

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTERIO PÚBLICO DO
RIO GRANDE DO SUL

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
MATO GROSSO

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

LUDMILA PEREIRA ARAUJO

**A NECESSIDADE DE PRIORIZAR AS DEMANDAS COLETIVAS
FRENTE ÀS PRETENSÕES DE NATUREZA INDIVIDUAL: FORMA
DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO JUDICIAL AOS DIREITOS SOCIAIS.**

Cuiabá-MT

2012

LUDMILA PEREIRA ARAUJO

A NECESSIDADE DE PRIORIZAR AS DEMANDAS COLETIVAS FRENTE ÀS
PRETENSÕES DE NATUREZA INDIVIDUAL: FORMA DE AMPLIAÇÃO DO
ACESSO JUDICIAL AOS DIREITOS SOCIAIS

Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso, em convênio com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como exigência parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Luiz Manoel Gomes Junior

Cuiabá-MT
2012

LUDMILA PEREIRA ARAUJO

**A NECESSIDADE DE PRIORIZAR AS DEMANDAS COLETIVAS FRENTE ÀS
PRETENSÕES DE NATUREZA INDIVIDUAL: FORMA DE AMPLIAÇÃO DO
ACESSO JUDICIAL AOS DIREITOS SOCIAIS**

Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso, em convênio com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul como exigência parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovada em ____/____/____ pelos membros da Banca com menção _____

(_____).

Luiz Manoel Gomes Junior
FESMP-MT

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Diretor Geral: Prof. José Antônio Borges Pereira
FESMP-MT

Verdade

A porta da verdade estava aberta,
Mas só deixava passar
Meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
Porque a meia pessoa que entrava
Só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
Voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arreentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
Onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
Diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
Seu capricho, sua ilusão, sua miopia.
(Carlos Drummond de Andrade)

Dedico este trabalho aos meus pais, Afrânio e Vera, que sempre me influenciaram a enxergar o mundo de uma maneira mais crítica, sem, contudo, deixar de acreditar e fazer valer para que ele possa vir a se tornar melhor um dia.

RESUMO

A análise do emprego de instrumentos jurídicos para o controle dos direitos sociais é assunto que tomou peso nos últimos tempos e, apesar das críticas ao instituto, tornaram-se frequentes as decisões judiciais concedendo tais prestações. Contudo, a utilização desenfreada e desmedida do controle judicial sobre os direitos sociais é situação que preocupa, visto que o recurso público para políticas sociais é escasso e a sociedade deve ser atendida da maneira mais justa possível. Desta forma, é necessário expor parâmetros à atuação judicial, dando prioridade às demandas de ordem coletiva. Tudo isso para concluir que os problemas que vêm sendo observados quando da utilização do controle judicial não são páreos para negar o instituto, mas, tão somente, para conscientizar sobre a melhor forma da sua utilização.

Palavras chave: Direitos sociais; Políticas públicas; Poder Judiciário; Controle judicial; Ação Coletiva; Processo Coletivo.

ABSTRACT

The analysis of the use of legal instruments for the control of social rights is a matter that took weight in recent times and, despite criticism of the institute, became frequent court decisions granting such benefits. However, uncontrolled and excessive use of judicial review on the social situation is worrying, since the public resource is scarce for social policy and society must be met in the fairest way possible. Thus, it is necessary to expose parameters to judicial action, giving priority to the demands of a collective. All this to conclude that the problems have been observed when the use of judicial review is not to deny the institute, but merely to raise awareness on how best to use.

Palavras chaves: Social rights, public policies, Judicial review, Collective Action, Collective Process.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DO CONTROLE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E DAS AÇÕES COLETIVAS	10
	2.1 Breve Histórico dos Direitos Fundamentais	10
	2.2 Breve histórico do Controle Judicial dos Direitos Sociais	14
	2.3 Breve histórico das Ações Coletivas	16
3.	AS DISFUNÇÕES E OS PARÂMETROS DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS: O USO EXACERBADO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS	19
	3.1 A utilização exacerbada das demandas individuais	21
	3.2 Prioridade para a solução mais econômica	27
	3.3 Intensidade do Controle Judicial atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Públicas	28
4.	A AÇÃO COLETIVA E A OBTENÇÃO DA IGUALDADE FORMAL	29
5.	PARÂMETROS IDENTIFICADORES DA PRIORIZAÇÃO DA DEMANDA COLETIVA FACE À DE NATUREZA INDIVIDUAL	33
	5.1 Universalidade da prestação: garantia de acesso à justiça e economia processual	33
	5.2 A atuação do Ministério Público: garantia técnica e maior participação da sociedade	36
	5.3 Menor desorganização da Administração Pública	39
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
6.	BIBLIOGRAFIA	43

1. INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional e a possibilidade de sua exigência através de ações judiciais têm sido temas muito debatidos nos últimos anos no Brasil.

Até meados da década de 90, parte predominante da doutrina e da jurisprudência entendiam os direitos sociais como normas programáticas, apenas. Esta situação impedia a efetividade da cobrança de tais direitos via ação judicial. Atualmente, a situação se inverteu e, apesar de haver críticas quanto à possibilidade do instituto, é certa sua aceitação e concessão por parte do judiciário brasileiro.

Nas palavras do Professor Daniel Sarmiento¹:

Atualmente, pode-se dizer que o Poder judiciário “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Contudo, pela real aceitação deste controle, cada vez mais tem aumentado procura pela via judicial para a efetivação das referidas garantias, ocorrendo quase que um fenômeno da matéria, situação que traz questões complexas e que não podem ser ignoradas. Dentre estas, o problema da escassez dos recursos públicos e os custos para o atendimento dos direitos sociais.

Outro impasse, também, é a obtenção do acesso igualitário à justiça, visto que o Brasil é um país que deixa muito a desejar neste quesito. Pesquisas revelam que a maior parte dos reclamantes pelo controle judicial dos direitos sociais pertence à classe média.

¹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 554-555

Isto acaba por construir um paradoxo, pois os segmentos mais excluídos da população, que deveriam ser os beneficiados dos direitos sociais, em nome da promoção da igualdade material, dificilmente recorrem ao Poder Judiciário, permanecendo a concessão de políticas públicas, quando advindas da cobrança pelo meio judicial, aos que, teoricamente, não estão tão necessitados.

A situação estaria criando, neste sentido, concentração da riqueza, visto que os recursos públicos, infelizmente escassos, estão condensados aos mais bem afortunados².

Entretanto, os questionamentos expostos, não devem conduzir à rejeição do instituto, mas sim ao seu uso de forma moderada, contribuindo para a construção de parâmetros para a sua utilização. Dentre estes, o de maior relevância é a prioridade do processamento das Ações Coletivas frente às Ações Individuais.

