

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E COLETIVOS DA TUTELA JURISDICIONAL SUPRIDORA DE OMISSÃO ESTATAL

CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS AND CLASSACTIONS IN OMISSIVE STATE ABOUT LEGISLATURE OR PUBLIC ADMINISTRATION

Zuleide Barbosa Vilaça

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 reconheceu democraticamente os direitos humanos fundamentais e previu meios para sua concretização no cotidiano da coletividade, razão pela qual o Poder Judiciário está autorizado a confrontar o Poder Executivo, ou o Legislativo (em caso de descumprimento da ordem constitucional), a fim de efetivar bem coletivo essencial, quando as políticas públicas não o providenciarem, quando houver omissão na criação de lei necessária para fazê-lo, ou nas leis orçamentárias, que inviabilizem a fruição daqueles direitos coletivos. Ações judiciais tradicionais contra o Estado, para efetivar tais direitos possuem alto grau de conflituosidade e não promovem a igualdade, pois, quem busca o Judiciário, nestes casos, não são os mais carentes. Além do mais, várias ações individuais idênticas podem receber decisões diversas, o que, claramente, ameaça a segurança jurídica. As liminares surgem, ainda, com as mais diversas soluções, de forma a desacreditar o Poder Judiciário, perante a sociedade. Faz-se necessário lançar mão das ações coletivas, com regras e princípios próprios.

palavras-chave: Políticas públicas. Omissão. Ações coletivas

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 recognized democratically fundamental human rights and provided means for its realization in all collectivity, which is why the Judiciary is allowed to confront the Executive or the Legislature (in case of failure of constitutional order) in order to carry out essential collective good when public policies do not make it, when there is failure in the creation of law required to do so, or in the budget laws, which impede the enjoyment of those collective rights. Traditional lawsuits against the state, to enforce such rights have a high degree of conflict and not promote equality, for those seeking the judiciary in these cases are not the most needy. Moreover, several identical individual actions can receive several decisions, which clearly threatens legal certainty. The injunctions arise also with many different solutions in order to discredit the judiciary, before society. It is necessary to make use of class actions, with its own rules and principles.

keywords: Public Policies. Omission. Class actions

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 resultou do reconhecimento democrático dos direitos humanos e da necessidade de sua concretização no cotidiano da coletividade, razão pela qual a própria Carta Magna autoriza o Poder Judiciário, por instrumentos próprios, a confrontar o Executivo, ou o Legislativo, (em caso de descumprimento da ordem constitucional), a fim de efetivar os bens coletivos essenciais.

Os direitos econômicos, sociais e culturais tem sempre uma política pública, como forma de realização dos mesmos, razão pela qual pode ser feito o controle jurisdicional das políticas públicas, em caso de não realização de tais políticas, ou de ineficácia das mesmas. Mas, como há setores da doutrina que não aceitam a judicialização dos direitos fundamentais, por alegarem afronta à Teoria dos três poderes, o controle não deverá constituir a regra; apenas deve ser admitido em um exame jurídico ou jurídico-político (contemplação das finalidades predispostas pela norma). Nestes termos, terá espaço se houver omissão, desvio ou abusividade governamental.

A lei orçamentária movimenta as funções do Estado e revela a realidade econômico-social, razão pela qual há possibilidade de **controle de constitucionalidade da legislação orçamentária**. Desta forma, pode-se questionar se foram obedecidos os recursos mínimos que a Constituição estabelece para determinada área, como, por exemplo, educação; se determinada meta constitucional é prioritária, ou, se determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que aquelas prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas.

O Estado não pode alegar problemas de caixa para deixar de cumprir determinações constitucionais referentes a direitos fundamentais. As justificativas da “reserva do possível fática” (ausência de recursos financeiros) e da “reserva do possível jurídica” (suposta impossibilidade de alteração da legislação orçamentária) sobre a legislação orçamentária são passíveis de serem contestadas quando houver alocação de recursos a outras áreas, em detrimento

da realização de direitos essenciais. Tem sido prática comum do Congresso Nacional aprovar leis, a fim de desviar recursos para fins distintos do inicialmente previsto. Em sete anos, foram contabilizadas cento e nove leis, que oficializaram desvios inconstitucionais de recursos previdenciários.

Nestes casos, há obstáculos de natureza financeira, temporal, psicológica, cultural e institucional para que a coletividade consiga efetivar seus direitos, por meio de tradicionais ações. Note-se que as ações tradicionais contra o Estado, por exemplo, em razão de necessidade de medicamentos, demonstram o alto grau de conflituosidade nestas situações, pois os gastos com aquisição de medicamentos, por ordens judiciais aumentou infinitamente nos últimos anos. Segundo dados do Ministério da Saúde, em 60% das ações propostas, os autores poderiam ser tratados com medicamentos que o SUS oferece, mas pediram outros, não disponibilizados por este órgão, por oferecerem baixo ganho terapêutico e um custo muito maior. Médicos particulares têm suas inúmeras razões, individuais, para prescrevê-los.

