a promover em sessenta dias (art. 15); pela dispensa do 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 (art. 18); pelo duplo grau obrigatório de jurisdição, quando a sentença concluir pela carência da ação ou pela improcedência do pedido (art. 19 da Lei nº 4.717/65);⁶⁹² pelo regime especial da coisa julgada (art. 16 da Lei 7.347 e art. 103 da Lei nº 8.078/90).

É certo que o Ministério Público, mesmo intervindo como fiscal da ordem jurídica (art. 178 do CPC), em ação individual, “poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer” (art. 179, II, do CPC), mas a amplitude e a profundidade da atuação são naturalmente menores do que numa autêntica ação coletiva.

Na ação individual, deve o juiz, com a cooperação das partes (inclusive Ministério Público), em suma, examinar a juridicidade da política pública adotada e a razoabilidade da pretensão, até mesmo sob o enfoque das consequências práticas da decisão e da necessidade e da adequação da medida imposta, inclusive “em face das possíveis alternativas” (art. 20 da LINDB), o que exige a verificação da situação geral, mas na perspectiva da (possibilidade) de concessão daquela prestação social aos cointeressados, de forma universal e igualitária, sem embarçar outras prestações, como é imanente aos serviços públicos essenciais. Já na ação coletiva, cabe a própria revisão da política pública, até em âmbito nacional,⁶⁹³ num contexto

⁶⁹¹ Como se vê do dispositivo, o juiz *poderá* conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte, tratando-se, por conseguinte, de concessão *ope iudicis*.

⁶⁹² O STJ consagrou entendimento de que, além da aplicação analógica do art. 19 da Lei 4.717/65, no caso de improcedência do pedido aplica-se também, subsidiariamente, o CPC, hoje artigo 496, inciso I (2ª Turma, REsp 1.605.572/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 22/11/2017).

⁶⁹³ Basta pensar numa ação proposta pelo Ministério Público Federal ou outro legitimado de abrangência nacional. “No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante.” (STJ, Corte Especial, EREsp 1134957/SP, DJe 30/11/2016).

amplo, após irrestrita produção de provas, com intervenção de *amicus* ou *amici curiae* e realização de audiências públicas, acaso comprovada a sua antijuridicidade. Na ação individual podem, em tese, ocorrer audiência pública⁶⁹⁴ e intervenção de *amicus curiae*, mas a dinâmica será restrita e, pois, diferente.

A utilização da regra do inciso X do art. 139 do CPC, todavia, não se mostra habitual. Poucas vezes, aliás, têm os juízes oficiado ao Ministério Público ou à Defensoria Pública para promover, se for o caso, a propositura da ação coletiva. Na verdade, o que se observa é a infundável propositura de demandas individuais pela Defensoria Pública, como já aludido, sob a mirada da facilidade de vitória,⁶⁹⁵ mas sem contribuir, efetivamente, para a solução do problema social.

Aliás, sobre a generosidade do Judiciário em ações individuais, salientou muito bem Daniel Sarmento que “o Poder Judiciário brasileiro tem se mostrado, de um modo geral, muito mais generoso nas ações individuais do que nas coletivas, o que, na minha opinião, gera uma grave distorção, em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da racionalidade do sistema”, e esclarece o porquê: “na tutela coletiva, os magistrados não têm como escapar de uma reflexão que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial de universalização do que foi pedido”.⁶⁹⁶

O Ministério Público, que tem a árdua e honrosa atribuição constitucional de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e

⁶⁹⁴ “Já a possibilidade de convocação de audiências públicas está expressamente prevista no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, § 1º), no julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 1.038, II) e também na eventual necessidade de modificação tese jurídica de enunciado de súmula ou julgamentos de casos repetitivos (art. 927, § 2º). *Nada impede, todavia, que a depender da natureza da matéria em debate, o magistrado convoque audiência pública para auxiliá-lo no deslinde da controvérsia – esse é o verdadeiro cerne da cooperação, calçado no Estado Democrático de Direito.*” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: ALVIM, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 71-72 – grifo nosso).

⁶⁹⁵ Cf. VITTORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 284, p. 334-369, out. 2018. espec. p. 349-350 e nota 35.

⁶⁹⁶ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586, espec. p. 583. O Relatório de Pesquisa da Avaliação da Prestação Jurisdicional Coletiva e Individual a partir da Judicialização da Saúde, do CEBEPEJ, constatou “uma esmagadora preponderância das ações individuais: 90,28% das ações encontradas no TJ/SP eram tipicamente individuais, no TRF3 tais ações compuseram 92,3% das ações analisadas e no TJ/MG 89 %”, bem como que as ações individuais “ostentam uma grande probabilidade de êxito – mais de 93% das ações individuais ajuizadas no TJ/SP com base no direito à saúde foram julgadas procedentes em primeira instância, e o índice de reforma pelo Tribunal revelou-se baixíssimo. O mesmo cenário foi constatado no TRF3, em que 91,6% das ações tipicamente individuais foram julgadas total ou parcialmente a favor do autor, sendo que em nenhuma delas houve reforma em segunda instância. No TJ/MG esse percentual atingiu 86,4%”. Disponível em: <<http://www.cebepelj.org.br/admin/arquivos/e9797e31b063aad81b88c1d5ea360d0f.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

individuais indisponíveis” (art. 127), por sua vez, também vem se aventurando em propor ações estritamente *individuais*, ou seja, em benefício de *apenas uma pessoa*. O Superior Tribunal de Justiça tem legitimado essa atuação: “Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre”.⁶⁹⁷

A orientação, com a devida vênia, não entusiasma. Como assevera Eduardo Talamini: “Obviamente, a ação coletiva não se destina à tutela do direito de um único indivíduo”.⁶⁹⁸ Em termos gerais, ao analisar “a configuração do *interesse-adequação*” para as ações coletivas, Cândido Dinamarco afirma que só se admite “as ações públicas quando se tratar de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (CDC, art. 81, par., incs. I-III)”, e conclui:

O processo de uma ação civil pública proposta sem esse requisito é fadado à extinção sem julgamento do mérito, sendo o autor carecedor de ação por falta de interesse de agir (interesse-adequação) – como é o caso de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público ou algum outro legitimado em benefício de um reduzidíssimo número de possíveis beneficiados.⁶⁹⁹

Também nos parece, diga-se com a máxima reverência, que a atuação do Ministério Público em prol de um ou pouquíssimos indivíduos desnatura a sua função institucional, na medida em que “[a] relevância jurídico-constitucional do bem discutido não justifica, por si só, o emprego da ação civil pública”.⁷⁰⁰ A própria Constituição Federal, demais disso, elegeu a Defensoria Pública, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, para a orientação jurídica e defesa individual dos direitos dos hipossuficientes (art. 134).⁷⁰¹

Seja como for, ao menos em ordem de prioridade, é inegável que a propositura de ação coletiva é muito mais significativa, do ponto de vista social, do que a propositura de ações individuais, porquanto “se destina a produzir efeitos muito mais amplos e socialmente úteis que o *microprocesso* de conotação individualista”.⁷⁰²

⁶⁹⁷ 1ª Turma, REsp 948.579/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 13/09/2007 p. 178.

⁶⁹⁸ A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8). p. 109-131, espec. p. 121.

⁶⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I. p. 279 – grifado no original.

⁷⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8). p. 109-131, espec. p. 121, nota 25.

⁷⁰¹ A par, é evidente, da atribuição para a defesa de direitos coletivos (arts. 134 da CF e 5º, inc. II, da Lei 7.347/85).

⁷⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I. p. 278 – grifado no original.

As ações coletivas, em verdade, são essenciais para a íntegra tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e o controle jurisdicional de políticas públicas, sendo insuficientes os mecanismos de julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC). Com efeito: talvez o aspecto mais importante daqueles processos, como estamos vendo, seja a imperiosa necessidade da ampla cognição judicial, o exame de uma conjuntura vária e multifacetada, a análise de recursos (materiais, humanos e financeiros), e consequências práticas, em meio a múltiplos termos de alternativa, tudo imprescindível para a real e concreta verificação da legitimidade da política pública e da razoabilidade da pretensão social.

No incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), no entanto, por opção de política legislativa, apenas se cuida de questões *unicamente de direito*, ou, na dicção legal, é cabível o incidente quando houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (art. 976, I, do CPC). Já nos recursos especial e extraordinário, o efeito devolutivo, como se sabe, restringe-se às questões de direito,⁷⁰³ e o próprio artigo 1.036 do CPC deixa absolutamente claro em relação aos repetitivos: “Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica *questão de direito*, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.” (grifo nosso).

Ora, a *tese jurídica* vinculativa é estabelecida sem o efetivo exame das questões de fato, sem análise imediata da prova produzida e sem possibilidade de ser determinada – no incidente ou no recurso – a produção de provas complementares *ex officio*. Ainda que o Código de Processo Civil preveja que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (art. 984, § 2º),⁷⁰⁴ a preocupação legislativa é com os temas *jurídicos* envolvidos.⁷⁰⁵

⁷⁰³ “Nem o recurso extraordinário, nem o especial investe o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça de cognição quanto à matéria de fato, no sentido de que – conforme rezam os n.ºs 279 e 7 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* daquele e deste, respectivamente – nenhum dos dois abre ensejo ao reexame de provas (e menos ainda à colheita de outras), para apurar-se a exatidão daquilo que, em tal plano, assentou a decisão impugnada” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V. p. 597). Já na vigência do CPC/2015: “O efeito devolutivo do recurso [especial e extraordinário] é limitado, permitindo apenas a apreciação das questões de direito enfrentadas pelo órgão a quo” (*Direito processual civil contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 2. p. 1.014).

⁷⁰⁴ Embora o § 3º do art. 1.038, de redação semelhante à do § 2º do art. 984, tenha sido modificado pela Lei n.º 13.256/2016, para substituir a expressão “todos os fundamentos” por “fundamentos relevantes” e excluir a menção a “favoráveis ou contrários”, pode-se concluir que, a despeito das modificações, tratando-se de microssistema, também no julgamento de recursos repetitivos deverá o conteúdo do acórdão abranger a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários, interpretação que apenas complementa o teor atual do § 3º do art. 1.038.

⁷⁰⁵ “[...] devem ser analisados todos os fundamentos suscitados, que digam respeito à *questão de direito*

No que tange ao IRDR, em especial, basicamente três correntes se formaram quanto ao requisito de admissibilidade haver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão *unicamente de direito*”, prevista no inciso I do artigo 976: (a) fatos incontroversos; (b) situação fática pressuposta ou fato-tipo; (c) análise posterior e individualizada das questões fáticas e produção de provas.

Antes de examiná-las, porém, cumpre fazer um esclarecimento: o IRDR, na verdade, pode abranger duas hipóteses distintas, resolução de *demandas* repetitivas ou resolução de *questões* repetitivas⁷⁰⁶ (cf. art. 928, parág. único, do CPC), que merecem, por isso, ao menos em alguns pontos, exames diferenciados. Assim, p. ex., o julgamento de *demandas repetitivas* não pode prescindir, por completo, da consideração de questões fáticas (natural ou, até mesmo, em tese, funcionalmente fáticas,⁷⁰⁷ embora estas se afigurem difíceis em nível de “efetiva repetição de processos”), ainda que não se admita a discussão sobre *quaestio facti* no incidente. Destaca, então, a doutrina que “questões ditas de direito [...] são *predominantemente de direito*”,⁷⁰⁸ ou que “[o] objetivo do legislador foi ressaltar que apenas as questões de direito poderão ser definidas no incidente”.⁷⁰⁹ Mas em relação a simples questões processuais, é possível imaginar a apreciação de questão (comum) estritamente de direito, como, v. g., a competência da Justiça Federal, tão somente em razão de o Ministério Público Federal ser parte no processo.

Cuidamos aqui de *demandas* de direito social e controle de políticas públicas, nas quais a *cognição jurisdicional*, principalmente das questões de fato, deve ser ampla, se bem que, a rigor, a simples constatação da multiplicação desse tipo de processo, em grande escala, seja, por si só, um sério sinal de precaução.

Pois bem, no que concerne à “questão *unicamente de direito*”, pode-se pensar (i) em fatos incontroversos⁷¹⁰ (art. 374, III, do CPC) e fatos que “não são objeto de questionamento algum”,⁷¹¹ (ii) ou que no incidente, não sendo apurados fatos, o

sobre a qual se discute” (ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.409).

⁷⁰⁶ Tanto que MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro se refere a “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (*rectius* de Questão Comum) (IRDR ou IRQC)” (*Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1).

⁷⁰⁷ Sobre *quaestio iuris* com função de *quaestio facti*, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 205-213, *passim*.

⁷⁰⁸ ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.397 – grifado no original.

⁷⁰⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 111.

⁷¹⁰ TALAMINI, Eduardo menciona “aspectos fáticos incontroversos”. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 31 out. 2018.