Neste sentido, este trabalho trará uma breve análise do histórico dos direitos fundamentais, do controle judicial dos direitos sociais e das ações coletivas. Após, explicitará as disfunções do sistema e seus parâmetros, dando ênfase ao uso exacerbado das ações individuais e a solução do impasse, que é a utilização da ação coletiva.

Desta forma, o trabalho enfrentará o tema, no sentido de expor que tais disfunções não chegam a negar o instituto, mas sim a auxiliar na construção de parâmetros para a utilização deste.

² Ibid., p. 556

2. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DO CONTROLE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E DAS AÇÕES COLETIVAS

2.1 Breve Histórico dos Direitos Fundamentais

A conceituação atual dos direitos fundamentais se origina de uma sucessão histórica de tais direitos, que, de acordo com a necessidade da época e do ordenamento social vigente, são formulados e “guindados ao cume da ordem jurídica”³.

Atualmente, ao se estudar os direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que a doutrina os classifica como direitos de primeira geração, segunda geração, terceira geração, sendo que já há explicações mais recentes acerca dos direitos de quarta geração.

Os direitos de primeira geração, que vão envolver garantias de liberdade e igualdade – também chamadas de liberdades individuais negativas, nascem durante a Revolução Francesa, época de combate ao absolutismo e ao império das vontades dos monarcas. Assim, tais direitos surgem na tentativa de restringir os poderes absolutistas que o Estado possuía e estabelecem limites às arbitrariedades impostas pelo clero e pela nobreza. É a busca pela racionalização do estado e sua submissão aos direitos.

Ascende, com isso, o Estado Liberal, em superação e oposição ao Estado Absolutista. Nos dizeres da Professora Luísa C. P. e Netto, há aqui a separação entre estado e sociedade, abstendo-se, tal órgão, de “promover intervenções nas searas econômica e social; o Estado podia ser comparado a um “guarda-noturno”,

³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Os Direitos Sociais como limites materiais à revisão constitucional. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 19

incumbido de zelar pela paz e segurança de forma que a sociedade ficasse livre para se desenvolver.⁴

Contudo, tais conquistas liberais de combate à intervenção do Estado eram tidas como meramente formais, pois não foram usufruídas por toda a população, mas tão somente por uma burguesia em ascensão, que florescia com suas atividades comerciais devido a não mais intervenção do Poder Absolutista. Além do não usufruto pelo restante da massa, vê-se uma opressão da mesma, em que trabalhadores eram obrigados a trabalhar sem descanso, em locais insalubres, sem uma boa remuneração.

Conseqüentemente surge, de forma paulatina, um modelo social, atenuando-se a separação do estado e sociedade, sendo concebida a ideia de que o Estado deve atuar voltado ao bem estar social e ao desenvolvimento econômico.⁵ Fala-se, aqui, em segunda geração, pois o Estado que passa a ser social, também conhecido como WELFARE STATE, começa a interpretar os clássicos direitos de liberdade sob a perspectiva da sociabilidade, no sentido de garantir igualdade material e a realização dos objetivos de justiça social.

Tais direitos se exteriorizam nos conhecidos direitos sociais e econômicos, também denominados de liberdades-positivas, passando o Estado a ser um sujeito ativo, que presta serviços e regula atividade econômica, com o fito de que sejam reduzidas as desigualdades sociais, para que seja concretizada, por fim, a igualdade material. Foi com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 que estes instrumentos sociais tiveram destaques, passando a somar com os direitos de primeira geração, sendo que vão dominar por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra, vindo com destaque para o Brasil no Governo de Getúlio Vargas, com a promulgação da CLT.

Infere-se, então, que, ao contrário dos direitos fundamentais de liberdade, que são realizados a partir da menor presença estatal, os direitos sociais se efetivam com a presença e atuação do Poder Público, tendo em vista que se configuram, na maioria das vezes, como direitos a prestações estatais.

⁴ Ibid., p. 20

⁵ Ibid., p. 23

Após a Segunda Guerra Mundial, com todas as terríveis práticas exercidas pelos nazistas, cria-se na Alemanha uma certa ojeriza com relação ao Modelo da Carta de Weimar, que passou a ser entendida como contributiva para as atrocidades ocorridas naquele país, pelo fato de os partidários ao Poder Nazista se utilizarem desta construção Constitucional para inviabilizar várias medidas do governo democrático, reduzindo, por fim, a zero os direitos humanos básicos.⁶

Em consequência, a Alemanha passou a adotar outro modelo de Carta Constitucional, conhecida como a Lei Fundamental de Bonn, entendida como norma-fim do Estado, que afasta o tratamento das normas de caráter programático pela Constituição, deixando no corpo da Lei Constitucional apenas o que for tarefa e direção obrigatória para a atuação estatal.⁷

Ressalta-se que a lei alemã de 1949 vai influenciar em grande escala os sistemas jurídicos internacionais, dentre eles o Brasil.

Cria-se, no sistema brasileiro interno, variada discussão sobre a adoção dos institutos lá utilizados, até mesmo quando da discussão da possibilidade do controle judicial dos direitos tidos como de caráter prestacional, situação que será tratada mais abaixo.

Ainda concernente à evolução dos direitos tratados neste tópico, ressalta-se que não só o sistema nazista, como também o fascista, salazarista e demais regimes totalitários ou autoritários, e suas respectivas atrocidades decorrentes, vão fazer surgir os direitos de solidariedade ou de fraternidade no rol dos direitos humanos, direitos também conhecidos como de terceira geração. São eles de titularidade coletiva, pois visam não à proteção dos interesses de um único indivíduo ou de apenas um grupo, mas sim de todo o gênero humano. Dentre tais direitos, pode-se mencionar o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente, o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Foram eles proclamados pela Declaração Universal dos Direitos

⁶ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 43-45

⁷ Ibid., p. 48

Humanos, de 1948, sendo posteriormente incorporados às Constituições de diversos países. A Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, é grande referência no que se refere à inserção de normas que visam à proteção do meio ambiente, bem como de outros direitos de solidariedade.

Conforme nos ensina Paulo Bonavides, a respeito dos direitos de terceira geração:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses do indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta(...). Emergiram eles de temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.(BONAVIDES, 2009, p. 569)

Há, também, uma propensão para o reconhecimento de direitos que formariam uma quarta dimensão, tendo em vista a globalização dos direitos fundamentais. Esta formação, nos dizeres de Paulo Bonavides, deve-se à política neoliberal, que prega a dissolução do Estado nacional e o afrouxamento dos laços da soberania. A despolitização causada pela globalização vai fazer com que surjam direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.⁸

Desta forma, observa-se que estes direitos coexistem no ordenamento jurídico, cada qual com a sua finalidade, sendo que a existência de um grupo não requer o desaparecimento do outro.

⁸ Ibid., p. 572

2.2 Breve histórico do Controle Judicial dos Direitos Sociais

A possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações é uma das principais inovações ocorridas no constitucionalismo brasileiro. Ao mesmo passo que surgem os direitos fundamentais em diferentes gerações, ocorre a transformação do entendimento jurídico a respeito do que deve ser garantido ao cidadão.