Tais ações dispersas não facilitam a igualdade, pois, quem busca o Judiciário, nestes casos, não são os mais carentes. Além do mais, várias ações individuais idênticas podem receber decisões diversas, o que, claramente, ameaça a segurança jurídica. As liminares surgem, ainda, com as mais diversas soluções, de forma a desacreditar o Poder Judiciário, perante a sociedade. Em razão destas decisões, o Poder Executivo se vê forçado a deixar de atender a programas de saúde mais importantes, algumas vezes, para financiar medicamentos e tratamentos de eficácia duvidosa.

Certamente, o tratamento individualizado destas questões, por meio dos mecanismos processuais tradicionais não tem contribuído para um aperfeiçoamento nas políticas públicas; ao contrário - e o problema, infelizmente, não é exclusivo da área de saúde. Faz-se urgente a universalização dos direitos fundamentais, como forma de efetivação da ordem constitucional democrática, de modo a atender a ampla gama de titulares existentes.

O trabalho justifica-se em razão da conscientização da comunidade jurídica sobre a urgência de “coletivizar” direitos coletivos, de aplicá-los uniformemente e evitar estas inúmeras ações individuais com resultados diferentes; ainda, eliminar tanto gasto desnecessário dos cofres públicos, como nas indenizações a particulares, concedidas em razão de direitos fundamentais não efetivados, por falta de políticas públicas.

O objetivo se insere em propor, por meio desta contribuição doutrinária, após pesquisas nacionais, estrangeiras e jurisprudenciais, e, por meio do método teórico-empírico, a eficácia jurídica ideal, sobre os caminhos que o Poder Judiciário deve percorrer, por meio de instrumentos processuais adequados, de controle de constitucionalidade, acordos e soluções atinentes a resolver este tipo de demanda.

Aponta-se aqui a existência de soluções, inclusive, legais e documentadas em arquivos jurisprudenciais, apesar de identificar, também, o despreparo do Poder Judiciário e de seus agentes para enfrentar as demandas que solucionem a problemática ligada às políticas públicas equivocadas ou sua ausência.

2 HISTÓRICO - DOS DIREITOS INDIVIDUAIS AOS COLETIVOS:

Enquanto antigo, arcaico e absoluto, o Estado mantinha os súditos subordinados a suas leis, de maneira ferrenha, dogmática. Assim, o governado era totalmente subordinado ao Estado, sem nenhum direito de liberdade, nos diferentes aspectos. Também, no setor privado, a escravidão era comum. Por referidas razões, tardou o reconhecimento jurídico da proteção à pessoa, pela simples razão desta pertencer ao gênero humano, com atribuição e reconhecimento de direitos pelo Estado.

A evolução dos Estados neste sentido ocorreu, porque o mundo constatou a urgência de os Estados e suas leis valorizarem o homem e suas necessidades, primordialmente, como condição para a paz e a ordem. Tal dedução prevalecente visava a evitar guerras, após a Segunda Guerra mundial, suas tragédias e devastações, frente ao fantasma da impotência humana, perante sua própria condição de beligerância. (PEREIRA, 2006, p. 38).

As Organizações Mundiais, que têm a ONU como principal representante, composta pela maioria dos Estados existentes e cujo tratado maior é a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, adotaram este posicionamento. Referida Declaração vincula os países signatários, dentre os quais o Brasil e dispõe em seu artigo art. 7. “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.” E, ainda, conforme o art. 8. “Todo

homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

No Brasil, a doutrina da segurança nacional embasou o golpe militar de 1964 e produziu duas Constituições, nas quais o Princípio da segurança nacional sobrepassava sobre as demais normas. Nesta época, não se contemplavam os direitos humanos mais elementares e os detentores do poder não manifestavam limites. A dialética dos fatos sobrepujou o regime, pois, com tal experiência de autoritarismo, o povo vivenciou que direitos humanos não podiam constituir-se numa concepção imprecisa e abstrata, com mera função de retórica política. E concluiu que tais direitos constituem sinônimos de interesses populares. Assim, movimentos de direitos humanos criaram novas arenas políticas e novos atores.

Postulou-se por uma nova ordem constitucional, em que direitos humanos fossem reconhecidos, de forma democrática, mas, sobretudo, que fossem concretamente traduzidos no cotidiano da maioria necessitada e das minorias discriminadas. Isto porque, percebeu-se que as dificuldades enfrentadas na América Latina se deviam a um conjunto de relações econômicas e políticas, que constituíam um sistema social, apenas para pequena parcela da população. Desta forma, o Poder Judiciário precisava exercer sua função, de modo a confrontar o Executivo, ao reivindicar verbas públicas para os chamados bens de consumo coletivo, como escolas, creches, postos de saúde, etc.