⁷¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III, p. 913-914.

tribunal consideraria “uma categoria fática pressuposta”, identificaria “um *fato-tipo* (ou um conjunto de *fatos-tipo*)”;⁷¹² (iii) ou que a produção e aferição de prova, bem como a análise de questões fáticas deve “ser feita em momento posterior e de modo individualizado em cada processo”.⁷¹³

Nenhuma das hipóteses se mostra consentânea, em princípio, com o julgamento de casos que exijam a investigação de políticas públicas. É certo que as técnicas de julgamento de casos repetitivos podem evitar decisões contraditórias, prestigiando a isonomia e a segurança jurídica, mas a fixação de tese jurídica vinculativa nos casos de que estamos tratando, sem efetiva e irrestrita análise das amplas e variadas questões de fato, ou seja, *superficialmente*, pode representar mal muito maior, prejudicando a eficiência administrativa, promovendo o desequilíbrio social e comprometendo a governabilidade.

Como advertiu um douto, “o IRDR (tal como o julgamento por amostragem de recursos especiais e extraordinários) presta-se à busca de isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e economia processual. Não é – e jamais pode ser interpretado como – um instrumento de redução da carga de trabalho, a qualquer custo, dos tribunais”.⁷¹⁴

Assim, nas hipóteses de que estamos cuidando, a prevalência deve ser das ações coletivas, com a irrestrita cognição judicial, tanto em extensão quanto em profundidade, e não de ações individuais ou mecanismos de julgamento de casos repetitivos, sendo de se lamentar, neste ponto, que o Código de Processo Civil em vigor tenha estabelecido certa hegemonia para o julgamento de casos repetitivos, ao prever a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, quando admitido o IRDR (arts. 313, IV, e 982, I, do CPC) ou reconhecida a multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais (art. 1.036, § 1º, do CPC), eventualmente em todo território nacional (arts. 982, § 3º, e 1.037, II, do CPC).⁷¹⁵

Em doutrina, todavia, além de manifestações no sentido da suspensão parcial

⁷¹² Cf. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 73 e 75 – grifado no original.

⁷¹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 112.

⁷¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 31 out. 2018.

⁷¹⁵ Para uma crítica certa ao predomínio das Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva (TIRC) sobre as Técnicas Coletivas de Repercussão Individual (TCRI), veja-se RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 623-640, *passim*.

dos processos pendentes, exclusivamente no que concernir à questão afetada,⁷¹⁶ opinião autorizada defende a possibilidade de não haver a suspensão de alguns processos, afirmando que: “Razões podem existir, contudo, para a não adoção da suspensão para a situação concreta.”⁷¹⁷

Restaria o argumento de que o microsistema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos especial e extraordinário repetitivos prevê ampla participação e publicidade (cf. arts. 979, 983, *caput* e § 1º, e 1.038, I e II, todos do CPC), mas se, conforme precisa lição, “[n]ada impede [...] que a depender da natureza da matéria em debate, o magistrado convoque audiência pública para auxiliá-lo no deslinde da controvérsia,”⁷¹⁸ em qualquer processo, em ações coletivas a possibilidade ressumbra obviedade. Quanto à publicidade, além da aplicação do artigo 94 do CDC (arts. 90 do CDC e 21 da Lei nº 7.347/85), como já salientamos em outro trabalho, pode o juiz determinar qualquer medida razoável para dar ampla publicidade ao processo coletivo,⁷¹⁹ consoante os artigos 5º, LX, e 93, IX, da Constituição da República e artigo 8º do Código de Processo Civil.

8.8 Atuação (extraprocessual) do Ministério Público

Para a efetiva proteção dos direitos fundamentais sociais, a atuação extrajudicial do Ministério Público assume absoluta importância, em muitos aspectos bem superior à atuação processual. De fato: em país com imenso desequilíbrio social e serviços públicos medíocres e deficitários, inclusive em relação ao essencial, são preciosas as funções institucionais de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados [na] Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” e “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” (art. 129, II e III, da CF), bem como dos “interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *fine*).

A própria Constituição cuidou de assegurar instrumentos eficazes para o desempenho dessas funções, ao permitir ao Ministério Público “expedir notificações

⁷¹⁶ Cf. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 137 *et seq.*; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 185 *et seq.*

⁷¹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 185.

⁷¹⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: ALVIM, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 71-72.

⁷¹⁹ Cf. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126.

nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (art. 129, VI), prevendo, por sua vez, o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), amplas atribuições, como, *e. g.*, “requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta” (inc. II), da mesma forma que o faz o art. 26 da Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), sem falar no art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85.

Esses deveres institucionais têm larguíssimo âmbito de exercício no Brasil, e podem significar positiva proteção aos direitos sociais, por atuação própria, sem jurisdicionalização ou, quando menos, viabilizar a propositura de ações civis públicas bem embasadas, após concreta verificação das circunstâncias do caso, talvez exames e perícias técnicas realizadas.

Milhares de ações, por exemplo, são propostas individualmente pleiteando imediata internação hospitalar ou submissão à cirurgia, com consequente quebra da ordem fixada por critérios técnicos-administrativos (a “fila” de atendimento), mas por que existe a fila? Como melhorar, com os meios disponíveis (a partir de cuidadosa verificação), a situação dos pacientes?

O inquérito civil é mecanismo genuíno e propício para a investigação, como seria para muitas outras investigações semelhantes, e um trabalho minucioso poderia render a devida recomendação (arts. 6º, XX, LOMPU, e 27, par. ún., IV, LONMP), um compromisso de ajustamento de conduta ou, na pior hipótese, que já seria excelente, ação civil pública fundamentadamente proposta, contribuindo para a precisa prestação jurisdicional.

No inquérito civil, na realidade, o Ministério Público tem melhores condições e maior liberdade para perquirir as circunstâncias e limites de atuação da Administração Pública, em virtude da natureza inquisitiva do procedimento,⁷²⁰ sem necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa.⁷²¹

É certo que, nos casos de interesses sociais, em princípio, parece até

⁷²⁰ “O inquérito civil público tem natureza inquisitorial, por ser peça informativa” (STJ, 5ª Turma, HC 175.596/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 05/12/2012). Em doutrina, um especialista: MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 221-245, espec. p. 223.

⁷²¹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA NO INQUÉRITO CIVIL DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF, 1ª Turma, RE 481.955 ED/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 26/05/2011).

recomendável uma perspectiva cooperativa mesmo no inquérito civil, permitindo-se e incentivando-se a participação das autoridades públicas envolvidas, que, segundo o que se deve supor,⁷²² também são interessadas em fornecer bem o serviço público, mas há liberdade para o Ministério Público seguir linha mais inquisitiva se, e quando, a hipótese o exigir.⁷²³

Vale lembrar, no que tange à autocomposição, que Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, na tese que o sagrou Professor Titular de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito da UERJ, indicou quatro princípios norteadores do acesso à justiça: acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade, e exatamente com relação ao princípio da operosidade⁷²⁴ afirmou que ele “somente será assegurado tanto nos Juizados como nas ações civis públicas a partir da priorização de meios alternativos para a resolução de conflitos, especialmente a mediação, seguida de transação, no primeiro caso, e de compromisso de ajustamento de conduta no segundo”, para depois concluir, no sentido que hoje nos parece ainda mais fundamental:

a) O Ministério Público deverá, sempre que for possível e conveniente para a defesa dos interesses em jogo, instaurar inquérito civil, não só para instruir de forma mais proveitosa a futura ação, como também para possibilitar uma solução extrajudicial, através da celebração de compromisso de ajustamento de conduta.

b) A solução do conflito através da celebração de compromisso de ajustamento de condutas deverá ser priorizada pelos órgãos públicos legitimados, especialmente o Ministério Público, seja na fase pré-processual (extrajudicial), seja na processual (judicial). Para possibilitar tal desiderato na fase processual, seria conveniente que o juiz designasse audiência de conciliação para tal fim.⁷²⁵

Esse perfeito e precursor raciocínio, hoje se pode considerar encampado pelo Código de Processo Civil, que, ao tratar das *normas fundamentais* do processo

⁷²² “A ponderação entre interesses conflitantes é bastante delicada, assim como a própria titularidade dos direitos é polêmica, uma vez que tanto o Ministério Público-autor da ação, como o Poder Executivo-réu ou o Poder Judiciário que decide são todos integrantes do Poder Público e agem igualmente em defesa do interesse público [...]” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 276).

⁷²³ MAZZILLI, Hugo Nigro salienta, sobre a possibilidade de haver contraditório no inquérito civil: “[...] o Ministério Público não está bem instruído se é ou não caso de propor a ação civil pública, se houve ou não o dano, se a argumentação do autor do requerimento é ou não correta (nesses casos, como em outros, ouvir todos os interessados, produzir provas requeridas pelo indiciado, facultar-lhe apresentação de documentos e elementos instrutórios – tudo isso pode ser mais que útil, até mesmo necessário).” (Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985: 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 267-303, espec. p. 282).

⁷²⁴ “Esse princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laborativa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63).

⁷²⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 227-228 e 233-234.

civil, no mesmo dispositivo que menciona o direito de ação (art. 3º), estabelece que “[o] Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§ 2º), assim como determina que juízes, advogados,⁷²⁶ defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, deverão estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (§ 3º), além de dedicar uma Seção (V), no Capítulo (III) dos Auxiliares da Justiça, aos Conciliadores e Mediadores Judiciais (arts. 165 a 175), e de instituir Audiência de Conciliação ou de Mediação (art. 334) antes mesmo da oportunidade para oferecimento de contestação, apenas para aludir ao básico. Bem assim, a Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação, desenvolvendo o tema do art. 174 do CPC, que se refere, inclusive, a “termo de ajustamento de conduta” (inc. III), cuidou da autocomposição de conflitos em que seja parte pessoa jurídica de direito público (arts. 32 a 34).

No atual contexto, portanto, a mediação assume grande destaque também em relação a ações coletivas, como salienta uma monografista:

Dada a maior complexidade que envolve os conflitos coletivos, quais sejam, aqueles trazidos a juízo em ações populares, ações civis públicas ou outras ações coletivas, seja pelo fato de que atingem uma pluralidade de titulares de direitos no polo ativo e, normalmente, no polo passivo, podem envolver mais de um órgão público que tenha competência na proteção destes direitos (algumas vezes de mais de uma esfera da Federação), seja pelo fato de que muitos destes conflitos são multifacetados, envolvendo direitos fundamentais que estão em conflito com outros direitos também de natureza fundamental, coloca-se como absolutamente desafiadora para o Poder Judiciário a perspectiva de realizar a sua adequada ponderação obtendo uma solução que seja ao mesmo tempo viável e juridicamente aceitável. Em razão de seu potencial para gerar um diálogo que propicie o esclarecimento de interesses convergentes e divergentes, bem assim para permitir a exploração de soluções que atendam a todos os interesses legítimos, a mediação se afigura, assim, como o instrumento apropriado para a busca de uma solução que, além de preencher os requisitos jurídicos cabíveis, seja efetivamente construída e aceita por todos os envolvidos, gerando assim seu comprometimento com a implementação.⁷²⁷

⁷²⁶ Os advogados públicos, por óbvio, se inserem na categoria (v. RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 376).

⁷²⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 99. É interessante que, para a autora, “em processos nos quais se discutem problemas relacionados ao conteúdo e execução de políticas públicas, parece fundamental incluir na mediação: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) todos os entes, na esfera do Poder Executivo, que detenham competência para atuar na matéria, incluindo-se notadamente agentes públicos com competência técnica na matéria; d) representantes do Poder Legislativo, tendo em vista possíveis repercussões orçamentárias; e) entidades representativas de setores afetados pelas políticas públicas; f) representantes de titulares de direitos individuais homogêneos envolvidos no conflito; g) entes privados que tenham responsabilidades relacionadas ao conflito; h) instituições acadêmicas e de pesquisa que detenham notórios conhecimentos sobre a matéria (p. 123)”. Vale dizer: uma amostra representativa da sociedade.

Essa compreensão, associada à larga participação de interessados na mediação, como sugere a própria autora, tem um significado especial no que se refere a certa interação jurídico-política. Com efeito: como ressalta Maria Paula Dallari Bucci, “[a]dotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas”.⁷²⁸ Nada mais adequado, por conseguinte, do que o mecanismo da mediação para, a partir do amplo debate entre autoridades públicas e interessados, democraticamente, embasar a solução jurídico-política da questão social.

8.9 Julgamento

Nos capítulos anteriores já vínhamos desenvolvendo temas que, de alguma forma, permitem vislumbrar algumas de nossas ideias sobre a postura que, no julgamento do caso, em nossa opinião, deve assumir o juiz, mas agora cabe especificar e concretizar. Em relação a ações coletivas, é relativamente tranquila a percepção teórica de que devem ser analisadas, em suma, as questões referentes à escassez de recursos e à universalização do pedido. O problema maior concentra-se nas ações individuais, quando a desconsideração do todo, de par com a interpretação *in abstracto* da Constituição, não raro ensejam injustiças e desequilíbrio social.