Conceituando a matéria dentro da ascensão vista no Brasil, tem-se que, no passado não muito longínquo, ainda com a aceitação dos direitos fundamentais em uma escala de primeira geração, predominava a percepção de que os juízes deviam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador.

Em suma, por mais que as prestações sociais já estivessem positivadas no texto constitucional, só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador assim determinasse, definindo legalmente os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria.⁹

Todavia, este ponto de vista começa a ser superado em meados da década de 1990, a partir de decisões judiciais que passam a determinar a entrega de medicamentos para portadores do vírus HIV. Neste sentido, a RE 271286/RS, Relator Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000¹⁰:

AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de

⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 515.

¹⁰ Disponível na Internet: <
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(271286.NUME.%20OU%20271286.DMS.\)\(CELSO%20DE%20MELLO.NORL.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocratica](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((271286.NUME.%20OU%20271286.DMS.)(CELSO%20DE%20MELLO.NORL.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocratica)>. Acesso em 20 de junho de 2012.

medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. (...) O caráter programático da regra inscrita no Art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas 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. (...)

Neste mesmo sentido, há outros julgados, tais como RE 255627/RS, Rel. Ministro Nelson Jobim¹¹; e RESP 353147/DF, Rel. Ministro Franciulli Netto¹².

Sem contar que, desde então, sucessivas decisões a respeito do mesmo tema vêm sendo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, convalidando a ideia contemporânea de atuação judicial com relação aos direitos sociais.

Aqui, cita-se uma decisão representativa dessa nova orientação:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.(STF, RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006)

Nos dizeres de Cláudio P. De Souza Neto, tal ativismo judicial origina-se de uma série de fatores, sendo eles: aprovação da Constituição de 1988, considerada

¹¹ STF, RE-AgR 255627/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 23.02.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28255627%2E+OU+255627%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acessado em 29 de agosto de 2012.

¹² STj. RESP 353147/DF. Rel. Min. Franciulli Netto. DJ 18.08.2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=353147&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>> Acessado em 29 de agosto de 2012.

ativista e afirmativa da normatividade constitucional, sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo e superação do positivismo no âmbito da metodologia constitucional¹³.

Desta forma, resta certo que tais fatores acabaram por firmar a concretização judicial de direitos sociais no contexto presente e, por mais que ainda haja alguns óbices em grande parte argumentados pelo próprio poder Executivo e Legislativo, quando da busca pela não efetivação da justiciabilidade, isto não chega a negar o Instituto, mas capaz de demonstrar que há certas críticas e ideais contrários à atividade de controle.

2.3 Breve histórico das Ações Coletivas

As ações coletivas, pelos ensinamentos de Freddie Didier e Hermes Zaneti, possuem antecedentes de cunho grego, romano e anglo-saxão, bem como uma biografia de forma não linear¹⁴.

No que tange aos antecedentes históricos de cunho grego e romano, há conhecimento da utilização de ação popular em defesa das “*rei sacrae, rei publicae*”, em que ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública, com o fundamento de que a República pertencia ao cidadão.

Quanto ao antecedente de cunho anglo-saxão, mais íntimo da visão brasileira e norte-americana, a tradição estava atrelada à legitimação processual e à necessidade do litígio possuir adequada representação¹⁵.

Contudo, quando da época do iluminismo e do liberalismo, acentuou-se a ideia de liberdades individuais negativas. Esta situação influenciou diretamente o

¹³ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 516

¹⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 23

¹⁵ Ibid., p. 24

processo civil, que se voltou totalmente às ideias de autonomia da vontade e propriedade individual, considerando o direito de agir como de competência exclusiva ao titular do direito privado. Neste sentido, somente ao titular do direito lesado é quem cabia a decisão sobre a propositura da demanda¹⁶. Assim, explicita os citados autores:

Era o início do Estado-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura “Era dos Códigos”. Neste projeto jurídico não havia mais espaço para o direito da coletividade no sistema, as preocupações sistemáticas voltavam-se apenas para o indivíduo, a formação de sua personalidade jurídica, seus bens, suas relações familiares e a sucessão patrimonial. (DIDIER; ZANETI, 2010, p. 24)

No Brasil, com a chegada da “Era dos Códigos” e com a criação do Código Civil de 1916, que passa a regular as relações jurídicas de direito privado civil, institui-se uma nova fase, no sentido de que nenhum outro diploma poderia interferir na regulação do direito civil. Assim, com essa formatação de cunho individualista, voltado para a propriedade individual, afasta-se, na época, qualquer abertura para as tutelas coletivas¹⁷.

Entretanto, na década de 70, período conhecido como de redemocratização, em que há valorização do Ministério Público, aliado a certa influência dos estudos dos processualistas italianos, bem como ao ativismo judicial por parte de renomados nomes no processo civil, como Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, as ações coletivas começam a tomar força.

Sobre o assunto¹⁸:

Como bem salienta Vigoritti, não se trata de novidade a união popular em torno de certos interesses, muito menos o embate para a realização, efetivação e consagração desses mesmos interesses. A novidade, dentro do sistema posto, aparece quando esta união aspira à tutela jurisdicional como a solução para os conflitos. Tal postura é um voto de confiança no

¹⁶ Ibid., p. 24

¹⁷ Ibid., p. 25

¹⁸ Ibid., p. 41

sistema, e, ao mesmo tempo, uma expressão da radical vontade de sua renovação. Também é nova a aspiração de receber a tutela jurisdicional na dimensão real, coletiva, bem como a busca de espaço nas instituições processuais, para solucionar essa procura.

Tal visão passa a ser entendida como meio de fomentar maior participação democrática e economia processual¹⁹.

Assim, no intuito de uma prestação judicial efetiva e participativa, a Constituição Federal de 1988 muda imensamente a questão processual, trazendo nova roupagem aos direitos fundamentais, incluindo, entre estes, os direitos coletivos.

Após, ainda há o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a partir do que explicita o art. 5º, XXXII, da CF/1988, dispondo em um de seus títulos o conceito dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, que, até então, eram vistos de forma conturbada, pois não eram esclarecidos por nenhuma legislação.

Além do que, o CDC, ao tratar matérias referentes às ações coletivas, como a sua competência, acabou por criar um microsistema processual para elas. Ademais, outras legislações também contribuem para a formação do citado, como a Constituição Federal, Lei da Ação Civil Pública e Lei da Ação Popular.

¹⁹ Ibid., p 44

3. AS DISFUNÇÕES E OS PARÂMETROS DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS: O USO EXACERBADO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS

Diante do exposto no capítulo anterior, é evidente que ainda há discussão sobre a aplicação do instituto do controle judicial no Brasil, seja pela sua aceitação, seja pela sua negação.