A Constituição de 1988 resultou da luta pela construção de um Estado Democrático, que assegurasse o exercício dos direitos humanos fundamentais à coletividade. No Título II há a Declaração dos direitos fundamentais do homem. O Estado brasileiro, signatário da Declaração de Direitos humanos, adotou o Princípio da dignidade da pessoa humana, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III - “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.” Sob o Título II, como direitos e garantias fundamentais, a CF prevê no Capítulo I, art.5º, os direitos e deveres individuais e *coletivos*, que orientam o Estado democrático de direito, ao elencar os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros; além das garantias fundamentais.

Para José Afonso da Silva (1993, p. 167), os direitos fundamentais do homem-indivíduo são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência

aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. O autor os apresenta como *direitos individuais, liberdades civis* ou *liberdades autonomia*.

Mas, destacam-se, entre os direitos fundamentais, os direitos do homem que é parte da coletividade; *os direitos coletivos*. Nestes, há tradicionais direitos de expressão coletiva, como os de associação e de reunião. Eles misturam-se e surgem amparados constitucionalmente. Os direitos coletivos à informação (artigo 5º, XIV e XXXIII da CF), por exemplo, diferem da liberdade de informação (direito individual). Existe, ainda, o direito à representação associativa, o direito do consumidor (artigos 5º, XXXII, e 170, VI da CF), ao meio ambiente equilibrado, bem comum e essencial à sadia qualidade de vida (artigo 225 da CF); os direitos ao patrimônio público, à previdência social, à cultura, à educação, à saúde; direitos da população indígena, da criança e do adolescente, do consumidor, etc.

Tais direitos pertencem a grupos determinados, determináveis, indeterminados, ou simplesmente, à coletividade. Kazuo Watanabe (1987, *apud* CAPELETTI, 1985) dissertou sobre direitos fundamentais e sua pertinência coletiva, que bem explica a necessidade das ações coletivas. Para mencionado autor italiano, a característica mais marcante dos direitos fundamentais, é o fato de estarem:

Na verdade, permeados com um valor que transcende o indivíduo e investe toda a sociedade, de sorte que à sua ilegítima violação, sentem-se, diretamente afetados, todos os cidadãos e não apenas aqueles que são imediatamente afetados em causa: ofendidos nos seus direitos de liberdade, que é basicamente apenas um (ou melhor, está na base; é a causa, de todos os direitos) esperança de cada homem e sua lesão prejudica e afeta a todos. " (tradução da autora)

Completo Watanabe que esta relevância *ultra*-individual dos direitos fundamentais, exatamente por referir-se a interesses *de todos*, reclama uma tutela adequada, diferenciada e reforçada. Extrai-se do art. 5º, XXXV, da CF que a todos é assegurada a possibilidade de ingresso em juízo (acesso ao Poder Judiciário) e a garantia de efetiva realização judicial do direito substantivo (acesso à justiça), conforme a moderna ciência processual. Luiz Manoel Gomes Júnior (2008, p. 4), ao tratar de direitos coletivos, afirma:

“com efeito, cuida-se de reflexo dos conflitos sociais que se instauraram no último século. Cada vez mais, preza-se pela tutela de direitos como saúde, educação, cultura, segurança, meio ambiente sadio, direitos esses de natureza fluida, atribuindo-se sua titularidade a todo e qualquer cidadão”.

No Título II, Capítulo I, a Carta Magna tratou dos “Direitos e Deveres Individuais e “Coletivos”. Todos estes ascenderam a direitos fundamentais, auto-aplicáveis, conforme o § 1º, do art. 5º, da CF: *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata* (BENJAMIN; ALMEIDA, 2010, p. 11). Em caso de inaplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, os autores referendam Dirley da Cunha Junior, para quem mesmo as limitações fáticas devem ser investigadas; problemas de caixa não podem servir como obstáculos à efetivação desses direitos fundamentais; “o contrário significaria a redução desses direitos ao plano de ‘eficácia zero’, em violenta frustração da vontade constituinte.”

Em solo pátrio, para albergar os direitos coletivos, antes da Constituição atual, já existiam a lei da Ação popular, lei n. 4.717/1965; da Política Nacional do Meio Ambiente, lei n. 6.938/1981, que legitimou o Ministério Público para indenização ambiental; a Lei nº 7.347/85 - da Ação Civil Pública, a qual habilitou autônomos para defesa coletiva e após a Constituição, a Lei n. 8.078/90, instituidora do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com Ana Paula de Barcellos (2002, p. 23):

“os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática.” Explica a autora que (...) “a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos.”