Relembrem-se alguns exemplos: são comuns (na verdade, assustadoramente comuns) ações pedindo pronta internação hospitalar ou que o paciente seja imediatamente submetido à cirurgia. As petições iniciais mencionam a carência de vaga e, muitas vezes, a existência de lista de espera, mas não indicam nenhuma irregularidade na lista em si, nos critérios adotados, no eventual desrespeito à impessoalidade ou coisas que tal. Apenas que o autor tem direito à saúde, que deve ser honrada a dignidade humana etc. Os demais seres humanos que aguardam na fila, às vezes há longo tempo e, talvez, em piores condições, não teriam o mesmíssimo ou ainda mais direito? Mas liminares são concedidas e pedidos julgados procedentes apesar dos demais. Alija-se o critério técnico-administrativo pela aposta lotérica de que quem pedir e obtiver primeiro... (não se pode nem afirmar isso) “ganha”, porque por vezes todos perdem, como na hipótese de paciente terminal, para quem a internação é infrutífera, em detrimento de outro paciente que poderia se recuperar. O risco é seríssimo quando se trata, por exemplo, de fila para transplante.⁷²⁹

⁷²⁸ *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

⁷²⁹ Antes, o critério de destinação dos tecidos, órgãos e partes era, em princípio, a “estrita observância à ordem de receptores inscritos, com compatibilidade para recebê-los”, salvo “se deles necessitar quem se encontre em iminência de óbito, segundo avaliação da CNCDO, observados os critérios estabelecidos pelo órgão central do SNT” (art. 24, §§ 4º e 5º, do Decreto nº 2.268/97), e liminares eram concedidas invocando

O autor pleiteia medicamento de altíssimo custo, Soliris (Eculizumabe), *v. g.*, cujo valor do tratamento pode chegar a mais de quinhentos mil dólares americanos por ano, por paciente, e o impacto orçamentário, somados os fornecimentos, abala até Estados mais ricos, como São Paulo,⁷³⁰ o medicamento *não é* incorporado pelo SUS, havendo Nota de Departamentos Técnicos do Ministério da Saúde pela não incorporação, por sérios motivos,⁷³¹ como a fraca evidência científica e a não abordagem das consequências clínicas diretamente relacionadas à saúde e à qualidade de vida dos pacientes, bem como riscos do tratamento, com notificações de “casos graves ou fatais de infecção meningocócica em doentes tratados com Soliris,”⁷³² mas liminares são quase sempre concedidas *inaudita altera parte*.⁷³³

Muitas ações são propostas pedindo vagas em creches num grande

a gravidade da doença, que, dizia-se (a despeito do “iminência de óbito”), não era prevista como critério. Até artigo doutrinário foi escrito: LIMA, Lucas Rister de Souza. O direito à burla na fila para transplante de órgãos (<https://jus.com.br/artigos/8892>). O critério foi alterado, e certo paciente, com “o novo sistema da fila de transplante de fígado, que determina o lugar pela gravidade da doença - e não mais pela ordem de chegada”, passou, consequentemente, da 42ª para a 75ª posição, e liminar foi concedida pela 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, garantindo “o mesmo lugar que ele ocupava [no] dia da implantação do novo critério” (Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,liminar-muda-fila-de-transplante-de-figado-em-sao-paulo,20061215_p69985>. Acesso em: 27 out. 2018). É quase caricato. Hoje, o art. 35 do Decreto nº 9.175/2017 prevê: “A alocação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano prevista no § 4º do art. 34 observará os critérios de gravidade, compatibilidade, ordem de inscrição, distância, condições de transporte, tempo estimado de deslocamento das equipes de retirada e do receptor selecionado e as situações de urgência máxima”.

⁷³⁰ Várias reportagens foram publicadas, desde 2010, sobre o caríssimo tratamento, e podem ser facilmente encontradas na internet.

⁷³¹ Foi aberta consulta pública na Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), até 5 nov. 2018, mas o parecer hoje vigente é o seguinte: “A HPN não tem cura. No entanto, o tratamento pode ser feito por meio de transfusões sanguíneas, anticoagulantes, suplementação com ácido fólico/ferro e transplante de células-tronco hematopoiéticas. Após análise dos estudos, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) concluiu que a qualidade da evidência científica é fraca, além de não abordar as consequências clínicas diretamente relacionadas à saúde e à qualidade de vida dos pacientes. Além disso, foi observado que nem todos os pacientes podem se beneficiar do uso do medicamento. Em alguns casos, seu uso pode induzir à ruptura de hemólise intravascular (quebra de hemácias no sangue), o que pode gerar uma série de complicações, especialmente em cenários de infecção, cirurgia ou gestação.” Disponível em: <<http://conitec.gov.br/eculizumabe-aberta-consulta-publica>>. Acesso em 31 out. 2018.

⁷³² Vide o Parecer Referencial n. 00014/2017/CONJURMS/CGU/AGU (Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/02/Parecer%20Referencial%2000014-2017_SOLIRIS%20ECULIZUMABE.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018). Na Inglaterra, *p. ex.*, o Soliris é fornecido *case-by-case basis* e apenas por Centros Especializados, com sistemas rígidos de monitoramento” (Disponível em: <<https://setor-saude.com.br/droga-mais-cara-do-mundo-e-aprovada-no-reino-unido/>>. Acesso em: 5 nov. 2018).

⁷³³ Conforme certa reportagem: “A estratégia é insistir no argumento da urgência e sustentar que, sem o remédio, a morte do paciente é iminente. ‘Sou uma advogada que sai da cadeira. Marco audiências com juízes e desembargadores e explico o caso do paciente pessoalmente.’ Alguns magistrados se sensibilizam. Outros, não. São minoria. No ano passado, o governo estadual foi obrigado a fornecer o Soliris a 34 pacientes. [Fulana] foi a advogada de 28 deles” (ÉPOCA, O paciente de R\$ 800 mil, mar. 2012). Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

município, crianças que aguardavam a vez para matrícula são preteridas, as próprias creches aconselham que todos os interessados procurem o Judiciário.⁷³⁴

Valendo-nos das fortes e significativas palavras de Henrique Ribeiro Cardoso, sempre entre aspas, é o que se poderia chamar “justiça do pânico”, “[a] morte e o caos administrativo que não estão nos autos, também não estão no mundo”, caracterizando “a injustiça que pode ser produzida pela vontade alucinada de fazer justiça”.⁷³⁵

Ada Pellegrini Grinover, no relatório geral da Conferência de Seoul 2014 – Constituição e processo: o Judiciário como órgão de controle político, menciona a “chamada *Justiça de misericórdia*, que privilegia a desigualdade e contraria o princípio da universalidade da saúde pública”.⁷³⁶

Ações individuais são priorizadas, por entes públicos legitimados à propositura de ações coletivas, na perspectiva da facilidade de “vitória”, mesmo que seja em detrimento da isonomia e, pois, da sociedade. “O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo”, e, por isso, Paulo Bonavides o designa como “o direito-chave, o direito-guardião do Estado social”.⁷³⁷

Mesmo que não se tenha uma cognição tão ampla como em ações coletivas, portanto, o juiz não pode desconsiderar a política pública adotada (e, *ipso facto*, o porquê da não prestação do bem, *latissimo senso*, pretendido), as condições reais para o fornecimento pleiteado e as consequências práticas da decisão (art. 20 da LINDB), além do dever de, na motivação, demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face “das possíveis alternativas” (art. 20, parágrafo único, da LINDB). Vale dizer: a compreensão de que – por se tratar de recursos limitados – a concessão para alguém, normalmente envolve a negação para outrem.

Além disso, a preocupação com a possibilidade de universalização da prestação é imperiosa (art. 3º, III e IV, da CF). Como ensina Luciano Benetti Timm:

[...] Justamente o que caracterizaria um direito como social é sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. De modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível x

⁷³⁴ Veja-se, mais uma vez, VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 284, p. 334-369, out. 2018. p. 350.

⁷³⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 133 *et seq.*

⁷³⁶ *Revista de Processo*, São Paulo, n. 249, p. 19-29, nov. 2015. espec. p. 24 – grifado no original.

⁷³⁷ *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 340 e 341.

de atendimento, ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do ponto de saúde.⁷³⁸

Não pode o juiz deixar de considerar as demais pessoas que estão na mesma situação, nem os critérios objetivos e impessoais estabelecidos administrativa e tecnicamente, para beneficiar o autor, sem apontar ilegitimidade nos critérios administrativos, com fundamentação retórica sobre direito fundamental, ponderação de princípios, dignidade humana, o que nem sequer pode ser considerado motivação (art. 489, § 1º, II e III, do CPC), seja porque está realmente em jogo o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros,⁷³⁹ seja porque a concessão individual não objetiva e rigorosamente justificada viola o sentido da impessoalidade que delimita a atuação da própria Administração Pública (art. 37 da CF).

Para rechaçar a alocação administrativa e impor *legitimamente* a sua, o Poder Judiciário precisa fundamentar concretamente o porquê da inadequação da proposta da Administração e a razão objetiva por que a sua satisfaz ao direito. A excepcional intervenção do Poder Judiciário, como acreditamos, apenas tem lugar diante de ação ou omissão *injustificável* dos demais Poderes.

Os direitos fundamentais sociais são mencionados em normas principiológicas, cuja concretização, além da intrínseca gradualidade, admite diversos meios e várias opções *políticas*. Cuida-se, segundo sábia lição, “de escolher entre diferentes condutas possíveis a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas”.⁷⁴⁰ Não há, conseqüentemente, *melhor* opção e o Judiciário, por óbvio, não poderia exigí-la, ao contrário do que às vezes se supõe.⁷⁴¹ Num contexto de simplificação, mais correto seria dizer que “a inconstitucionalidade da política pública adotada deve ser aberrante, a fim de que seja, então, afastada, sob risco de ingerência de poderes”.⁷⁴²

⁷³⁸ Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62, espec. p. 61.

⁷³⁹ Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 4. <Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2018.

⁷⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 174. Continua a douta professora: “Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito do princípio a diferentes condutas, sendo que o critério que vai definir qual dos caminhos escolher não é exclusivamente jurídico ou lógico.”

⁷⁴¹ Veja-se, p. ex. “O que se busca é que a escolha do agente estatal no exercício de sua competência seja válida e legítima, sendo a melhor escolha possível (e não ‘a’ única escolha possível) dentre as várias opções legítimas que lhe são disponibilizadas” (DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93-124, espec. p. 122). Na verdade, a nosso ver, como há várias opções *legítimas*, o agente estatal pode escolher qualquer uma delas.

⁷⁴² ONODERA, Marcus Vinícius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado

À parte a adjetivação, o certo é que o magistrado (*lato sensu*) não pode substituir uma opção dos poderes políticos, que têm a função primária e democrática de estabelecer as políticas públicas, por outra que lhe pareça melhor ou mais adequada;⁷⁴³ ao revés, somente poderá impor a correção se puder fundamentar objetiva e concretamente por que a política pública é injuridicamente omissa, insuficiente ou anti-isonômica, o que pressupõe haver condições de realizá-la, com o incremento, de modo geral, e sem prejuízo de outras prestações já instituídas.

A autocontenção do Poder Judiciário, frequentemente referida em simples confronto com o ativismo judicial, e mencionada como “uma concepção *modesta* do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas”,⁷⁴⁴ assume feição original e de inexcusável relevância quando se tem em mente que ao Judiciário cabe controlar os lídimos lindes de atuação dos demais poderes e autolimitar sua própria atuação,⁷⁴⁵ e para bem guardar o artigo 2º da Constituição Federal, mostra-se indispensável, em equivalência com a função recebida, o absoluto cuidado na autolimitação.

Mas é exatamente o contrário que costuma ocorrer. As decisões judiciais tratam as alegações de direitos fundamentais, principalmente direito a prestações na área de saúde, como se fossem absolutos, que dispensam qualquer outra consideração, e em termos exageradamente gerais, sem atenção sequer ao mínimo existencial.

Num país em que 45% (quarenta e cinco por cento) da população não têm o esgoto tratado, com taxa de mortalidade infantil e mortalidade materna elevadas, e considerável nível de óbitos por doenças associadas à pobreza, afigura-se justa, *do ponto de vista social*, a expectativa de receber do Estado medicamentos de altíssimo custo, sem cogitar da chamada primazia da autorresponsabilidade, abrangente das condições financeiras de toda a família?

Medicamentos órfãos e doenças raras envolvem frequentemente riscos do próprio tratamento, e exigem cuidados específicos em centros especializados, na

de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental: contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 417-450, espec. p. 439.

⁷⁴³ À falta de toda a infraestrutura e assessoria técnicas de que dispõem os Poderes Executivo e Legislativo, se não for uma inconsistência nos próprios termos dos atos normativos que implementaram a política pública, o juiz deve tomar extremo cuidado com suas avaliações, para não prevalecer o achismo.

⁷⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle da constitucionalidade. p. 459-473, espec. p. 469 – grifado no original. Disponível em: <https://www.academia.edu/1618915/Ativismo_e_autoconte%C3%A7%C3%A3o_judicial>. Acesso em: 5 nov. 2018.

⁷⁴⁵ Essa constatação não significa qualquer opinião sobre a complexa questão da chamada “supremacia judicial” ou “poder da última palavra em temas constitucionais”, que envolve outras considerações. Para um substancioso resumo, veja-se DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle da constitucionalidade. p. 459-473, p. 466 *et seq.*

medida em que compreendem estudos e pesquisas em andamento, a busca de novas descobertas, e não são de conhecimento apropriado de todos os médicos, nem da maioria deles, mas de especialistas. O monitoramento é fundamental, não apenas para acompanhar o paciente como para determinar, se ou quando for o caso, a descontinuação.