Florian F. Hoffmann & Fernando R. N. M. Bentes, no artigo em que discorrem sobre a abordagem empírica na Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil, afirmam que as decisões dos tribunais quanto ao tema podem ser divididas em quatro vertentes²⁰:

Segundo a primeira, os direitos a saúde e educação derivam essencialmente de um conjunto de direitos civis individuais. A segunda perspectiva os encara como direitos sociais coletivos, de natureza predominantemente programática, passíveis de serem negativamente acionáveis nos casos de não-efetividade. A terceira os vê como concretizados no âmbito de estruturas regulamentares, como o SUS ou o FUNDEF, baseadas nos princípios da Administração Pública, tais como conveniência orçamentária e licitações públicas. A quarta perspectiva, por sua vez, vê neles a coisa pública cuja gestão está sujeita a escassos recursos econômicos,, a serem devidamente apropriados pelas áreas de decisão democraticamente legitimadas, e não por juízes que não foram eleitos.

Apesar desse impasse que se faz sobre o Controle Judicial dos direitos sociais, conforme pode se inferir deste último citado e de tantas outras leituras sobre o tema, é evidente que o instituto é muito utilizado, sendo que os exemplos na área de saúde, educação, moradia, dentre outros são claros.

²⁰ HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M.. A litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 395

Ocorre que a sociedade, não atendida pelo Estado, quando se depara com a atuação judiciária sobre o direito social, acaba, cada vez mais, a procurar a solução por tal via.

Com a ocorrência deste fenômeno, o que se começa a verificar é o impacto orçamentário que o total agregado de litígios passa a produzir. Os professores Hoffmann e Bentes, no citado artigo sobre o tema, publicaram dados de que no Estado do Paraná, por exemplo, o custo extra de remédios concedidos judicialmente disparou de cerca de R\$ 200 mil, no ano de 2002, para R\$ 14 milhões, só durante o primeiro semestre de 2007²¹.

Aliado a isto, infere-se a aplicação do instituto, por grande parte dos juízes, sem comprometimento com a análise substancial do custo ou impacto econômico de suas sentenças²². Sobre os dados pesquisados, os autores descrevem as argumentações, tanto dos autores, réus e, até mesmo, dos juízes, no sentido de que estão atreladas às mesmas explicitações, a um modelo.

Ademais, dois problemas encontrados, também, na análise dos doutrinadores são a “não-avaliação de evidências técnicas e a ausência generalizada de perícia técnica, no judiciário”²³.

Afirmam que, no ano de 2001, o número assoberbado de ações requisitando acesso ao Kaletra, tratamento utilizado para o HIV/AIDS, fez com que juízes dessem ganho de causa às referidas ações sem primarem pela avaliação da receita e diagnóstico específico de cada paciente. Posteriormente, foi comprovado que não consistia em urgência médica a utilização de tal medicamento, levando à conclusão de que “juízes, reclinados sobre receitas inadequadas e apoiados na retórica de uma emergência de vida e morte, eram uma presa demasiado fácil para essas “receitas que caem em moda”, científica e economicamente insalubres.”²⁴

²¹ Ibid., p. 415

²² Ibid., p. 415

²³ Ibid., p. 406

²⁴ Ibid., p. 406-407

Além de tudo, apesar do sucesso da ação judicial ser condição necessária para seu direito, a concessão do bem ou serviço ao autor só acontece através do cumprimento de sentença, sendo que há casos consideráveis de problema com esta efetividade. Um dos motivos é o estilo formalista das sentenças concessivas de direitos, que, em sua grande parte, não contêm instruções específicas de cumprimento para a relevante autoridade pública, cabendo a tarefa de providenciar o cumprimento da sentença e de assumir ação executória ao próprio litigante²⁵.

Sobre o assunto, os doutrinadores explanam²⁶:

Isto deixa essencialmente ao demandante ou à Defensoria Pública a tarefa de providenciar o cumprimento das sentenças e de assumir ação executória, se necessária. Na verdade, parece haver um considerável desgaste entre os autores porque lhes é constantemente dito que alguns, ou todos, os remédios requeridos e ordenados judicialmente não estão disponíveis. O mais frequente não é a farmácia pública em apreço negar cabalmente o fornecimento do remédio, mas sim prometer entregá-lo no futuro, o que poderá cessar posteriormente. Em qualquer dos dois casos, são invocadas dificuldades logísticas. Em consequência, muitos autores carentes acabam convencendo-se de que mesmo uma ação de cumprimento imposta pela Defensoria Pública não fará diferença alguma.

Consequentemente, muitos autores desprovidos do conhecimento jurídico básico acabam se convencendo de que a ação não fará diferença alguma.

3.1 A utilização exacerbada das demandas individuais

Em consonância ao que exposto acima, ainda resta o fato de que a aceitação das demandas por parte do judiciário é ainda dividida em duas frentes,

²⁵ Ibid., p. 408

²⁶ Ibid., p. 408

uma que outorga direitos e outra que os restringe, sendo que a primeira domina quanto às ações individuais, já as segundas tem haver com as ações coletivas.²⁷

No trabalho publicado por Hoffmann e Bentes, mais precisamente quanto aos casos estudos de direito à saúde e educação, pois são eles os casos que mais se extraem a atuação judicial no controle da concessão de tais direitos, constatou-se o seguinte²⁸:

“em relação ao primeiro, constatou-se que a grande maioria de ações individuais em direitos à saúde é bem sucedida. Logo abaixo vêm ações civis públicas no âmbito da educação, com uma frequência muito inferior, porém índices razoavelmente altos de sucesso, e em seguida as ações civis públicas no âmbito dos direitos de saúde, com baixos índices de frequência e de êxito.

Isto posto, o que ocorre é que, apesar da crescente aceitação dos direitos fundamentais, da ideia de que os direitos sociais não se tratam apenas de normas programáticas, dos valores sociais e comunitários, o Judiciário, de uma maneira geral, evita enfrentar questões de ordem coletiva.

No âmbito jurídico ainda há muita simpatia às ações individuais, criando a convicção generalizada de que os citados processos têm muito mais probabilidade de êxito do que as ações coletivas, que estão menos propensas ao sucesso e correm o risco de uma reação negativa por parte de um judiciário, como dito acima, simpático às ações individuais²⁹.

Desta forma, a perspectiva da restrição de direitos é comum às ações civis públicas, tornando-as mais raras. Sem contar que esta linha de argumento ainda encontra amplo eco junto ao judiciário, que prossegue cauteloso para não ser visto como um poder político nem como um invasor da área responsável por diretrizes políticas³⁰.

²⁷ Ibid., p. 401

²⁸ Ibid., p.407.

²⁹ Ibid., p.407-408

³⁰ Ibid., p. 401

Os autores explicam³¹:

As ações civis públicas formais passam por um grau muito maior de escrutínio judicial e são menos bem sucedidas do que ações individuais, em grande parte por causa da reticência do judiciário em subscrever propostas que comumente não passam de razoavelmente detalhadas políticas públicas da parte do MP.