Desta forma, tais direitos são constitucionalmente amparados e exigíveis, por meio do Poder Judiciário, em caso de descumprimento da ordem constitucional. Ao crescimento das tarefas dadas pela Lei Maior aos Poderes Executivo e Legislativo, no Estado de bem estar social, deve corresponder o fortalecimento do seu controle, por meio do Poder Judiciário, em casos de atividades e omissões pelos representantes dos dois primeiros poderes. O Poder Judiciário tem como vantagens institucionais, em relação aos outros, a *relativa independência política*, que o habilita a corrigir erros dos demais e aplicar critérios democraticamente escolhidos, presentes na Constituição e nas leis, para a solução de conflitos, no que tange aos direitos fundamentais.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS INDICADORES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PREVALECENTES

Os direitos fundamentais surgiram em períodos distintos, razão pela qual tiveram consagração progressiva e foram classificados em gerações. Há quem prefira o termo **dimensão**, pois esses direitos atualmente coexistem. Os chamados *direitos fundamentais de primeira dimensão* ligam-se ao valor liberdade e constituem os direitos civis e políticos, os quais, historicamente, surgiram como oposição ao Estado antigo, arbitrário e ditador. São apontados pela doutrina como de caráter negativo, por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Data vênia, aponta-se aqui o dever dos particulares de respeitar todos os direitos fundamentais. Assim, há possibilidade fática de violação, também, por particulares, dos direitos fundamentais de primeira geração. Ante a possibilidade de real violação a tais direitos, o Estado é titular dos chamados “deveres de proteção” para garantir o respeito aos direitos fundamentais. Tal dever se denota na obrigatoriedade de construir o aparato fiscalizatório, para evitar sua violação, assim como um aparato repressivo para sancioná-la. E aí se incluem desde órgãos executivos de fiscalização (no Brasil, por exemplo, os órgãos de segurança pública, cujas atribuições incluem a proteção de diversos direitos fundamentais de primeira geração, como a vida, a honra, a integridade física, a liberdade, etc.) até o Poder Judiciário (o qual não tem esta como sua função exclusiva, pois julga também conflitos que envolvem o Poder Público e conflitos que não envolvem direitos fundamentais), em suas competências de aplicar sanções penais e rever sanções administrativas. Naturalmente, a implementação destes deveres de proteção tem custos – e, no caso dos direitos fundamentais de primeira geração, estes custos não são insignificantes ou sequer inferiores aos custos de implementação dos direitos prestacionais, de acordo com Sunstein e Holmes (1999, p. 28).

Ligados ao valor igualdade, os *direitos fundamentais de segunda dimensão* são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e têm caráter positivo, pois exigem atuações do Estado no sentido de equalizar os direitos fundamentais. Os *direitos fundamentais de terceira geração* buscam o valor fraternidade ou solidariedade e se referem ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos *transindividuais*, destinados à proteção do gênero humano. (NOVELINO, 2009, p.

362). Por fim, introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os *direitos de quarta geração* compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo.

Víctor Abramovich e Christian Courtis demonstraram que do mesmo modo como os direitos de primeira geração têm aspectos positivos, os direitos de segunda geração têm aspectos negativos: “*el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente.*” (2004, p 25). Sunstein e Holmes apontam o caráter ideológico da visão de que os direitos civis e políticos seriam “gratuitos”, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais seriam os únicos a pesar sobre o bolso dos contribuintes (1999:29).

É pacífica a possibilidade de submeter ao Judiciário os direitos fundamentais chamados por Bobbio de direitos de primeira geração. Os direitos de segunda e terceira gerações também podem ser violados por ações inconstitucionais de administradores e legisladores. É frequente que os direitos sociais, econômicos e culturais, ou *direitos prestacionais em sentido estrito*, definidos por Alexy (1993, p. 482) como aqueles cuja realização se pode, mediante pagamento, obter de particulares, se houver a disponibilidade de oferta e se se dispuser dos recursos necessários para tanto, encontrem obstáculos teóricos e fáticos para sua realização, em seu *aspecto positivo*.

Ana Paula de Barcellos aponta (2002, p.10) que “*as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisões acerca do dispêndio de recursos públicos.*”

4 RECURSOS PÚBLICOS – APARENTE CONFLITO ENTRE DIREITOS

Alguns direitos fundamentais revelam caráter nitidamente classista, por possuírem como destinatários potenciais, classes sociais distintas. Tome-se, por exemplo, o direito à moradia, à saúde, ou à educação. Se estes não forem garantidos pelo Estado, não serão usufruídos por pessoas pertencentes às classes menos favorecidas. A própria Constituição Federal apontou prevalência sobre estes direitos. Já o direito à inviolabilidade das comunicações, o direito a não ter a propriedade confiscada ou o direito à inviolabilidade domiciliar, tem maior relevância para

os detentores de significativo patrimônio e de informações estratégicas, isto é, os integrantes das classes sociais mais abastadas.