Nessa conjuntura, mostra-se lógico e natural deferir o medicamento, à vista do atestado de qualquer médico,⁷⁴⁶ para que o paciente se vire com ele, sem qualquer controle ou monitoração do Estado quanto ao proveito do tratamento? A questão não é tão somente o Estado fornecer o medicamento, mas criar a estrutura que permita o monitoramento, o tratamento adequado e a eficiência dos gastos.

Encontram-se na doutrina, algumas vezes, referências a critérios adotados em outros países, como, *exempli gratia*, no preciso resumo de Maria Tereza Sadek:

Veja-se, por exemplo, a resposta encontrada por alguns países: na França medicamentos só são concedidos após uma comissão avaliar o perfil do paciente e a eficácia da terapia; na Alemanha há a definição de antemão de tratamentos e remédios reembolsáveis; no Reino Unido os medicamentos são aprovados pelo Instituto Nacional de Saúde e Excelência Clínica, que também define quais pacientes terão acesso.⁷⁴⁷

O nosso problema, entretanto, não é haver critérios. Critérios existem no Brasil, basicamente da prévia definição de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, com dispensação, em princípio, de medicamentos e produtos cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas (cf. arts. 19-M, 19-O e 19-P da Lei nº 8.080/90), e definidas por comissão especializada, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Mas o que há no Brasil, e não se encontram registros em países citados, são milhares de decisões judiciais,

⁷⁴⁶ “É lastimável que o SUS, que padece de subfinanciamento, de problemas em sua gestão, de profusão de inovações, de ataques de todas as ordens, de intensa judicialização, tenha que incorporar tecnologia, ao largo das normas da lei, louvando-se tão-somente na informação do médico do paciente, sem se cercar das cautelas necessárias para a incorporação, conforme determina a Lei 12.401, de 2011. Cada médico tem suas preferências, correntes técnico-científicas sobre a eficácia de medicamento nesse imenso mercado farmacológico. [...] Determinar o Poder Judiciário que todos os medicamentos de alto custo não incorporados devem ser concedidos ao usuário do SUS sem condições financeiras de custeá-los, fundado em laudo médico, causará sem dúvida sérios problemas ao SUS, ainda mais quando se sabe como atua esse imenso mercado de farmacológico [...]” (SANTOS, Lenir. Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo define conceito do direito à saúde. Revista Consultor Jurídico, 5 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo#top>>. Acesso em: 12 nov. 2018). Depois de mencionar “como atua esse imenso mercado de farmacológico”, a autora após, em nota de rodapé, “Consultar a obra de Peter Gotzsche, *Medicamentos Mortais e Crime Organizado*, Editora Bookman, 2014.

⁷⁴⁷ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32, espec. p. 25, nota 35.

atingindo bilhões,⁷⁴⁸ cotidianamente proferidas e fazendo tábula rasa dos critérios administrativos e dos pareceres técnicos, em absoluto desprezo pelos atos do Poder que tem a função primária de implementar as políticas públicas... e considerando secundária e menor a questão da escassez de recursos públicos.

No Reino Unido, por exemplo, o custo-efetividade é levado muito a sério, e as tensões são consideradas, todavia prevalece a natural ideia de que o *National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE) “tem uma responsabilidade para todos os pacientes que procuram atendimento do NHS [*National Health Service*]. É preciso lembrar que a recomendação de um tratamento ineficaz para um grupo de pacientes privará muitos outros de um tratamento efetivo. Para organizações de pacientes dedicadas a doenças únicas, isso pode ser difícil de aceitar; mas é algo que o NICE nunca deve esquecer”.⁷⁴⁹

País que se preocupa com o gasto de recursos públicos, e tem presente a noção de que estes, em rigor, pertencem *aos contribuintes* (todos os contribuintes), ao estabelecer os “sete princípios-chave que orientam o NHS em tudo o que faz”, em *The NHS Constitution*, fixou: “6. O NHS está empenhado em fornecer o melhor valor para o dinheiro dos contribuintes e o uso mais eficaz, justo e sustentável dos recursos finitos”.⁷⁵⁰

A Lei nº 8.080/90, como não poderia deixar de ser, e é preocupação no mundo inteiro, adota como elementos para definição de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas o custo-efetividade e a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas,⁷⁵¹ como se vê dos seguintes dispositivos:

⁷⁴⁸ Notícia publicada no *site* do Ministério da Saúde, em 02 mar. 2018, informa: “Do total gasto, 11 medicamentos correspondem a 92% do valor (R\$ 965,2 milhões). [...] Somando estados e municípios, o valor chega a R\$ 7 bi/ano”. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42669-liminar-aponta-afronta-a-concorrenca-em-compra-para-doencas-raras>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

⁷⁴⁹ Tradução nossa. No original e integral: “*The involvement of expert clinicians and patients in developing NICE guidance may create tensions, particularly over judgements about cost effectiveness. The Institute (see below) has a responsibility to all patients seeking care from the NHS. It has to remember that recommending a cost-ineffective treatment for one group of patients will deprive many others of cost-effective care. For patient organizations devoted to single diseases this can be difficult to accept; but it is one that NICE must never forget.*” (Michael D. Rawlins, NICE and the public health, *British Journal of Clinical Pharmacology*, 27 out. 2004). Disponível em: <<https://bpspubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1365-2125.2004.02195.x>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

⁷⁵⁰ “Seven key principles guide the NHS in all it does [...] 6. The NHS is committed to providing best value for taxpayers’ money and the most effective, fair and sustainable use of finite resources”. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/480482/NHS_Constitution_WEB.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2018.

⁷⁵¹ À semelhança do sistema inglês: “*NICE’s approach to economic evaluation depends on whether one treatment, or clinical management strategy, is equivalent or superior to another.*” (Michael D. Rawlins, loc. cit.).

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o *caput* deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e *custo-efetividade* para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

[...]

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a *avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas*, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

A questão do custo-efetividade ou custos em relação às tecnologias incorporadas, no entanto, vem sendo também desprezada pela Justiça. A própria decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Tema 106, em embargos de declaração, deixa claro que foi descartada a questão do artigo 19-Q, como se percebe do seguinte trecho:

Pretende, também, o embargante que conste da tese a impossibilidade de fornecimento de medicamentos que tenham tido sua incorporação ao SUS expressamente rejeitada pelo órgão competente. Esta questão desvela-se como mero inconformismo da parte, que busca agregar requisito estranho àqueles fixados no acórdão embargado, o que importa em rejugamento da matéria. Ademais, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - CONITEC, que atualmente é responsável pela elaboração de relatório sobre a inclusão de medicamentos no SUS, não se limita a análise das evidências científicas quanto à eficácia do medicamento, mas também leva em consideração a avaliação econômica do custo-benefício da incorporação, nos termos do art. 18 do Decreto n. 7.646/2011.

Mas não foi reconhecida nem declarada a inconstitucionalidade dessas regras da Lei nº 8.080/90, elas simplesmente não são efetiva e concretamente analisadas, fazendo lembrar, mais uma vez, a lição de que a questão do direito à saúde “se torna ainda mais complexa quando o Judiciário decide sem tomar em consideração os argumentos de ambas as partes, como se o direito de um fosse algo absoluto e, por isso, fizesse com que qualquer outra questão não merecesse acolhida (ainda que para ser rebatida)”⁷⁵²

Ora, não há administração (muito menos boa administração) sem planejamento e controle de receitas e despesas. Pelo contrário: “A escassez de recursos sempre demandou que, no trato de distribuição dos bens sociais, o Estado realizasse um ferrenho planejamento, consumindo tempo, dinheiro e estrutura na definição de como alocar suas limitadas reservas”⁷⁵³ Os recursos públicos (o dinheiro) para implementar e operacionalizar políticas sociais são o mais importante, verdadeira *conditio sine qua non* para a realização dos direitos fundamentais; e para a ampla (ou mais ampla possível) efetividade dos direitos fundamentais é necessário seguir o planejamento e não desperdiçar recursos. A forma como vem agindo o Poder Judiciário atualmente compromete seriamente ambos os requisitos, prejudicando a governabilidade.

A Constituição de 1988, apesar de sua imensa generosidade em mencionar direitos sociais, “pôs em especial destaque o papel dos orçamentos no planejamento dos programas e políticas públicas”. Todo o “esforço institucional voltado à estabilidade e à responsabilidade visou – e visa –, sem dúvida, ao escopo maior do Estado, que é o desenvolvimento sustentável, capaz de tornar viáveis os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal”. Não pode haver dúvida de “que cumprir os orçamentos também é uma exigência constitucional”⁷⁵⁴

Como ensina precisamente Luciano Benetti Timm, depois de salientar que a *eficiência* é “uma imposição jurídica e econômica ao gasto público”:

[...] Não é a essencialidade da necessidade (e do direito social positivado) que deve ser o ponto de partida para o problema, ela deve sim ser o ponto de chegada. Por isso os direitos sociais são consagrados em normas programáticas, que estabelecem justamente metas, resultados a serem obtidos pela sociedade e pelo seu governo em um determinado espaço de tempo.

⁷⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 224, p. 121-153, out. 2013. espec. p. 140.

⁷⁵³ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353-386, espec. p. 356.

⁷⁵⁴ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.255, 256 e 260.

E arremata, “mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos”⁷⁵⁵

O magistrado não está acima da Constituição e das leis e, ao julgar, não pode abstrair do direito posto a fim de determinar aos administradores que façam aquilo que, *ex vi legis*, eles estão proibidos de fazer. Será que o juiz só precisa se preocupar com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000), *i. e.*, o equilíbrio fiscal, como eventual administrador? Parece-nos que não: “a normativa federal impõe ao administrador público (ou mesmo a quem atue substitutivamente, como sejam especificamente os juízes) a prévia análise econômica de suas medidas, sob pena de responsabilização”⁷⁵⁶

Supor que o juiz não precisa se preocupar com as questões orçamentárias e fiscais, o que, por si só, já seria infundado, é absolutamente insustentável à vista da realidade brasileira, na qual juízes e tribunais se tornaram efetivamente coadministradores do Estado,⁷⁵⁷ impondo gastos bilionários à União, Estados e Municípios,⁷⁵⁸ por vezes comprometendo a execução de políticas sociais relativas às necessidades prioritárias de saúde da população, vinculadas, basicamente, ao REMUME, como no supracitado caso do Município de Porto Ferreira, em São Paulo. É dizer que o Poder Judiciário pode derrotar também o art. 195, § 5º, da CF e o art. 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, deve o magistrado ter em mente não apenas que “os instrumentos orçamentários dispostos na Constituição Federal, plano plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e lei orçamentária podem ser consideradas as expressões jurídicas de políticas públicas, por excelência”⁷⁵⁹ como ainda que o princípio da reserva do orçamento deve ser observado.

⁷⁵⁵ Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62, espec. 54.

⁷⁵⁶ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 266.

⁷⁵⁷ Como mencionado em livro conservador (com ideias que, em substância, não apoiamos), mas aqui pertinente: “[...] *hundreds of [...] judges who are locked into their positions with life tenure*” (SCHLAFLY, Phyllis, It’s a judge issue. In: SUTHERLAND, Mark I. *Judicial Tyranny: the new kings of America*. St. Louis, MO: Amerisearch, 2005. p. 105-114, espec. p. 111).

⁷⁵⁸ “Para 2016, a previsão de gastos com medicamentos via ação judicial chegou a R\$ 1,6 bilhão somente do governo federal. Somado aos gastos dos estados e municípios, o impacto no orçamento pode chegar a R\$ 7 bilhões”, sendo estranho que “[e]ntre os itens solicitados estão loção hidratante, álcool em gel, protetor solar, fita crepe e xampu anticaspas” (Judicialização na saúde: panorama aponta aumento de 727% nos gastos da União. Observatório de Análise Política em Saúde). Disponível em: <<https://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/aefce52bac4b5a12668347eb6626c67f1/>>. Acesso em 5 nov. 2018.

⁷⁵⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15 *apud* JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 237-283, espec. p. 244.

Neste ponto, veja-se a lição de Ricardo Lobo Torres:

Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.⁷⁶⁰

Como já dissemos anteriormente, diante do atual estágio de desenvolvimento social no Brasil, a distância à consecução do mínimo existencial para todos ainda é tão grande que não se pode sustentar, a nosso ver, que seria viável a tutela jurisdicional do mínimo existencial sem observância da reserva do possível, pois não há, com atenção à realidade, como assegurar a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados imediatamente a todos.

Como salienta Daniel Sarmiento, “não parece viável também excluir, nesta questão [mínimo existencial], qualquer consideração sobre a reserva do possível fática, que diz respeito à efetiva existência dos recursos necessários à universalização do direito reivindicado. Infelizmente, a importância moral de um direito não tem o poder de revogar a lei econômica da escassez”.⁷⁶¹ Todavia, no que concerne à necessidade de observância da Constituição não temos nenhuma ressalva.