Contudo, sobre o tema da demanda individual, apontando especificamente o caso dos direitos sociais à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo, Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari, no trabalho intitulado “Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo”, demonstram através de dados como o Poder Judiciário vem encarando o caso especificado acima.

Concluem que, entre 1997 e 2004, todos os autores processuais tratavam-se de individuais, sendo que 67% deles estavam representados por advogados particulares e destes, 23,8% possuíam o apoio de associações.³²

Os discursos dos juízes subsidiaram a condenação do Estado em 96,4% dos casos analisados. O Estado foi condenado a fornecer o medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quando o medicamento não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (9,6% dos casos analisados). Observou-se que 100% dos processos estudados foram propostos por autores individuais; em 77,4% o autor requer o fornecimento de medicamento específico de determinado laboratório farmacêutico e; em 93,5% dos casos, os medicamentos são concedidos judicialmente ao autor em caráter de urgência, por meio de medida liminar.³³

³¹ Ibid., p. 410

³² MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso&userID=-2>. P. 4. Acesso em 10 de julho de 2012

³³ Ibid., p. 1

Conclui-se, desta pesquisa, que a atuação judiciária no campo social tem favorecido, predominantemente, a classe média, sendo que os mais pobres continuam excluídos do acesso à justiça.

Sem contar que em nenhum processo individual há condições de sobrepor a sua influência além do seu objeto imediato.

Quanto a este tema, Daniel Sarmiento também condena a tendência ainda presente no Judiciário³⁴:

No sistema processual brasileiro, os direitos sociais podem ser assegurados judicialmente através de ações individuais ou de demandas coletivas. Todavia, 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.

Com efeito, apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas no que tange ao acesso à Justiça, a principal clientela do Judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média. (...) Nas ações individuais, o raciocínio judicial deveria ser o mesmo. Contudo, aqui é muito mais fácil para o juiz “tapar o sol com a peneira”, e conceder “com o coração” qualquer prestação demandada”.

Destarte, apesar da aceitação pela demanda individual ainda ser maior do que a de cunho coletivo, a verdade é que esta última proporciona maiores afirmações ao instituto do controle judicial de direitos sociais.

Ademais, a existência dessas disfunções não pode ser argumentação para negar o instituto, mas tão somente para delinear a atuação judicial quanto ao tema social. Neste sentido, segue abaixo alguns parâmetros para o Controle Judiciário, adicionados à argumentação da prioridade da ação coletiva, cerne desta monografia.

³⁴ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 584

Conforme será visto no próximo capítulo, para a resolução dos excessos de demandas, desorganização do orçamento público e outros problemas do controle judicial, deve ser dada prioridade às demandas de cunho coletivo.

Primordialmente, as decisões proferidas em ação coletiva, apesar de terem sido propostas por determinado grupo, vão atender não apenas aos que estão envolvidos diretamente na lide, mas também a todos aqueles que se encontram nas mesmas condições, o que garante a universalidade da prestação.

Isto acaba desencadeando no fato de que tais decisões desorganizam menos a Administração Pública se comparado às de interesse tão somente individual, pois por mais que possam alterar o rumo da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras, é certo que não desordenará a atuação do administrador como assim ocorreria no caso de centenas de decisões particulares.

Além do que, nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos técnicos envolvidos, pois antes de ajuizar ação civil pública, o Ministério Público, por exemplo, pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados.

Ademais, resta claro que há maior participação da comunidade a partir da ocorrência de concessões de efetivação dos direitos sociais por parte do Judiciário. Dessa forma, a priorização das ações coletivas estimula que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil.

Ainda, a priorização das ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais.

Soma-se a tudo isto, também, o fato de que, nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política pública no orçamento. Grande parte das objeções acima formuladas perde densidade quando as decisões judiciais são proferidas em ações coletivas.

O parâmetro de priorização das ações coletivas não abomina a ocorrência de litígios individuais, apenas traça ideias para que o meio coletivo seja priorizado.

A atuação judiciária em litígios individuais é especialmente legítima quando a não garantia do direito social tender a causar prejuízos irreversíveis. Certos direitos são imprescindíveis como, por exemplo, a concessão do ensino pré-escolar na idade própria e a entrega de medicamentos a tempo de preservar a saúde.

Este tem sido o claro entendimento nas vias judiciais, valendo aqui reproduzir julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que trata sobre o assunto:

Não obstante os ponderosos argumentos trazidos no recurso, estou convencido de que razão não assiste ao recorrente, uma vez que no caso dos autos, encontram-se presentes os requisitos indispensáveis para autorização da liminar outrora deferida, tendo em vista que é direito de todo o cidadão e dever da União, dos Estados e dos Municípios a promoção, prevenção e recuperação da saúde daqueles que assim necessitarem, onde resta inequívoco a necessidade da agravada de auferir o medicamento necessário para o tratamento de sua enfermidade, vez que lhe faltam recursos para o seu custeio. A questão não é nova e já tem pacificação no âmbito desta Câmara Cível, sendo vencedora a tese de que tanto o Estado de Mato Grosso, como os Municípios e a União Federal, têm o dever de fornecer medicamentos de alto custo aos pacientes necessitados, independentemente destes constarem de suas listas de fornecimento. (TJMT, Número: 26890 – Ano: 2009 – Magistrado: DES. RELATOR ANTÔNIO HORÁCIO DA SILVA NETO)

Há hipóteses, contudo, em que a atuação judiciária em litígios individuais é legítima mesmo que não haja risco de dano irreversível, como ocorre no caso do administrador que deixa de cumprir a lei ou de entregar as prestações que se comprometeu a fornecer em seus próprios programas. Quando, por exemplo, a Administração elabora uma lista de medicamentos e deixa de entregá-los à população, é adequado que o cidadão, individualmente, ajuíze ação tendo em vista obter imediatamente a prestação. Nesses exemplos, as objeções acima não

prevalecem, pois se está diante da contrariedade na atuação governamental, que não cumpre o que elaborado em seu programa.

O que se quer afirmar, portanto, não é a negação do uso da demanda individual, mas sim a prioridade que deve ser dada às ações coletivas frente àquela, visto que o sistema do controle judicial, em muitos casos, está sendo aplicado de forma desmedida e longe de garantir a prestação pública à parcela da sociedade que realmente a necessita.

Ademais, haverá casos, como dito, em que a ação individual deverá ser aplicada.

Desta forma, apesar das disfunções que pode apresentar o tema do controle judicial, elas não se prestam a fundamentar a não atividade do Judiciário, mas tão somente suscitar falhas e justificar parâmetros que a tornem mais racional.

Daí porque, a seguir, são delineados alguns destes parâmetros, complementando a questão da prioridade da Ação Coletiva.