Na distribuição de recursos públicos, o aparato estatal tem privilegiado, muitas vezes, a proteção de direitos não fundamentais, ou de direitos fundamentais inócuos para a maioria, em detrimento da universalização de direitos concernentes ao mínimo existencial.

Assim, a relevância da proteção dos direitos de primeira geração é inegável, já que a defesa da liberdade está voltada a propiciar a garantia de realização do potencial de cada ser humano. Por outro lado, a garantia da liberdade torna-se ficção, se não for assegurado a todos um mínimo de igualdade, “igualdade de oportunidades”, pela qual todo ser humano tenha suas necessidades básicas garantidas. Desta idéia decorreu a formulação, na doutrina internacionalista, do *Princípio da indivisibilidade ou da interdependência entre os direitos humanos*, pela qual a realização dos direitos de igualdade é pré-condição para o desfrute dos direitos de liberdade. São *direitos instrumentais* em relação aos primeiros. Ferrajoli discorre a respeito (1995, p. 908):

las garantías de los derechos de libertad (o 'derechos de') aseguran la igualdad formal o política. Las garantías de los derechos sociales (o 'derechos a') posibilitan la igualdad sustancial". Para o jurista italiano, em suma, "el derecho a la igualdad puede ser concebido, en efecto, como un meta-derecho tanto con respecto a la libertad asegurada por los derechos de libertad como a la fraternidad prometida con los derechos sociales.¹

E os recursos financeiros para a realização destes direitos provêm da tributação, evidente limitação ao direito de propriedade, que incide em maior grau sobre os bens e rendas daqueles que não dependem do Poder Público para usufruir todos os seus direitos. Assim, surge um aparente conflito entre direitos de propriedade e outros direitos fundamentais referentes ao mínimo existencial.

Mas, à luz da teoria garantista do autor, o direito de propriedade, ainda que incluído dentre direitos fundamentais, quando entendido como bem concreto, não se tipifica como um direito fundamental. Podem ser definidos como direitos subjetivos, mas não como fundamentais, já que são disponíveis, negociáveis, o que os distingue dos direitos fundamentais. Para o autor, direito fundamental é, isto sim, o *direito à propriedade*.

¹ A garantia dos direitos de liberdade (ou 'direitos de') assegura a política de igualdade formal. As garantias dos direitos sociais (ou 'direitos a') permitem a igualdade substancial. Para o jurista italiano, todos eles, "o direito à igualdade pode ser concebida, na verdade, um meta-direito, tanto no que diz respeito à liberdade garantida pelos direitos de liberdade, quanto sobre o direito de fraternidade prometida pelos direitos sociais." (tradução da autora)

Assim, há um *conflito fático entre os comandos constitucionais que determinam a universalização de determinados direitos (as normas definidoras de direitos fundamentais) e a necessidade, dos Poderes Executivo e Legislativo, de obter recursos suficientes para esse fim. Recursos obtidos mediante a tributação, o que afeta os direitos dos proprietários, ou o seu patrimônio. E o contribuinte, por sua vez, tem direito de ser tributado com garantias constitucionais (princípio da legalidade, da capacidade contributiva, da anterioridade, etc).*

4.1 TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTO

Alfredo Augusto Becker, há tempos, correlacionou os recursos orçamentários arrecadados pelo Estado e sua utilização na realização dos deveres administrativos:

*“A conjugação da totalidade das relações tributárias com a totalidade das relações administrativas compõe uma **única e contínua relação: a relação constitucional**. (...) o Estado existe no dinamismo da Receita conjugado com o dinamismo da Despesa. (...) Essa conjugação dá-se pela lei que aprova o Orçamento Público (...) as receitas servindo para obter os fundos para a realização das despesas, estas tendo nas primeiras (as receitas) os meios de sua própria atuação.” (1963, p. 225).*

Citando Gustavo Ingrosso, afirmou que a lei orçamentária é a mais importante dentre todas as leis de organização, pois ela é que coloca em movimento todas as funções do Estado (1963, p. 211). E as funções do Estado devem estar voltadas à realização, em maior ou menor grau, de direitos fundamentais. É o que leva o tributarista a afirmar que o equilíbrio do orçamento público deve ser visto não como a equivalência entre receita e despesa, mas, como o equilíbrio qualitativo entre receita e despesa pública, de um lado, e a realidade econômico-social, de outro. Afirma Sandoval Alves da Silva *“as normas constitucionais sobre direitos fundamentais obrigam o legislador a criar as respectivas leis que fixam as prestações positivas e o administrador a oferecer os serviços e prestações para a realização dos direitos constitucionais”* (2007, p.196).