Dessa forma, se não houver dotação orçamentária ou se a correção da política pública, para o fornecimento do bem pretendido, exceder a dotação orçamentária, restam os créditos adicionais suplementares ou especiais (art. 41, I e II, da Lei nº 4.320/64), ou, excepcionalmente, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro (art. 167, VI, da CF), mas sempre mediante autorização legislativa (art. 167, V e VI, *in fine*).

Como salientou Calmon de Passos, com a coragem e lucidez habituais,

[...] nossa Constituição cidadã foi generosa no enunciar direitos fundamentais, mas demasiadamente mesquinha, cautelosa e astuta no ‘assegurar’ esses direitos. E isso porque o exercício do poder político, no Brasil, é algo que escapa a todo e qualquer controle social pelos governados. [...]

⁷⁶⁰ O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63-78, espec. p. 75-76.

⁷⁶¹ *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 331.

[...]

[...] forçando o Judiciário a ser o que não pode ser, e isso com prejuízo para a Nação e grave risco para o próprio Poder Judiciário, ameaçado de desacreditar-se ou tornar-se um fator de ingovernabilidade. Impotentes para efetivar decisões políticas eficazes, pretendemos superar nossos problemas transmutando-os em pleitos judiciais, numa inversão que só contribui para deixar os problemas insolúveis e agravados.⁷⁶²

A pródiga enunciação de direitos sociais, a edição de leis demagógicas,⁷⁶³ sem o cuidado de o Poder Judiciário não se aliar à panaceia, como se pudesse realizar normas irrealizáveis, porque além das condições reais do Estado, tal qual um superpoder ou super-herói, traz absoluto desvio de perspectiva político-social. A sociedade civil, já pouco participativa em nossa incipiente democracia e sem níveis sequer razoáveis de educação, passa a acreditar que pode obter no Judiciário, por ações precipuamente individuais, padrões nórdicos de desenvolvimento e qualidade de vida. Ao invés de clamar dos poderes políticos a melhoria do sistema de saúde e de educação; ao invés de buscar participar do debate público sobre a elaboração do orçamento e, assim, acompanhar as escolhas públicas realizadas;⁷⁶⁴ ao invés de exercer efetivamente o seu supremo poder (art. 1º, parág. único, da CF), espera a sociedade, ou melhor, esperam os indivíduos que o magistrado resolva os seus problemas sociais, a partir das necessidades particulares de *cada um* dos milhões de autores-postulantes, e não segundo as possibilidades igualitárias da sociedade...⁷⁶⁵

⁷⁶² A Constitucionalização dos Direitos Sociais. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado, nº 10, jun./ago. 2007, p. 9 e 14-15. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=201>>. Acesso em: 18/08/2014.

⁷⁶³ Ao abordar a *Insinceridade Normativa*, salienta Luís Roberto Barroso: “Igualmente irrealizável é o preceptivo constitucional que padeça de excesso de ambição, colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade, ainda que aferidas por critério generoso” (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 55).

⁷⁶⁴ Como bem ressaltou Luís Roberto Barroso em sua exposição na Audiência Pública sobre Direito à Saúde no STF: “Há no Brasil um vazio, que é o debate público sobre a elaboração do orçamento. Há um momento na vida democrática de todos os Estados no qual se tomam as decisões e se fazem as escolhas – as boas e as trágicas – e esta discussão é negligenciada no Brasil. E, portanto, em um momento do segundo semestre de cada ano, médicos, ONGs, pacientes, as pessoas envolvidas no sistema têm que participar de um debate que tem que ser público e transparente, que é a definição de quais políticas públicas de saúde serão prestigiadas e quais os recursos serão alocados àquelas políticas públicas. Portanto, nós temos judicializado e tornado este debate na ponta final mais importante do que o debate prévio, que é estabelecer quanto, onde e para que serão investidos os recursos. Todas as sociedades democráticas debatem: quanto vai para educação, quanto vai para a construção de estradas, quanto vai para a publicidade institucional. E nós temos que estabelecer o quanto vai para a saúde e procurar determinar qual é o justo em saúde naquele momento e naquele determinado lugar. Portanto, eu chamaria a atenção para um debate que, paralelamente à judicialização, precisa ser feito no Brasil, o debate no momento da elaboração do orçamento. Ali, sim, é o espaço do grande debate público sobre as políticas de saúde no país.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processo-AudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 21/10/2018.

⁷⁶⁵ “[...] a cidadania plena, efetiva, jamais pode ser dada ou outorgada, mas só é alcançável pela luta e pelo empenho dos próprios indivíduos interessados, todo esse ‘paternalismo’ institucional desmobiliza, enfraquece a efetiva construção, entre nós, de uma democracia a partir das bases, vale dizer, uma democracia real.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMAN-

Como destacado em trecho da ementa de um julgado da 6ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, com propriedade e a marcante capacidade do doutíssimo relator de ser claro, didático e induzir à séria reflexão:

No passado (e talvez ainda hoje), o pobre cidadão brasileiro, com dificuldade de atendimento médico, recorria ao político ou coronel, que então arrumava vaga em hospital público. Hoje, o político poderoso, ou coronel, é substituído pela decisão judicial, que apenas atende casuisticamente ao pedido, e não comanda providências punitivas, ou de adequação. Qual é a diferença entre o casuísmo do coronel, que em tese ajudava a salvar a vida, e o casuísmo jurisdicional, que em tese ajuda a salvar vida? Na verdade, se e quando bagunçam a correta atuação administrativa, e ao não se direcionarem à isonomia e à punição de culpados, ambos pioram a situação.⁷⁶⁶

O casuísmo judicial paternalista, portanto, em vez de significar a progressista realização dos direitos sociais, mascara a retrógrada atuação do Poder Judiciário como garantidor do *statu quo*, na medida em que assegura privilégios⁷⁶⁷ a quem tem acesso à Corte, e as pessoas mais bem instruídas ou com melhores condições têm, por assim dizer, maiores chances de acesso, fazendo recordar não só a precitada advertência de Niall Ferguson, de constituições, na América Latina, serem “usadas como instrumentos para subverter o próprio Estado de direito”,⁷⁶⁸ como ainda as denúncias doutrinárias que vêm sendo infrutiferamente feitas sobre “a predação da renda pública pelas elites”, sobre o risco de a distribuição casuística de “bens públicos em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciários, [contribuir] para a perdição dos direitos humanos no Brasil”,⁷⁶⁹ sobre decisões judiciais acabarem “provocando uma grave e elitista distorção social”,⁷⁷⁰ ou sobre:

[...] Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente [ire]m à Justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes nem conhecem estes direitos. Neste contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, as decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como uma espécie de “Robin Wood às avessas”, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média. Enquanto isso, graves violações de direitos perpetradas contra os mais carentes ficam sem resposta judicial.⁷⁷¹

TE, Ricardo Silva de (Coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. n. 7. p. 90-119, espec. p. 117.

⁷⁶⁶ AI no AG 0012400-97.2013.4.02.0000, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, unânime, jul. 21/10/2013.

⁷⁶⁷ Reitera-se, aqui, a observação feita em a nota 577, *supra*.

⁷⁶⁸ “Unlike in the United States, where the constitution was designed to underpin ‘a government of laws not of men’, in Latin America constitutions are used as instruments to subvert the rule of law itself.” (*Civilization: the west and the rest*. London: Allen Lane-Penguin Books, 2011. p. 128).

⁷⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 129 e 134-135.

⁷⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 307.

⁷⁷¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586, espec. p. 583.

Diante desse quadro obscuro, brada a doutrina pela prevalência de ações coletivas⁷⁷² e pelo cuidado com a universalização da tutela individual, por vezes falando na indivisibilidade dos bens sociais.⁷⁷³ Osvaldo Canela Junior toca o ponto que nos parece essencial, ao afirmar que, “não obstante a ação escolhida tenha cunho individual, deverá o magistrado adaptar o provimento jurisdicional para que o direito seja estendido a toda a coletividade”,⁷⁷⁴ mas o ilustre professor menciona que seriam necessárias modificações legislativas, ao asseverar, em nota de rodapé: “Esta proposição já antevê a necessidade de adaptação legislativa, no processo de índole coletiva, relativamente aos provimentos decorrentes de direitos fundamentais sociais e de outras gerações”.⁷⁷⁵

Éder Ferreira, por outro lado, dá a impressão de sustentar que bastaria, em tese, a “ação estritamente individual” para obrigar a Administração ao fornecimento generalizado, “já que a obtenção do provimento jurisdicional favorável implica a necessidade de concessão igualitária de referido direito aos demais cidadãos em igual situação”.⁷⁷⁶ O aresto anteriormente citado pelo autor, a partir do qual

⁷⁷² Cf., v. g., CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 173. PERLINGEIRO, Ricardo. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: a justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 3, v. 17, p. 115-132, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2015. espec. p. 121. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 197. SARLET, Ingo Wolfgang. enaltece as decisões judiciais estruturantes “para inibir uma litigância errática e individualizada” (Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional). In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 203-232, espec. p. 232), e reconhece o “efeito colateral questionável, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário”, mas afirma que a tutela pessoal e individual jamais poderá ser abandonada (In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 1.935).

⁷⁷³ Vide, p. ex., SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353-386, espec. p. 354-355.

⁷⁷⁴ E prossegue: “Se a parte postula a concessão de determinado bem da vida, fundamentando-o no art. 6º da Constituição Federal, caso o magistrado constate violação da igualdade substancial, o provimento deverá ter alcance coletivo, não importando a modalidade de ação manejada”. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

⁷⁷⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146, nota 365.

⁷⁷⁶ Na verdade, como ensina Ricardo Perlingeiro, “a tendência natural seria o SUS não apenas entregar o medicamento ao demandante, mas, principalmente, promover (voluntariamente) a modificação da lista e disponibilizar o medicamento a todos que se encontrassem na mesma situação [...] Para isso, contudo, o impacto socioeconômico e o interesse público dessa medida necessitariam ser prévia e exaustivamente discutidos no processo judicial, não sendo possível que o juiz, quando do julgamento, ignorasse tais efeitos indiretos da sua decisão” [*touché!*] (A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 41 p. 184 a 203, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018. espec. p. 197). E complementa em outro trabalho: “Essa medida seria uma consequência indireta da decisão judicial, já que o SUS não deve agir

desenvolve seu raciocínio, no entanto, mencionava que “nada impede que a Administração os forneça [medicamentos], também, a outros necessitados”.⁷⁷⁷

Mas como buscar ou efetivar essa adaptação ou extensão a todos os interessados que estejam na mesma situação? Já salientamos que a cognição judicial, mesmo em ações individuais, deve necessariamente abranger a juridicidade da política pública estabelecida, o que envolve a justificativa para o não fornecimento do bem pretendido. Salientamos, outrossim, que o juiz deve, inclusive, determinar às partes os esclarecimentos adequados (art. 6º do CPC), determinar, quando necessário, a produção de provas *ex officio* (art. 370 do CPC) e deixar claro que será apreciada a possibilidade de concessão geral do bem pleiteado.

Nessa dimensão, com a cooperação imprescindível do Ministério Público, interveniente no processo (art. 178, I, do CPC), cria-se o ambiente necessário para permitir que se inicie um diálogo sobre a possibilidade e viabilidade de incrementar a política pública, de encontrar maneiras de fornecer vagas no ensino fundamental às crianças na mesma situação, de estender a dispensação para incorporar certo medicamento, mas sempre visando à correção da política pública e à garantia da isonomia substancial, imanente à garantia dos direitos fundamentais sociais.

Considerando, entretanto, a multiplicação de ações pleiteando direitos sociais, impende tentar racionalizar a tramitação dos processos que visem, pelo menos, ao mesmo bem. Em termos bem mais amplos, o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), em uma das conclusões consagradas no Seminário “O controle jurisdicional de políticas públicas”, com o apoio de Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, assentou que “[...] é necessário pensar num novo modelo de processo e num novo modelo de gestão do Judiciário, que permita inclusive a reunião de processos, em primeira e segunda instâncias, sempre que possam onerar o mesmo orçamento” (Conclusão 10).⁷⁷⁸

Apesar da relevância do alvitre, que realmente permitiria avaliar o impacto econômico das ações propostas que possam onerar o mesmo orçamento, e representaria enorme contribuição à governabilidade, nossa preocupação aqui se restringe à convivência de ações pleiteando, em essência, um mesmo bem ou

diferentemente em face dos cidadãos” (PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 429-441, espec. p. 434).

⁷⁷⁷ FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 333-351, espec. p. 349.

⁷⁷⁸ As conclusões do Seminário foram publicadas no Apêndice de GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 505-506.

um mesmo tratamento-medicamento. Pense-se, por exemplo, em ações visando à obtenção de vagas em creches ou ações pleiteando o fornecimento de insulinas de última geração, não dispensadas pelo Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPPB) nem distribuídas nas Unidades Básicas de Saúde (UBSs).

O Código de Processo Civil em vigor dispõe sobre a reunião de processos por conexão no art. 55, cujo *caput* manteve, em substância, a regra do art. 103 do CPC revogado, apenas substituindo “objeto” por “pedido”. Duas alterações significativas, porém, advieram do § 1º e do § 3º do mencionado dispositivo.