3.2 Prioridade para a solução mais econômica

Diante dos institutos de alguns aspectos como a proporcionalidade, garantia do mínimo e reserva do possível, que visam traçar parâmetros para a atuação judicial, nada mais coerente de que dentre as soluções eficazes, o Judiciário deve optar pela solução mais econômica.

Neste sentido, havendo requisição da entrega de medicamento fabricado por determinado laboratório, sendo que há tal propriedade farmacológica produzida de forma genérica, o Judiciário deve optar por este último³⁵.

³⁵ Neto, op. cit., p. 542.

Deve o Judiciário agir dessa forma, pois, primordialmente, a limitação e escassez de recurso público cria essa obrigação para tal Poder, até para que a medida possa ser universalizada.

Ademais, o administrador pode normalmente considerar outros critérios, estabelecendo padrões mais estritos e específicos de qualidade, tendo em vista todas as características técnicas que possui, dando-lhe efetividade e confiabilidade para assim atuar. Já o Judiciário, contudo, que por mais que possa se valer de peritos para avaliação da lide, é, de certa forma, desprovido de capacidade técnica para análise da questão, devendo atuar abalizado por certos critérios, sendo um deles o econômico, devendo priorizar, então, a solução que depreende menos gastos.

3.3 Intensidade do Controle Judicial atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Públicas

A atuação judicial deve estar interligada ao grau de execução efetiva do orçamento que a Administração Pública aplica no campo social, o que leva a crer que a intensidade do controle judicial é inversamente proporcional à atuação administrativa nos direitos sociais.

Assim, se há investimentos consistentes, o Judiciário deve intervir de modo mais moderado. “Os governos que priorizam, no orçamento e em sua execução, a garantia de direitos sociais têm reforçada a presunção de constitucionalidade de suas opções orçamentárias”³⁶. Entretanto, se os investimentos da Administração Pública estão atrelados a obras sem qualquer ligação com o caráter social, tendentes à exuberância e ao aspecto faraônico, resta claro que o rigor do controle jurisdicional deve ser mais intenso.

³⁶ Ibid, p. 543

4. A AÇÃO COLETIVA E A OBTENÇÃO DA IGUALDADE FORMAL

A sociedade humana contemporânea é formada por conflitos e interesses que, muitas vezes, envolvem grupos determinados ou não. Em face desta situação, os valores individuais tradicionalmente conhecidos são abafados frente a esta coletividade que não mais tem lugar para o homem enquanto indivíduo isolado.

Aliado a isto, está o fato de que o direito, como ciência social que é, deve acompanhar a evolução humana. Assim, o direito material e processual devem sofrer alterações para conseguirem atender a estas novas necessidades.

Professor Moreira, falando sobre tais mudanças, expõe³⁷:

A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu, há dois séculos, e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith, explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se veem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores.

É, diante disto, que surgem as ações coletivas, no fito de que o processo deixe de tutelar tão somente o direito individual para abranger a preservação de valores e bens que envolvem grupo social. Assim, o litígio acaba cedendo lugar a

³⁷ Citado em BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 177965. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurlImagem/frame.asp?registro=199800423427&data=23/08/1999>>. Acesso em 10 de julho de 2012.

uma concepção social, a qual reclama pela efetividade e eficiência do meio instrumental³⁸.

É a busca pela viabilização não só do acesso aos tribunais, mas sim, do acesso à ordem jurídica justa e satisfatória, à obtenção do bem-estar.

Até mesmo porque, o processo servirá como meio para a obtenção do direito material. Sobre isso, diz Watanabe³⁹:

(...)o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denomina substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.

Desta maneira, resta evidente que, por mais que grande parcela do Judiciário, ainda tenha tendência em conceder os pedidos das demandas individuais, esquivando-se de enfrentar a ação coletiva, não há dúvida de que esta última forma de ação está cada vez mais presente e tem sido cada vez mais debatida. Infere-se, assim, a necessidade crescente de seu enfrentamento.

Neste sentido, afirma-se, mais uma vez, a prioridade do processamento das demandas coletivas em face das individuais. Inclusive, sobre este assunto, há artigo no Projeto de Lei n.º 5139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, conforme⁴⁰:

³⁸ BRUGNERA, Tatiana. A Prioridade de Processamento das Ações Coletivas e o Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível: < http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1890.html> Acesso em 10 de julho de 2012

³⁹ Citado por LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 120. APUD BRUGNERA, Tatiana. A Prioridade de Processamento das Ações Coletivas e o Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível: < http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1890.html> Acesso em 10 de julho de 2012

⁴⁰ Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>> Acesso em 02 de setembro de 2012.

Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

(...)

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

O citado possui amparo no artigo 16 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América⁴¹, que diz que o juiz deverá dar prioridade às demandas coletivas quando caracterizado manifesto interesse social, aferível pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Desta forma, envolvendo a ação um número substancial de pessoas e se tratando de direitos de cunho social, resta certo que o critério de interesse social estará preenchido.

Assim, por envolverem valores sociais, requerem tratamento prioritário, não configurando situação de abuso ou desrespeito ao princípio da igualdade.

O que se busca, aliás, é a efetiva aplicação do Princípio da Igualdade, qual seja, a sua forma material, de que deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Aceitar a argumentação contrária é efetivar tão somente a visão formal do Princípio. Sendo que, aplicar o Princípio da Igualdade de forma completa é justamente priorizar a ação coletiva face à demanda individual.

Faz-se o uso da forma igualitária material através da sobreposição de algo, impondo a análise da razoabilidade e da desigualdade desta valorização e a análise da existência de motivação suficiente que garanta sua legitimidade.

Destarte, justifica-se a referida priorização, visto que um dos fatores discriminatórios está no número de pessoas envolvidas nas ações coletivas, que são infinitamente em maior número. O objetivo da tutela a ser alcançada em juízo não é a declaração de um direito pessoal, mas a efetivação de um direito material de uma coletividade.

41 Disponível em: <
http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf
> Acesso em 10 de julho de 2012.

O que se infere, então, é que há, entre as ações coletivas e individuais, um número diverso de pessoas, que, em alguns casos, apesar de estar propondo valores não tão diferentes, o cunho social das mesmas é distinto, visto que a última envolve todo um grupo de pessoas, merecendo, então, tratamento diferenciado.

Como dito, são analisados os conceitos da razoabilidade e proporcionalidade para a desproporção de um direito frente a outro. A primeira exige uma relação entre critério e medida adotada, enquanto a segunda exige uma relação de causalidade entre meio e fim.

Assim, a hipótese de priorização da ação coletiva é a medida a ser adotada, tendo como critério determinante para a sua aplicação a devida relevância social do caso.

Resta evidente, então, tudo o que já exposto acima, que é necessária a priorização da Ação Coletiva, estando ela calçada na sua relevância social, aferível pela natureza do bem jurídico que representa, pelas características da lesão e, muitas vezes, pelo elevado número de pessoas atingidas.