E, se obrigam, devem ser atribuídos efeitos jurídicos à omissão do Executivo e do Legislativo nesse sentido. Pelo exposto, conclui-se a inevitabilidade do **controle de constitucionalidade da legislação orçamentária**. Ana Paula de Barcellos deixa claro que admitir-se este controle, por força da imperatividade da Constituição,

não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis (...) não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”, ou seja, “essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais (2002, p.13).

Aponta a escassez da produção doutrinária a respeito do tema, em contraste com a farta produção voltada à contenção da arrecadação: *“Há uma grave e legítima preocupação em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado; nada obstante, não existe preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados.”* (2002, p.15). É correta a colocação da autora, apesar de que o momento atual reclama contra o crescimento da carga tributária brasileira. No entanto, o problema principal não reside na arrecadação, mas na **forma de utilização** desses recursos. A doutrinadora procura delinear os parâmetros para o controle de constitucionalidade da legislação orçamentária, controle que implique, por exemplo,

concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas” ou que “determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que as metas prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas (2007, p. 16).

Identifica o parâmetro do respeito aos percentuais mínimos de gastos que a Constituição estabelece para determinadas áreas, como educação (art. 212), saúde (art. 198, § 2º), seguridade social e educação (art. 195) (2007, p. 20). Trata-se de apurar se as leis orçamentárias contemplam estes percentuais mínimos e se as despesas efetivamente a eles correspondem. Para tal fim, salienta ela, *“será preciso ter acesso a informações tanto no que diz respeito aos valores arrecadados pelo Estado, quanto no que toca à aplicação real desses recursos”*. Além disso, *“é preciso definir que consequências podem ser atribuídas a esse fato [eventual descumprimento], seja para punir o responsável pelo ilícito constitucional, para impedir que o ato praticado produza efeitos ou ainda para produzir o resultado desejado pela Constituição.”*

*“Um segundo parâmetro de controle que se pode construir a partir do texto constitucional – prossegue – diz respeito ao **resultado final esperado da atuação estatal.**”* (grifo nosso) Trata-se aqui de *“extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”* (2007, p. 20), tais como oferecer o ensino fundamental gratuito para toda a população (art. 208, I). Definidas tais metas concretas, o que ocorre com grau bem maior de dificuldade em

outras áreas, como saúde, “os recursos disponíveis deverão ser obrigatoriamente aplicados em políticas públicas vinculadas a essa finalidade constitucional, de modo que outros gastos, não prioritários, devem esperar.” (2007, p. 22)

De acordo com Krell (2002, p. 102):

Uma solução para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para a realização de serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, artigo 102, I, CF) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais.

Sob o prisma dos limites à intervenção judicial, os conceitos da “reserva do possível fática” (ausência de recursos financeiros) e da “reserva do possível jurídica” (suposta impossibilidade de alteração da legislação orçamentária), devem ser objetivados. A ausência de recursos financeiros não pode ser extraída apenas da ausência de previsão de recursos orçamentários. Neste sentido, a legislação orçamentária pode e deve ser questionada quando houver alocação de recursos a outras áreas em detrimento da realização de direitos. Tem sido muito comum o Estado simplesmente “transferir” verbas destinadas a determinado fim para outra área. Ocorreu com a verba procedente da CPMF, cuja destinação era a saúde e não foi utilizada nesta área. Neste ponto, cita Wagner Balera (2006, p. 60) ser prática comum que o Congresso Nacional aprove leis para desviar recursos da seguridade social para fins distintos da saúde, previdência ou assistência social. Aponta o autor que de 1995 a 2002, cento e nove leis oficializaram inconstitucional desvio de recursos. Sandoval Alves da Silva chama a atenção, ainda, para o fato de que o ônus da prova da insuficiência dos recursos orçamentários é do Poder Público, pois,

a alegação da teoria da reserva do possível ou da impossibilidade de cumprimento da decisão judicial não deve ser formulada de forma infundada, cabendo ao Poder Público a comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes, além de respeitar os limites do mínimo existencial.” (2007, p. 192)

Desta forma, frente à alegação estatal de falta de verbas para determinado desiderato deve ser questionada a razão da falta de verba e o que foi feito com o capital que deveria ser

destinado à finalidade *in quaestio*. Nestes termos, ações coletivas e ações declaratórias de inconstitucionalidade, inquéritos civis são os meios processuais próprios para esta discussão.