Reza agora o § 1º do art. 55 que “[o]s processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado”, ao passo que o art. 105 do Código de 1973 dizia que o juiz “pode ordenar a reunião de ações propostas em separado”, permitindo concluir que, *de lege lata*, a reunião dos feitos, ao menos em princípio, seria impositiva.⁷⁷⁹ Mas a questão não é tranquila, havendo opiniões de que continua facultativa,⁷⁸⁰ ou de que seria obrigatória na hipótese do *caput* e facultativa na do § 3º.⁷⁸¹ Em qualquer caso, todavia, mencionam-se, muitas vezes, ressalvas à reunião quando, p. ex., provocar excessiva delonga ou algum dos feitos já estiver com a instrução concluída e em via de julgamento.

O § 3º, por sua vez, previu, na lição de Araken de Assis, a conexão *em sentido amplo*, enquanto o *caput* do artigo 55 estabelece a conexão *em sentido estrito*, porque “[n]ão há outro sítio adequado para situar o liame entre os objetos litigiosos”.⁷⁸² Na realidade, “o risco de decisões conflitantes ou contraditórias é um fator que caracteriza a própria conexão”.⁷⁸³

Cumprе examinar, então, a incidência do dispositivo na hipótese de que estamos tratando, mas sem perder de vista que a “investigação dos vínculos idôneos a promover a reunião de processos autônomos [é] um dos temas mais complexos do processo civil”,⁷⁸⁴ não tendo cabida, destarte, seu amplo exame no presente trabalho, até porque poderia compreender, por si só, outra tese.

⁷⁷⁹ “O art. 54 do Código de Processo Civil não *faculta* a prorrogação nos casos que prevê, mas *manda* que ela se efetive mediante a reunião das causas (arts. 55, § 1º, e 58)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I. p. 781 – grifado no original). Também no sentido da obrigatoriedade da reunião: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 265; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 231 e 232.

⁷⁸⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I. p. 170.

⁷⁸¹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I. p. 841 *et seq.*; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2016. p. 185 *et seq.*

⁷⁸² ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I. p. 836.

⁷⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 780.

⁷⁸⁴ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 833.

Segundo o artigo 55: “Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.” Subsiste íntegra a crítica que era feita, pela melhor doutrina, ao art. 103 do Código de 1973: “a definição não abrange todo o definido”.⁷⁸⁵ Com efeito: basta a comunhão *parcial* do pedido ou da causa de pedir, sendo suficiente, assim, “a identidade do objeto *mediato* [do pedido], isto é, do bem a cuja obtenção se visa”,⁷⁸⁶ ou a existência de aspecto comum nas *causae petendi*, como o contrato de locação nas ações de despejo por falta de pagamento de aluguéis e de consignação destes, propostas pelo locador e pelo locatário, imputando, um ao outro, inadimplemento.⁷⁸⁷

O Código de Processo Civil, no artigo 55, não alude à identidade de partes (ou de alguma delas), pelo que deve ser levada em conta “somente a *conexidade objetiva*”.⁷⁸⁸

A doutrina costuma referir-se (ou deixa transparecer a ideia) à mesma relação jurídica para justificar a conexão: “O que releva, para a correta compreensão da conexão, é que as ações (a causa de pedir ou seu pedido) digam respeito à *mesma relação jurídica*, exigindo o julgamento unificado destas demandas dotadas de origem comum”.⁷⁸⁹ Da mesma forma, depreende-se do exemplo usual, supramencionado, das ações de despejo por falta de pagamento e consignação, relativas à mesma relação *ex locato*.⁷⁹⁰

Não é simples, contudo, assimilar as concepções do artigo 55 do CPC às ações que visem a obter direitos fundamentais sociais, pelo menos em relação ao direito à proteção da saúde e ao direito à educação, que são especialmente importantes e vêm merecendo nossa atenção. De fato, à luz da Constituição e da natureza estritamente *social* dos alegados direitos, que se realizam por serviços públicos e não admitem apropriação individual,⁷⁹¹ seria impossível cogitar de pedido comum em ações

⁷⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 126.

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 124, nota 28.

⁷⁸⁷ Evidente que a *causa petendi* não é comum. Trata-se de causas de pedir diversas, pois cada qual tem em particular o inadimplemento atribuído ao outro contratante, que são – por óbvio – diferentes. Variam, para voltar à lição do Mestre, os aspectos passivos das *causae petendi* (cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17).

⁷⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I. p. 779 – grifado no original. No mesmo sentido: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 265; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I. p. 834.

⁷⁸⁹ ALVIM, Teresa Arruda et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122 – grifado no original. Também referindo-se à mesma relação jurídica, veja-se DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 233.

⁷⁹⁰ Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I. p. 168.

⁷⁹¹ Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva*

individuais que peçam um mesmo medicamento de alto custo, certa insulina de última geração ou vaga para a pré-escola em determinado distrito ou município? Seria distorção enxergar uma mesma relação jurídica base para esses pedidos? A resposta negativa, que legitimaria a aplicação do art. 55, *caput*, do Código de Processo Civil, embora ousada, enseja o tratamento isonômico das pretensões sociais afins, valor que se alevanta pela dignidade dos supostos direitos em jogo.⁷⁹²

Seja como for, a incidência do § 3º do art. 55 desperta menos perplexidade. Realmente, a regra do § 3º, ao estender as hipóteses de reunião de processos, para evitar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, buscou, sem dúvida, superar a insuficiência da definição repetida, em substância, no *caput* do art. 55. Mas não se deve entender que a inserção do mencionado parágrafo teve a finalidade exclusiva de autenticar a orientação ampliativa que vigorava em doutrina e jurisprudência, isto é, de permitir que tudo continuasse como dantes. Ao contrário, a preocupação do novo Código em evitar decisões contraditórias e preservar a isonomia e a segurança jurídica é manifesta.

Consagrada e precursora obra doutrinária, lançada antes mesmo da entrada em vigor do CPC, fez questão de salientar que:

[...] Processualistas tradicionais costumam afirmar que o sistema tolera contradições lógicas, mas não práticas. [...] Todavia, esta afirmação está em desarmonia com a mentalidade quer dos processualistas, quer dos operadores do direito contemporâneo: contradições, sejam quais forem, não são bem vindas. Este dispositivo [§ 3º do art. 55] contém uma das muitas tentativas do NCPD de acabar com elas.⁷⁹³

Logo, se contradições entre julgados não são mais bem-vindas e o Código de Processo Civil cuidou de estabelecer norma para flexibilizar a reunião de processos, em prol da isonomia e da segurança jurídica, não pode haver dúvida de que essa reunião assume cardinal importância quando se trata de ações visando à mesma prestação social. A quebra da isonomia, neste caso, seria odiosa.

Assim, afastada a exigência da possibilidade de contradição *prática* entre as decisões judiciais para fundamentar a reunião de causas,⁷⁹⁴ admite a doutrina a larga concentração de feitos para julgamento, como leciona Cassio Scarpinella Bueno: “O

do possível”. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62, espec. p. 61.

⁷⁹² Lembre-se que a alocação de recursos, decorrente da decisão judicial, produz a realocação de recursos destinados a outros fins, sendo salutar que o juiz aprecie os pedidos concentradamente, para poder efetivamente avaliar os impactos econômicos de sua decisão.

⁷⁹³ ALVIM, Teresa Arruda *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 123.

⁷⁹⁴ É certo, todavia, que ainda há fortes opiniões mencionando a inconciliabilidade prática entre as decisões, como, e. g., GALDINO, Flávio. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 105.

dispositivo [§ 3º do art. 55] certamente terá [...] intensa aplicação aos casos que têm como ponto de partida uma mesma lesão ou ameaça a direito envolvendo diversos interessados e que, não obstante, precisam ser homogeneamente resolvidos.”⁷⁹⁵

Nessa perspectiva, rompendo com noção algo difundida no sistema anterior, abre-se a oportunidade da reunião de um número maior de processos para decisão conjunta, em proteção à isonomia, ainda que haja algum, mas justificável, comprometimento da rapidez na solução do processo. No caso de ações pleiteando direitos sociais, ou, mais especificamente, um mesmo bem ou serviço, além da ingente conveniência de resguardar a igualdade, a própria concentração de processos é benfazeja, porquanto vai ensejar, desde logo e concretamente, a apreciação irrestrita de vários pedidos, em dimensão recomendavelmente mais próxima da macrojustiça, com a qual não pode deixar o magistrado de se preocupar.

Ademais, eventual queda na rapidez do processamento dos feitos reunidos pode ser combatida eficazmente com algumas medidas, como, até mesmo, se for necessário, a compensação na distribuição de processos, a suspensão da distribuição de processos diversos, por ato do Corregedor, ou a designação de juiz em auxílio.

Na opinião de Fredie Didier Jr., em casos de competência absoluta ou diversidade de procedimentos, por exemplo, “[s]e não for possível a reunião, a conexão pode gerar a suspensão de um dos processos,”⁷⁹⁶ o que também seria útil para o presente estudo. Com a devida vênia, contudo, acreditamos que a suspensão exigiria, exatamente em razão do invocado art. 313, V, “a”, do CPC, a prejudicialidade.⁷⁹⁷

Além da reunião de processos para simultâneo julgamento, poder-se-ia pensar na cooperação nacional, especialmente consoante o art. 69 do CPC, conquanto seja prudente lembrar que a cooperação jurisdicional e as suas ferramentas desempenham “um papel essencial, porém acessório, na evolução da marcha processual”⁷⁹⁸.

De qualquer forma, seria possível imaginar, *verbi gratia*, a produção em conjunto de determinada prova, em amplo contraditório (art. 69, IV, § 2º, II); a designação de audiência especial única, abrangente de todos os feitos, com participação do Ministério Público e, talvez, da Defensoria Pública, para esclarecimentos ou para buscar futura autocomposição (arts. 3º, § 3º, 139, V, c/c.

⁷⁹⁵ *Manual de direito processual civil*. 4. ed. ampl. Atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 149.

⁷⁹⁶ *Curso de direito processual civil*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 231-232.

⁷⁹⁷ Assim, com razão, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2016. p. 185.

⁷⁹⁸ SCHENK, Leonardo Faria. In: ALVIM, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 245-246

69, II);⁷⁹⁹ e prestação de informações recíprocas (art. 69, III). Tudo sem prejuízo, evidentemente, da utilização de qualquer prova produzida em outro processo similar, nos termos do art. 372 do Código de Processo Civil.

A concentração do julgamento das causas que visem ao mesmo bem social, quando envolvida a correção ou incrementação da política pública a fim de realizar norma programática constitucional, ou, ao menos, a prática conjunta de atos relevantes para a convicção judicial, propiciando pronunciamentos homogêneos, constituem os primeiros passos para a consecução de decisões jurisdicionais de índole efetivamente *social*, porque tendem à universalização.

Mas isso, a rigor, ainda não basta para a satisfação integral do plano proposto pela Constituição da República, nem para que o Judiciário deixe de funcionar como um “Robin Wood às avessas”.⁸⁰⁰ Com efeito, clama a *communis opinio doctorum* pela atenção com a universalização da medida decorrente da ação individual, parte da doutrina coíbe a tutela individual dos direitos sociais, em prol da isonomia efetiva,⁸⁰¹ a maioria defende a prevalência das ações coletivas, inclusive, como ressaltou um douto, para acabar “com um universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm um privilégio – o que é extremamente negativo”.⁸⁰²

Assim, quando assevera a doutrina:

Desta forma, não obstante a ação escolhida tenha cunho individual, deverá o magistrado adaptar o provimento jurisdicional para que o direito seja estendido a toda a coletividade. Se a parte postula a concessão de determinado bem da vida, fundamentando-o no art. 6º da Constituição Federal, caso o magistrado constate violação da igualdade substancial, o provimento deverá ter alcance coletivo, não importando a modalidade de ação manejada –,⁸⁰³

é simplesmente porque, em nosso entender, esta é a interpretação do pedido

⁷⁹⁹ Parece-nos correto o entendimento de que o art. 69, II, do CPC não trata dos casos típicos de reunião de processos, ou seja, conexão ou continência, “porque, para tanto, não é preciso qualquer pedido de cooperação ou ato concertado entre os juízes. [...] estes atos devem ser executados independentemente de qualquer pedido de cooperação a que se refere[m] os arts. 67 a 69 do CPC” (MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 249, p. 59-79, nov. 2015. espec. p. 65-66).

⁸⁰⁰ Lembre-se que a menção é de SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586, espec. p. 583.

⁸⁰¹ Cf. LAGE, Lívia Regina Savergnini Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 151-182, espec. p. 157. A autora apenas menciona essa orientação, com citações doutrinárias na nota 21, sem sustentá-la.