Portanto, a referida sobreposição da ação coletiva vai discriminar o uso de uma demanda face à outra, porque há uma razão de ser para isso tudo. Somente assim, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, é que há prestação judicial justa e efetiva para todos e que as parcelas mais abastadas da sociedade terão seus direitos garantidos.

5. PARÂMETROS IDENTIFICADORES DA PRIORIZAÇÃO DA DEMANDA COLETIVA FACE À DE NATUREZA INDIVIDUAL

As críticas que se fazem ao Controle Judicial dos direitos sociais são importantes para justificar o critério da hipossuficiência a que deve atentar o instituto, visto que não há recurso público suficiente para atender a toda a população de maneira desregrada. Assim, deve ser garantida a entrega imediata de bens e serviços, primordialmente, para os que não possam provê-los com recursos próprios.

Como dito no capítulo anterior, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade são os meios empregados para o Judiciário poder mediar na utilização da prioridade das Ações Coletivas face as de natureza individual quanto ao controle judicial dos direitos sociais.

Portanto, cabe ponderar que tal atuação apresenta seus impasses, tratados quando da exposição das disfunções. Contudo, como já explicitado, tais falhas devem ser usadas na construção de parâmetros para a aplicação do Controle.

No capítulo 2, foram expostos alguns parâmetros gerais. Abaixo, seguem outros que justificam a prioridade das ações coletivas.

5.1 Universalidade da prestação: garantia de acesso à justiça e economia processual

As decisões proferidas em ações coletivas, apesar de terem sido propostas por determinados legitimados, vão atender não só a estes, mas também a todos

aqueles que se encontram nas mesmas condições, o que garante a universalidade da prestação.

O assunto é, inclusive, um dos princípios que norteia o estudo das demandas coletivas, o Princípio da Universalidade da Jurisdição. Segundo, o qual, o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.

Sobre o tema, a professora Ada Pellegrini Grinover faz uma comparação com as demandas de cunho individual, conforme segue⁴²:

O princípio da universalização da jurisdição tem alcance mais restrito no processo individual, limitando-se à utilização da técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional, e justamente a resposta jurisdicional adequada. Mas o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição.

Além do que, a universalidade da prestação vai evitar que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais, fazendo valer outro Princípio do Processo Coletivo que é o Princípio do Acesso à Justiça, que deve não só garantir o direito de acesso aos Tribunais, como também acesso garantido por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados.

Nas palavras da Professora Ada Pelegrini, citando Mauro Cappelletti, explicita⁴³:

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf> p. 2. Acesso em julho de 2012.

⁴³ Ibid., p.2

Um dos mais sensíveis estudiosos do acesso à justiça – Mauro Cappelletti – identificou três pontos sensíveis nesse tema, que denominou “ondas renovatórias do direito processual”: a – a assistência judiciária, que facilita o acesso à justiça do hipossuficiente; b – a tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa sejam levados aos tribunais; c – o modo de ser do processo, cuja técnica processual deve utilizar mecanismos que levem à pacificação do conflito, com justiça.

Mais ainda, faz comparação com as demandas individuais:

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas. E o modo de ser do processo, que, quando individual, obedece a esquemas rígidos de legitimação, difere do modo de ser do processo coletivo, que abre os esquemas da legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”, portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categorias, classes de pessoas.

Por fim, tem-se que, ao efetivar a garantia através de uma única ação, os gastos processuais, tanto do ponto de vista econômico, como da demanda por fases, será menor, visto que vários casos serão resolvidos através de uma única ação.

Desta maneira, também estará sendo efetivado outro princípio de natureza coletiva, que é o Princípio da Economia Processual, conceituado como o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais.

No âmbito do direito individual até há a aplicação do Princípio nos casos de litispendência. Entretanto, a reunião de processos individuais deve respeitar aos rígidos conceitos de conexidade, continência e litispendência.

Já no âmbito coletivo, o que vale não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido. Sobre o Assunto, Ada Pelegrini diz⁴⁴:

Mas os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, colocando entraves à identificação das relações entre processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fenômenos acima indicados, não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente; e a diferença de legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação. Outros institutos, como o reforço da coisa julgada de âmbito nacional e a expressa possibilidade de controle difuso da constitucionalidade pela via da ação coletiva, levarão ainda mais o processo coletivo a – na feliz expressão de Kazuo Watanabe – “molecularizar” os litígios, evitando o emprego de inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas, “atomizadas”.

5.2 A atuação do Ministério Público: garantia técnica e maior participação da sociedade

Um dos legitimados para a propositura das Ações Coletivas, o Ministério Público, é um grande aliado para a melhoria da efetivação dos direitos sociais. Este órgão, que possui autonomia e independência funcional, possui variados mecanismos para o exame técnico das medidas a serem tomadas, no fito da implantação das políticas públicas de ordem social.

A sua legitimidade para atuação, baseada nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, bem como na Lei Complementar 75/1993 e Lei 8.625/1993, permiti-lhe a utilização de vários meios para o definido alcance.

⁴⁴ Ibid., p. 2

Um destes é o Inquérito Civil, definido pelo Ministro do STF Celso de Mello Filho como⁴⁵:

Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública.

Assim, através da utilização do inquérito civil, o *Parquet* pode realizar várias diligências, dentre elas: requerer exames, perícias, inspeções, requisitar documentos de autoridades da Administração Pública como um todo, requisitar meios materiais para realização de atividades específicas. Tudo isso irá auxiliar na compreensão das circunstâncias em que foram adotadas certas políticas públicas ou os motivos que levaram a omissão do poder público.

Estas diligências ajudarão a delimitar o pedido a ser formulado quando do momento da propositura de ação civil pública, se for o caso, pois, por se tratar de procedimento extrajudicial, pode ocorrer de não ser preciso nem mesmo o acionamento da máquina judiciária.

Ocorre que o Ministério Público pode se valer, também, de Recomendação e compromissos de ajustamento de condutas, garantindo a satisfação das políticas públicas de maneira mais ágil sem a necessidade de percorrer todo o processo da ação civil pública⁴⁶.

O compromisso de ajustamento de conduta, descrito pelo § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, pode ser firmado tanto no período de Inquérito Civil, como ao longo da ação civil pública. Este termo, também conhecido como TCAC, tem como

⁴⁵ Citado em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 225

⁴⁶ GONÇALVES, Leonardo Augusto. O Ministério Público e a tutela dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/130307.pdf>>. Acesso em 10 de julho de 2012

finalidade fazer com que órgãos públicos e privados atuem em conformidade com os preceitos legais, tendo força de título judicial.

Outro meio que pode o MP utilizar é a audiência pública, da qual participem a população e especialistas na matéria e, neste ponto, vale fazer uma ressalva sobre o instituto.