5 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Sobre o aspecto positivo dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, após provocado pelos órgãos legitimados para tutela coletiva, pode concedê-la, apesar da possibilidade de serem apontados inúmeros limites à atuação do Poder Judiciário, conforme Courtis e Abramovich (2004, p. 13) “o Judiciário ficará adstrito ao controle da constitucionalidade e legalidade da atuação dos entes públicos, encarregados da implementação de políticas públicas, o que não deve ocorrer em casos de políticas de grande escala ou de longo alcance temporal.” (tradução da autora).

5.1 POLÍTICAS PÚBLICAS

No atual estágio da doutrina e da jurisprudência, política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, que se sujeitam a controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados. Afirma Fábio Konder Comparato (2003, p. 249) que:

Uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característicos das liberdades individuais. Mas, como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização destes direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade e outras prestações dessa natureza.

As políticas públicas são essenciais ao Estado Social e se ligam à atividade promocional deste. Dworkin (2002, p. 36) considera “política” (*policies*) aquele tipo de padrão que estabelece

um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Em geral, as políticas públicas são estabelecidas por normas programáticas, que estabelecem metas e objetivos sociais determinados na Constituição ou nas leis, mas não especificam os meios (atividades estatais) necessários para que estes fins sejam atingidos. Isto porque, é impossível se prever todos os meios, instrumentos e medidas a serem adotados para desenvolver os programas e alcançar os objetivos sociais.

A definição dos meios não pode ser imposta. A própria legislação se encarrega de impor limites, pois os meios não podem ser dissonantes dos fins estabelecidos. Assim, é possível o controle jurisdicional da eficiência dos meios empregados, em atenção aos fins previamente estabelecidos. Não se permite que as políticas não avancem, em razão de ausência ou iniquidade dos meios utilizados.

Desta forma, o controle jurisdicional das políticas é possível; no entanto, não deverá constituir a regra. Há quem defenda não se adequar o controle a um exame unicamente político (juízo sobre o meio mais adequado para atender ao bem estar coletivo); assim, apenas admite um exame jurídico ou jurídico-político (contemplação das finalidades predispostas pela norma). Nestes termos, só terá espaço, se houver desvio ou abusividade governamental, em um exame de compatibilidade entre a atividade do Estado e as determinações normativas. Assim lecionou o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática:

ADPF nº 45 MC/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.5.2004, Informativo nº 345-STF. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo substancializador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração...).

Tome-se por exemplo o art. 208, II, da CF/88, o qual dispõe ser dever do Estado garantir a progressiva universalização do ensino médio², embora não mencione as atividades a serem

² O ensino fundamental constitui direito público subjetivo (art. 208, §1º, da CF/88). Em regra, deve ser tutelado objetivamente, através do acompanhamento das políticas públicas ligadas ao tema; não comporta dimensão individual.

adotadas para este fim. Deixa-as à escolha dos poderes políticos, apesar de haver limites. As atividades desenvolvidas deverão perseguir tal desiderato, pena de desvio, objetivamente aferível. O descumprimento ensejará tutela por meio do Poder Judiciário, em um controle excepcional de políticas públicas.

Como a execução dos programas para efetivação de direitos sociais tem um custo, é necessário o exame orçamentário, bem como das leis que o regem. A partir do exame destas, pode-se proceder a um efetivo controle jurisdicional das políticas públicas. Pode haver controles preventivo e concomitante dos orçamentos. O controle preventivo pode ser admitido: a) quando o orçamento estiver em dissonância com o plano plurianual ou com a lei de diretrizes orçamentárias; b) quando, no caso da saúde e educação, não se respeitar as verbas vinculadas; e, c) quando houver necessidade de inclusão de verba no orçamento do ano seguinte.

O controle concomitante, ou durante a execução do orçamento, permite a atuação do Poder Judiciário para corrigir desvio de despesa, quando, por exemplo, for contemplada rubrica não prioritária, em detrimento de outra, a que deve ser dada preferência. Pode-se, ainda, exigir a liberação de verbas, quando estas existirem e não estiverem sendo utilizadas regularmente no exercício financeiro.

Nos casos exemplificados, jamais se poderá alegar intromissão indébita do Poder Judiciário na esfera dos poderes políticos. O controle judicial daqueles se justifica quando há arbítrio (abusividade estatal). Há, inclusive, exigência legal de que o Poder Judiciário fiscalize os outros poderes, embasado na Teoria dos freios e contrapesos e no Princípio da Separação de Poderes, de Montesquieu. O filósofo iluminista foi o responsável por explicar, sistematizar e ampliar a divisão dos poderes, anteriormente estabelecida por Locke. Montesquieu acreditava também que, para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Criou-se, assim, o *sistema de freios e contrapesos*, o qual consiste na contenção do poder pelo poder, ou seja, cada poder deve ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlado pelos outros poderes. Assim, pode-se dizer que os poderes são independentes, porém harmônicos entre si. (FIGUEIREDO, 2007, p.17)