⁸⁰² BARROSO, Luís Roberto, manifestação na Audiência Pública sobre Direito à Saúde no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

⁸⁰³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

que *impõe* a Constituição. Ora, se o bem (*latissimo sensu*) não está compreendido nas políticas públicas estabelecidas, ainda que sob a veste da concessão individual, o que se pretende, em substância, é a extensão (ou criação) de serviço público, cuja disponibilização é intrinsecamente genérica e pessoal.⁸⁰⁴

Dessa forma, deixado isso claro pelo juiz, desenvolvida a defesa e o contraditório nessa dimensão, produzida a prova necessária, com ampla cognição judicial, não haveria, a nosso ver, óbice intransponível à determinação do implemento geral da prestação pública, até mesmo porque, como já destacado várias vezes, não poderia o Poder Judiciário conceder benefício exclusivo, inviável de ser universalizado o quanto antes. Nesse contexto, pode-se pensar na concessão imediata ao autor da ação, mas com oportuna generalização, conforme plano apresentado em juízo.

Aliás, a existência de recursos (materiais e financeiros), as questões orçamentárias e a viabilidade de universalização, devem ser examinadas previamente pelo magistrado, a par da observância do art. 498, § 1º, do CPC e do art. 20 da LINDB, ao proferir sentença.

Ser coprotagonista de políticas públicas,⁸⁰⁵ alocar (e, conseqüentemente, realocar) recursos, sem a necessidade de submeter suas escolhas ao escrutínio político, exige densa fundamentação para ser legítima.

⁸⁰⁴ Ainda que *uti singuli*, é a *fruição* do serviço que se faz individual, mas o acesso à sua prestação deve ser geral. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, ao cuidar do *substrato material* do serviço público, refere-se a: “c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral* [...]”. Deveras, se não fora para prover, indistintamente, a satisfação de interesses da generalidade social, faltaria ao serviço a característica de *ser destinado ao público como um todo*”. Para depois conceituar: “Serviço público é a atividade consistente na oferta de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade e cujo desempenho entende que deva se efetuar sob regime jurídico de direito público [...]” (Serviço público: conceito e características. *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. CIENFUEGOS SALGADO, David; RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (Coord.). México: Universidad Nacional Autónoma de México (UCAM), 2008. p. 39-53, espec. p. 43, 47 e 50. (Serie Doctrina jurídica, n. 429). Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/5.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

⁸⁰⁵ “Nesse papel de co-protagonista de políticas públicas...”, escreveram Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Lucon nas Considerações finais e proposta de substitutivo ao Projeto de Lei 8.058/2014. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=33&shop_detail=111>. Acesso em: 17 nov. 2018.

É hora de terminar. Não, evidentemente, porque o assunto tenha se esgotado. Na verdade, o amplo tema escolhido admitiria muitas outras colocações e, até mesmo, várias teses em relação a temas específicos. Mas ferimos o ponto que nos parecia primordial: o mínimo para que o processo sirva efetivamente aos anseios sociais da Constituição da República, em relação à correção ou implementação de políticas públicas, promovendo o bem comum (art. 8º do CPC) e não o agravamento do desequilíbrio social.

As soluções propostas, como, p. ex., a reunião de processos e a prolação de decisões que assegurem a universalização da prestação do bem (*latissimo sensu*) pleiteado, por se cuidar de direitos sociais em sentido estrito (art. 6º da CF), ainda que se trate de ação (aparentemente) individual, decerto se mostram de difícil aplicação imediata, mas, atualmente, com a banal multiplicação de milhões de ações visando à obtenção de direitos fundamentais sociais,⁸⁰⁶ nenhuma solução unificadora assume tranquila realização.

Hoje, como esperamos haver demonstrado, vive-se o caos com a extrema judicialização das questões sociais e a atuação do Poder Judiciário, tratando alegados direitos à saúde e à educação como se fossem absolutos, sem levar sequer em concreta consideração as relevantes defesas postas pela Administração, especialmente no que concerne à escassez de recursos e à primazia (inclusive técnica) na alocação desses recursos, o que compromete a própria governabilidade, não apenas de municípios, mas também dos estados e até da União.

É preciso, como ressaltou o Ministro Luís Roberto Barroso, “tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de

⁸⁰⁶ Conforme se vê no Portal de Notícias do CNJ, “ao menos 1.346.931 processos com o tema saúde tramitaram no Judiciário em 2016”. Judicialização da saúde: iniciativas do CNJ são destacadas em seminário no STJ, 22 maio 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

medicamentos não incluídos na política pública,⁸⁰⁷ raciocínio que pode (e deve) ser estendido, em geral, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Cabe ao Poder Judiciário corrigir ilegalidades na implementação e execução de políticas públicas, mas sua atuação se transformou em via de concessão e obtenção de benefícios particulares que não poderiam ser concedidos pela Administração Pública, como um superpoder capaz de derrotar regras constitucionais, sem que isso contribua definitivamente para a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF); pelo contrário: agravando o nosso dramático desnível social.

O Ministério Público, por suas relevantíssimas atribuições constitucionais, pode exercer papel fundamental no controle das políticas públicas, inclusive, ou precipuamente, em atividade extrajudicial, buscando, por meio do inquérito civil público, reunir elementos e estabelecer diálogo interinstitucional, com a participação da sociedade, que permitam, quem sabe, a solução consensual do litígio ou, quando menos, a robusta propositura da ação civil pública.

A Defensoria Pública, com função marcadamente social (v. artigo 134 da CF), e legitimação para ajuizar ações coletivas, se vale da propositura de inúmeras ações individuais para facilitar a chance de vitória estritamente individual.

É preciso abandonar o “universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm um privilégio – o que é extremamente negativo.”⁸⁰⁸ Assim, lembre-se, deixando isso claro o juiz, facultada a defesa e o contraditório na dimensão pertinente, produzida a prova necessária, com ampla cognição judicial, não há óbice insuperável à determinação do implemento geral da prestação pública pleiteada, mesmo em ações individuais.

⁸⁰⁷ Voto no julgamento, ainda não concluído, do RE 566.471 RG/RN, Tema 6: “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.”

⁸⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto, manifestação na Audiência Pública sobre Direito à Saúde no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

Referências

- A GUIDE to the Sedlac: socio-economic database for Latin America and the Caribbean. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata (UNLP), Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales (Cedlas); Washington, DC: World Bank, abr. 2014. 63 p. Disponível em: <http://sedlac.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/Methodological_Guide_v201404.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 438 p.
- _____. Orçamento público no Brasil. In: ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vitor Pimentel (Coord.). *Orçamento público no direito comparado*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 87-117.
- ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569>>. Acesso em: 5 out. 2014.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.
- _____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. 355 p.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. 704 p.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 200 p.
- _____. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 95-116.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Daniela. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79-99.
- ANA – Agência Nacional de Águas. *Atlas esgotos: despoluição de bacias hidrográficas*. Brasília: ANA, 2017. 88 p. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/publicacoes/ATLASESGOTOSD/espoluicaoodeBaciasHidrograficas-ResumoExecutivo_livro.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 183-212.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. 304 p.
- ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 56, p. 89-103, set./dez. 2005.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 267 p.
-

- _____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. 269 p.
- _____. Sobre a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.). *Processos e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 78-85.
- ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Para além da reserva do possível: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 266, p. 393-417, abr. 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- _____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448.
- _____. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.). *Processos e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 587-603.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I. 1.535 p.
- _____. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. II, t. II. 1.422 p.
- ATHIAS, Leonardo; OLIVEIRA, Leonardo. Indicadores de padrão de vida e distribuição de renda. In: SIMÕES, André; FRESNEDA, Betina (Org.). *Panorama nacional e internacional da produção de indicadores sociais*. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2016. p. 110- 157. (Estudos e análises. Informação demográfica e socioeconômica, n. 5). Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98624.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 190 p.
- BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. 182 p.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 548 p.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação civil pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 187-203, 3. trim. 1993.
- _____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: *Temas de Direito Processual: primeira série*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110-123.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V. 763 p.
- _____. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979. 213 p.
- _____. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 205-213.
- _____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 77, p. 168-176, jan./mar. 1995.
- _____. O juiz e a cultura da transgressão. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 251-261.

-
- _____. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183/192.
- _____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. 270 p. p. 83-95.
- _____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de Direito Processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. 235 p. p. 27-42.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 327 p.
- _____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45-51.
- _____. Proceso y cultura latinoamericana. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 125-128.
- _____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 173-181.
- _____. Recurso Especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário interposto sob condição. In: *Direito aplicado II*: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 249-272.
- _____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 299-313.
- _____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-221.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 101-132.
- _____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327 p.
- _____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.
- _____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 356 p.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *Revista Quaestio Iuris*, v. 04, nº 01, p. 488-512, 2011.
- BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. *A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2000. 24 p.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 452 p.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São paulo: Saraiva, 2010. 453 p.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. 231 p.
-

- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 300 p.
- _____. Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 206-242, 1993.
- _____. Promoção de magistrado por merecimento e recusa de promoção por antiguidade. Instituição de voto aberto e motivado. Legitimidade de emenda à Constituição do Estado. *Revista de Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, n. 116, p. 343-369, mar./abr. 2004.
- BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions* no Direito norte-americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 279-301.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 70-151.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 739-760.
- Black's Law Dictionary*. 6th ed. 10th reprint. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 793 p.
- _____. Governança e legitimidade (alguns aspectos da conjuntura brasileira). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 31-58.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. (Coord.) ALVIM, Teresa Arruda et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BORJA, Rodrigo. La gobernabilidad: talón de Aquiles de nuestra América. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 59-72.
- BRASIL, Ministério da Saúde. *Plano Nacional de Saúde: PNS 2016-2019*. Brasília, 2016. 91 p.
- BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2016*. Brasília: SNSA/MCIDADES, 2018. 220 p.
- BREWER-CARIAS, Allan R. Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 73-96.
- BREYER, Stephen. *The court and the world: American law and the new global realities*. New York, USA: Vintage, 2016. 382 p.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. 298 p.

- _____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2013. 319 p.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. 552 p.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t. 1. 562 p.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. ampl. Atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2018. 912 p.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1.691 p.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. 465 p.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. 559 p.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. 725 p.
- CAMOU, Antonio. *Gobernabilidad y Democracia*. 6. reimp. México: Instituto Federal Electoral, 2013.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. 193 p.
- _____. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 225-236.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. 1.228 p.
- _____. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97-113.
- CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. 2.380 p.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. 310 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.
- _____. *Proceso, ideologías, sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, ARG: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. 638 p.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 170 p.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 252 p.
- _____. A ética e os personagens do processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 215-221.
- _____. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta: Lei da Ação Civil Pública. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, n. 6, p. 234-240.

- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1986. v. 1. 813 p. (I Classici della CEDAM).
- CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 180, p. 195-220, fev. 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 1.086 p.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. 6. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016. 468 p.
- _____. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 137 p.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. 577 p.
- CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interés público. Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 268, p. 143-280, jun. 2017.
- CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/05.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2014.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 398 p.
- CNI – Confederação Nacional da Indústria. *Saneamento: oportunidades e ações para a universalização*. Brasília: CNI, 2014. 107 p. (Propostas da indústria eleições 2014. v. 17). Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2014/07/22/461/V17_Saneamentooportunidadeseacoes_web.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. Repensar la gobernabilidad de las democracias. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 97-119.
- CORREA FREITAS, Rúben. La gobernabilidad en el sistema político uruguayo. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 121-132.
- CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 286-307.
- COSTA, Susana Henriques da. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1.691 p.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 20, n. 79, p. 147-160, jul./set. 2012.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo. El imperio de la ley y su efectividad (a partir de la reforma constitucional argentina de 1994). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 133-166.
- DALLARI, Adilson Abreu. Lei orçamentária: processo legislativo, peculiaridades e decorrências. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 129, p. 157-162, jan./mar. 1996.

- DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93-124.
- DANTAS, Bruno. Jurisdição coletiva, ideologia coletizante e direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 251, p. 341-358, jan. 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. 786 p.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro. *Revista Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 15-25, 2º sem. 2016.
- _____. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 256, p. 209-218, jun. 2016.
- _____. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 4. 576 p.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 353-368.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle da constitucionalidade. Disponível em: <https://www.academia.edu/1618915/Ativismo_e_autoconte%C3%A7%C3%A3o_judicial>. Acesso em: 5 nov. 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I. p. 232-277.
- _____. Execução de liminar em mandado de segurança. Desobediência. Meios de efetivação da liminar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 200, p. 309-325, abr./jun. 1995
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I. 910 p.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. v. II. 808 p.
- _____. *A Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 471 p.
- _____. Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II. p. 797-837.
- DOBBS, Dan B. *Law of Remedies: damages, equity, restitution*. 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1993. 972 p.
- DOUGHERTY, J. Hampdem. *Power of Federal Judiciary over Legislation: its origin; the power to set aside laws; boundaries of the power; judicial independence; existing evils and remedies*. Clark, NJ: Lawbook Exchange, 2004. 129 p.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. 568 p.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Diseño constitucional, régimen político y gobernabilidad en el Perú: los problemas que las normas no bastan para resolver. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 167-198.

- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Atual. por Gustavo Binenbojm. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 537 p.
- FERGUSON, Niall. *Civilization: the west and the rest*. London: Allen Lane-Penguin Books, 2011. 402p.
- FERRARO, Marcella Pereira. Litígios estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 541-562.
- FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 333-351.
- FERREIRA ALDUNATE, Wilson. La lucha por la libertad. *Obras de Wilson Ferreira Aldunate*. Montevideo: Cámara de Representantes, 1992. p. 283.
- FISS, Owen M. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 25-51.
- _____. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. 117 p.
- _____. The forms of justice. *Harvard law review*, Cambridge, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.
- FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 368 p.
- FREER, Richard D. *Introduction to civil procedure*. 2. ed. New York: Aspen, 2009. 118 p.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. 246 p.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 380 p.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Gobernabilidad democrática y Constitución (a propósito del caso peruano). In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 199-220.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 525 p.
- _____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995. 267 p.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 444 p.
- 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. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 61, p. 194-214, abr./jun. 2015.
- _____. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2013. 176 p.

- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I. 549 p.
- _____. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II. 436 p.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. 392 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.
- _____. Relatório geral. In: Conferência de Seoul 2014 – Constituição e processo: o Judiciário como órgão de controle político. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 249, p. 19-29, nov. 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 1.217 p.
- GROS ESPIELL, Héctor. La gobernabilidad y la Constitución uruguaya. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 221-238.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. Ato processual. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 76-92. (Biblioteca Jurídica).
- GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 27.07.1988 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/discursos-em-destaque/serie-brasileira/decada-1980-89/pdf/Ulysses%20Guimaraes_270788.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas/SP: Russel, 2005. 538 p.
- HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993. 230 p.
- HENSLER, Deborah R. et al. *Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain*. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2000. 610 p.
- HERR, David F. *Annotated manual for complex litigation*. 4th ed. S.I.: Thomson Reuters, 2014. 1239 p.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999. 255 p.
- HOMBURGER, Adolf. Private suits in the public interest in the United States of America. In: *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*. Frankfurt: Alfred Metzner Verlag GMBH, 1975. n. 68. p. 9-68.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Brasil em números*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. v. 25. 480 p.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional de saúde 2013: acesso e utilização dos serviços de saúde, acidentes e violências*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. 106 p. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de indicadores sociais 2017: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. 140 p. (Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica, n. 37).

- IPEAF – *Indicador de Alfabetismo Funcional: estudo especial sobre alfabetismo e mundo do trabalho*, São Paulo, maio 2016. 26 p. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B5WoZxXFQTCRRWFyakMxOTNyb1k/view>>. Acesso em 22 abr. 2018.
- IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Desafios da nação*. Brasília: IPEA, 2018. v. 1. 162 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32753&Itemid=433>. Acesso em: 21 maio 2018.
- JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 237-283.
- JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C. *Civil Procedure*. 2nd ed. Toronto: Little, Brown and Company, 1977. 711 p.
- JAMES JR., Fleming, HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 4th ed. Boston, Toronto and London: Little, Brown and Company, 1992. 726 p.
- JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 449-466.
- JOHNSON, Kevin R.; ROGERS, Catherine A.; WHITE, John Valery. *Complex litigation: cases and materials on litigating for social change*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2009. 920 p.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1.519 p.
- KINZO, Maria D'Alva Gil. Governabilidade, estrutura institucional e processo decisório no Brasil. Disponível em: <<http://ppbr.com/ld/govpoart.asp>>. Acesso em: 12 set. 2018.
- KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. 4th ed. St. Paul/MN: Thomson/West, 2012. p. 184.
- LAGE, Livia Regina Savernigni Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 151-182.
- LAMOUNIER, Bolívar. Brasil: reflexões sobre governabilidade e democracia. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 239-250.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p.
- LATINOBARÓMETRO. *Informe 2017*. Santiago, CHL: Corporación Latinobarómetro, 2017. 66 p. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- LEAL, Saul Tourinho. Constitucionalismo sul-africano inspira debate histórico no STF. África do Sul Connection nº 37, Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI226142,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+37>>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- _____. *Controle de constitucionalidade moderno*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2012. 566 p.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. I. 319 p.

- _____. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992. v. I. 420 p.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o Projeto de Lei 8.058/2014. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 252, p. 275-300, fev. 2016.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 155-173.
- _____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIAS, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 113-143.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga *et al.* (Org.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 2-11.
- _____. *Relação entre demandas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. 331 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 507 p.
- _____. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985: 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 707-751.
- _____. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 396 p.
- MARCUS, L. Richard, REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F. *Civil procedure: a modern approach*. 2. ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1995. 1.183 p.
- MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Iuris*. v. 09, n. 02, Rio de Janeiro, 2016. pp. 695-722. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/19270/16219>>. Acesso em: 04 mar. 2018.
- MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. 388 p.
- MAUJET, Thomas A. *Pretrial*. 8. ed. New York: Aspen, 2005. 512 p.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 221-245.
- _____. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985: 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 267-303.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 237 p.
- MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 249, p. 59-79, nov. 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 701 p.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público: conceito e características. *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. CIENFUEGOS SALGADO, David; RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (Coord.). México: Universidad Nacional Autónoma de México (UCAM), 2008. p. 39-53. (Serie Doctrina jurídica, n. 429). Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/5.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.
- MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico Português-Inglês-Português*. 6. ed. mel. e ampl. Lisboa: Pergaminho, 1994.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 290 p.
- _____. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 412 p.
- _____. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 293 p.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *Revista Jurídica Direito & Paz*, Lorena, SP, Ano XVIII, nº 35, p. 256-281, 2. sem. 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1.616 p.
- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 434 p.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. 562 p.
- _____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1996. t. IV. 546 p.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2.845 p.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. 607 p.
- NICTOLIS, Rosanna de. *Codice del Processo Amministrativo Commentato*. III ed. Milano: Wolters Kluwer, 2015. 2.635 p.
- NJAIM, Humberto. La gobernabilidad en Venezuela: un desastre previsible. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 253-274.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. v. I. 399 p.
- ONODERA, Marcus Vinícius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental: contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 417-450.
- ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio César. La búsqueda de la gobernabilidad democrática a partir del cambio constitucional de 1991. El caso de Colombia como un proceso inconcluso y amenazado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 275-329.

- OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 177-202.
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina: el presidencialismo peruano. Retos y propuestas. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 331-363.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. n. 7. p. 90-119.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III. 496 p.
- _____. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, n. 10, p. 1-16, jun./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=201>>. Acesso em: 18 ago. 2018.
- _____. Dimensão política do processo: direito, poder e justiça. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. n. 5. p. 321-338.
- PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público: uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 261, p. 467-497, nov. 2016.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 41 p. 184 a 203, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://direitoeestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.
- _____. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: a justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 3, v. 17, p. 115-132, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2015.
- _____. Desjudicializando as políticas de saúde. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 86, n. 2, p. 3-11, jul./dez. 2014.
- _____. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 1, v. 2, p. 164-185, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2013.
- _____. Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil. *Scientia Iuridica*, Braga, t. LXII, v. 62, n. 333, p. 519-539, set./dez. 2013.
- _____. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 429-441.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 18, 2002, p. 141-155.
- _____. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. 1.072 p.
- _____. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 2. 1.127 p.

- _____. *Jurisdição e pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: CRV, 2017. 396 p.
- _____. Reflexões sobre o procedimento da ação coletiva *stricto sensu* no direito processual civil brasileiro. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 17, jan./jun., 2003, p. 163-170.
- _____. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 548 p.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 8, v. XIII, jan./jun. 2014, p. 229-258.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 233-277.
- PRADO, Mariana Mota. Provision of Health Care Services and the Right to Health in Brazil: the long, winding, and uncertain road to equality. In: FLOOD, Collen M.; GROSS, Aeyal (Eds.). *The right to health at the public/private divide: a global comparative Study*. New York, NY: Cambridge University Press, 2014. 492 p. p. 319-344.
- RENDELMAN, Doug. *Complex litigation: injunctions, structural remedies, and contempt*. New York, NY: Foundation Press, 2010. 1.239 p.
- RINCÓN GALLARDO, Gilberto. La gobernabilidad democrática y los temas olvidados de una necesaria reforma del Estado. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 365-377.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes da. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, p. 85-99, 1996.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 319 p.
- RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 513-539.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2016. 1.515 p.
- _____. *Processo civil ambiental*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 272 p.
- _____. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8). p. 623-640.
- RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016. 403 p.
- RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 141-176.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2013. 707 p.
- ROSENTHAL, Lee H.; LEVI, David F.; RABIEJ, John K. *Federal Civil Procedure Manual*. New York: Juris Publishing Inc., 2014. 1.112 p.

- ROUQUETTE, Rémi. *Petit traité du procès administratif*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2014. 1.516 p.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353-386.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.
- SALAZAR UGARTE, Pedro. Desde la gobernabilidad ideal hasta la (in)governabilidad posible. Una reflexión sobre la realidad política de América Latina. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 379-399.
- SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. 734 p.
- SANTOS, Lenir. Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde. *Revista Consultor Jurídico*, 5 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo#top>>. Acesso em: 12 nov. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 203-232.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 375 p.
- _____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 219 p.
- _____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 35-93.
- _____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.
- _____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167-205.
- SASSAKI, Alex Hayato et al. Por que o Brasil vai Mal no PISA? Uma Análise dos Determinantes do Desempenho no Exame. *Policy Paper* (Insper) nº 31, jun. 2018. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/07/Por-que-Brasil-vai-mal-PISA-Analise-Determinantes-Desempenho.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. 160 p.
- SCOCA, Franco Gaetano (*a cura di*). *Giustizia Amministrativa*. 6. ediz. Torino: G. Giappichelli, 2014. 709 p.
- SERIGNOLLI, Pedro Paulo Grizzo *et al.* Considerações sobre a responsabilidade civil na lei do Superfund. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p. 5-31, fev./mar. 2016.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010. v. 1. 358 p.
- SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. 11. ed. México: Porrúa, 1995. 717 p.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.
- _____. A governabilidade num Estado democrático de direito. In: VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 1-29.
- _____. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1973. 388 p.
- _____. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. 373 p.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.
- SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 9.th ed. New York: Oxford University, 2006. 553 p.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 258 p.
- SULLIVAN, E. Thomas *et al.* *Complex Litigation*. New Providence/NJ: LexisNexis, 2009. 975 p.
- SUTHERLAND, Mark I (Ed.). *Judicial tyranny: the new kings of America*. St. Louis, MO: Amerisearch, 2005. 287 p.
- TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8). p. 109-131.
- _____. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 31 out. 2018.
- _____. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória: versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.
- _____. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 284, p. 139-184, out. 2018.
- _____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 508 p.

- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. 320 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As normas fundamentais do processo civil. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*: de acordo com o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-23.
- _____. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III. 1.232 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 224, p. 121-153, out. 2013.
- TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed., rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62.
- TOGNOLLI, Claudio Julio. Microsoft é enquadrada na Lei Anti-Máfia dos Estados Unidos, Consultor Jurídico, São Paulo, 16 out. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-out-16/microsoft_enquadrada_lei_anti-mafia_eua#author>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352 p.
- _____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63-78.
- _____. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 395 p.
- _____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III. 598 p.
- _____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V. 631 p.
- TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 562 p.
- _____. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 448 p.
- TRAVI, Aldo. *Lezioni di giustizia amministrativa*. 11. ediz. Torino: G. Giappichelli, 2014. 393 p.
- TUSHNET, Mark. Social welfare rights and the forms of judicial review. *Texas Law Review* 82(7), p. 1.985-1.919, 2004, *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352 p.
- VALADÉS, Diego (Ed.). Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio introductorio. In: *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. IX-XLI. 452 p.
- VENTURA, Adrián. Gobernabilidad, legitimidad y opinión pública. VALADÉS, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 401-450.
- VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 251, p. 391-426, jan. 2016.

- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. 332 p.
- VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 303-352.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 637 p.
- _____. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 284, p. 334-369, out. 2018.
- _____. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 369-422.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1.566 p.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2.422 p.
- WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de. Adjudicação de direitos e escolhas políticas na assistência social: o STF e o critério de renda do BPC. Disponível em: <https://www.academia.edu/35825264/Adjudica%C3%A7%C3%A3o_de_direitos_e_escolhas_pol%C3%ADticas_na_assist%C3%A2ncia_social>. Acesso em 12 nov. 2018.
- WATANABE, Kazuo. Apontamentos sobre: “tutela jurisdicional dos interesses difusos - (necessidade de processo dotado de efetividade e de aperfeiçoamento permanente dos juízes e apoio dos órgãos superiores da Justiça em termos da infra-estrutura material e pessoal)”. In: *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 511 p. p. 326-328.
- _____. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 213-224.
- _____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. 190 p.
- _____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: *As Garantias do Cidadão na Justiça* (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 185-196.
- WEISS, Fernando Lemme. *Princípios tributários e financeiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 314 p.
- WISE, Charles R.; CHRISTENSEN, Robert K. Sorting Out Federal and State Judicial Roles in State Institutional Reform: Abstention’s Potential Role. *Fordham Urban Law Journal*, New York, v. 29, p. 387-426, 2001. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2071&context=ulj>>. Acesso em: 05 set. 2014.
- ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.
- ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 309-331.



JUSTIÇA FEDERAL
TRF2



EMARF
Escola da Magistratura
Regional Federal 2ª Região

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-62108-10-5



9 788562 108105



JUSTIÇA FEDERAL
TRF2


EMARF
Escola da Magistratura
Regional Federal 2ª Região