A audiência pública pode ser utilizada pelo citado órgão, conforme explicado pelo artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei 8625/1993, aqui transcrito⁴⁷:

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:
(...)

IV - promover *audiências públicas* e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito

O objeto da Audiência pública, neste caso, não será o mesmo quando da realização pela Administração Pública, visto que não tem caráter político-governamental, mas sim para esclarecimentos das necessidades da coletividade⁴⁸.

Segundo expõe Hugo Nigro Mazzilli⁴⁹:

(...) apenas um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e, mais especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo

⁴⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>

⁴⁸ SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3145>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 326-327. APUD SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3145>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

do interesse público e na defesa de interesses metaindividuais (como o efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, o adequado funcionamento dos serviços de relevância pública, o respeito ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos direitos dos consumidores, aos direitos das crianças e adolescentes, à produção e programação das emissoras de rádio e televisão, etc.)

Tal instituto permite a discussão sobre a execução dos direitos fundamentais, a fim de subsidiar os membros do Ministério público com informações, além de possibilitarem a participação da sociedade na tomada de suas decisões.

Assim, resta claro que há maior participação da comunidade na discussão dos direitos a serem concretizados.

5.3 Menor desorganização da Administração Pública

Explicita-se, por fim, que uma propagação de decisões em demandas individuais, diferentes umas das outras, compromete a organização do Estado e seu orçamento. Isso acaba por gerar uma impossibilidade na implantação de Políticas Públicas para a população.

Neste sentido, a Ação Coletiva, com o devido estudo técnico posterior, que definirá o alcance de atuação, não deixará de causar impacto no orçamento público, contudo, o referido será de cunho muito menor.

Daniel Sarmiento também comenta o tema, conforme segue⁵⁰:

Por outro lado, a multiplicação de decisões em casos individuais, muitas vezes desencontradas, pode criar um cenário caótico para o administrador, comprometendo a possibilidade do Estado de implementar com eficiência

⁵⁰ SARMENTO, op. cit., p. 585

as políticas públicas de atendimento aos direitos sociais da população. Sob este ângulo, o tratamento judicial coletivo é preferível, por reduzir a entropia e fornecer critérios claros e gerais para a eventual correção das políticas públicas, visando à sua adequação à Constituição.

Desta forma, resta evidente que o litígio, quando concedido de forma coletiva, é benéfico tanto à sociedade, que tem seus direitos sociais garantidos, quanto à Administração, que pode ser organizada na implantação das Políticas Públicas a serem concedidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a inserção dos direitos sociais dentre aqueles necessários de efetivação, o que se vê, após as primeiras decisões neste sentido, é uma crescente tendência para tal atuação.

Este aspecto não surge de questões esparsas, mas sim de um conjunto de pensamentos e construções debatidas sobre a abrangência e eficácia dos direitos sociais, aliado ao fato de estarem eles dentre os de caráter fundamental, que devem ser prioritariamente tratados pelos poderes públicos como um todo.

Contudo, este fenômeno acaba por trazer consigo as disfunções quando da aplicação do Controle Judicial na prática, visto que das pesquisas já feitas quanto ao tema, muitas demonstram o demasiado número de ações de caráter individual, denotando que a prestação está sendo entregue, em sua grande maioria, à classe média, deixando de lado a inclusão dos menos abastados. Junto a isto, está a desorganização da Administração Pública que, muitas vezes, não consegue implantar as políticas públicas de atendimento aos direitos sociais da população.

Mais ainda, visualiza-se que a falta de estudo técnico por parte do judiciário acaba por apresentar litígios modelos, com ações que se baseiam nos mesmo pedidos, mesmas contestações e mesmas sentenças.

Entretanto, nenhuma destas críticas chega a negar o instituto. O que se vê é que podem ser utilizadas positivamente na nova tendência, no sentido de parametrizar a aplicação judicial, pois por mais que seja ela positiva e cheia de boas intenções, a questão é que existem outros poderes, com tarefas específicas, que não podem ser subtraídas a qualquer tempo, sob qualquer argumentação.

Faz-se necessário, então, o respeito a certos critérios para que o controle judicial não se transforme de solução dos problemas em uso arbitrário do poder. Neste sentido, explicita-se que dentre tantos aspectos limitadores ao poder de atuação judicial, faz-se necessário, principalmente, a prioridade de tratamento ao

titular incapaz de arcar com os custos da efetivação de seus direitos sociais. Ademais, que tal atividade prime pela opção técnica oferecida pelo Poder Administrativo, bem como pela solução mais econômica ao caso. Além do que, o controle judicial deve estar atrelado aos níveis de investimentos em Políticas Públicas fornecidos pela Administração, fazendo com que a efetivação judicial aconteça na medida em que os outros Poderes deixam de oferecer aplicações no campo social. Por fim, há que acontecer, ainda, a priorização às ações coletivas, pois além de todos os argumentos expostos, garantem a universalidade da medida, não se esquecendo da necessidade da ampliação do diálogo entre Poder Judiciário, os outros Poderes e sociedade, realizando, dessa forma, o controle judicial das questões sociais aos que realmente necessitam de tal atuação.

Assim, vale explicitar a atualidade do tema e sua variada discussão, estando o formato do Controle Judicial dos direitos sociais e a de sua aplicação processual ainda sem acabamento perfeito e totalmente positivado. Por conseguinte, as questões aqui trazidas são partes do grande debate que envolve o tema.

Portanto, justifica-se que o que aqui tratado foi assim decidido após uma série de leituras sobre o tema, sendo os tópicos aqueles necessários para o entendimento e compreensão da discussão. Desta forma, fica esclarecido que para uma ampliação do acesso aos direitos sociais, após toda a análise empreendida neste trabalho, faz-se necessária a priorização das Ações Coletivas face às demandas de cunho individual.

6. BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MOUSINHO, Ileana Neiva. **A necessidade de políticas públicas para tornar efetivos os direitos sociais**. In O MPT como promotor dos direitos fundamentais. Juliana Vignoli Cordeiro, Sebastião Vieira Caixeta, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2006. p. 146.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os Direitos Sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

Textos Eletrônicos

ANTEPROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf> Acesso em: 10 de julho de 2012.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS (CBPC-UERJ/UNESA) Disponível em: <http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>> Acesso em: 10 de julho de 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 177965. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800423427&data=23/08/1999>>. Acesso em: 10 de julho de 2012.

BRUGNERA, Tatiana. A Prioridade de Processamento das Ações Coletivas e o Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1890.html> Acesso em julho de 2012

GRINOVER, Ada Pellegrini. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO. Disponível em: http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_p_rincipios.pdf> Acesso em; 10 de julho de 2012.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso&userID=-2>. P. 4. Acesso em 10 de julho de 2012

SILVA, José Afonso da. Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto110.htm>. Acesso em 25 de julho de 2009.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3145>>. Acesso em: 10 jul. 2012.