Conforme Cappelletti (2003, p. 127-150): “Na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco de perversão.” Montesquieu visualizou na doutrina dos

pesos e contrapesos um Estado Democrático, cuja Separação dos Três Poderes era um dos pilares da democracia constitucional. Infelizmente, há uma tradição de colocar o princípio da separação de poderes, princípio instrumental, acima até da proteção de direitos fundamentais, como se fosse um princípio constitucional superior aos demais. Tais críticos alegam que o Poder Judiciário não pode interferir em políticas públicas e leis, pois não são da sua alçada. Sandoval Alves da Silva(2002, p.187) sintetiza: “*o princípio da separação dos poderes e a competência de dispor do orçamento não são idéias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais*”.

A maior parte da doutrina reconhece a possibilidade e a necessidade de o Poder Judiciário intervir na concretização dos direitos fundamentais prestacionais. Apesar de todo o exposto, na tradicional prática administrativa brasileira, verifica-se reiterado desrespeito dos administradores públicos aos direitos e garantias fundamentais, principalmente, das classes sociais menos favorecidas, que ainda constituem a maioria no Brasil, em geral, sem condição econômica e informação suficientes para defenderem seus direitos.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra clássica e no Brasil, entre outros, Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 55) apontam, basicamente, três ordens de obstáculos para o acesso à justiça: (a) **obstáculos de natureza financeira**, consistentes nos altos valores praticados para a cobrança de custas processuais e honorários advocatícios, bem como configurados pela economia de escala que os litigantes habituais têm se comparados aos litigantes eventuais; (b) **obstáculos temporais**, consubstanciados na grande morosidade característica do Poder Judiciário, por dificuldades institucionais, relacionadas à má administração, falta de modernização tecnológica e/ou insuficiência do número de magistrados e de servidores, ou em razão da complexidade do nosso sistema processual, que permite a interposição infundável de recursos; (c) **obstáculos psicológicos e culturais**, consistentes na extrema dificuldade para a maioria da população, até mesmo, para reconhecer a existência de um direito, especialmente, se este for de natureza coletiva, na justificável desconfiança que a população em geral (e em especial a mais carente) nutre em relação aos advogados e ao sistema jurídico como um todo e, ainda, na também justificável intimidação que as pessoas em geral sentem diante do formalismo do Judiciário e dos próprios advogados; (d) **obstáculos institucionais**, referentes aos direitos de natureza coletiva, em que “*a insignificância da lesão ao direito, frente ao custo e à morosidade do processo, pode levar o cidadão a desistir de exercer o seu direito por ser a causa antieconômica*” (1993, p. 40).

Desta forma, a Constituição prevê legitimidade coletiva a órgãos específicos para o controle jurisdicional de políticas públicas. Sua ação enseja a idéia de Poder Judiciário como guardião da Constituição e de protetor dos valores magnamente esculpidos. A jurisdição constitucional coletiva está apta a produzir decisões coletivamente vinculantes. No item subsequente serão dissecadas, nestes termos, as ações coletivas e sua importância para a democracia.

5.2 TUTELAS COLETIVAS DIFERENCIADAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS

As ações coletivas constituem forma democrática de garantir o acesso a direitos coletivos, daqueles que mais necessitam, dados os obstáculos financeiros, culturais e temporais, que inviabilizam o acesso universal daqueles ao Judiciário. Gregório Assagra de Almeida, assinalado por Luiz Manoel Gomes Júnior (2007. p. 633), define as ações coletivas como instrumento processual constitucional, posto à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação *infraconstitucional*, para a defesa jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo.

As chamadas ações coletivas fundam-se, principalmente, em questões de acesso à justiça e economia processual, justificadoras de tutelas diferenciadas, por albergarem interesses fundamentais coletivos. Certamente, o exame de um processo coletivo será mais célere e melhor analisado do que inúmeras demandas individuais, o que corrobora a garantia constitucional à razoável duração do processo, recentemente positivada. Além disso, várias ações individuais, em lugar de uma coletiva, podem receber decisões diversas, o que, claramente, ameaça a segurança jurídica.

A taxa de analfabetismo entre a população com 15 anos ou mais é de 9,6%, conforme indicadores divulgados pelo IBGE.³ Os números evidenciam a ausência de universalização de direitos básicos, os quais a Constituição, que completou 24 anos de vigência, garante aos cidadãos brasileiros. Na realidade, saúde e educação básicas não estão garantidas a milhões de brasileiros. E o mesmo se dá com moradia, emprego, transporte, lazer e diversos outros direitos

³ BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, divulgado em Folha de São Paulo, 16.11.2011, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/saber/1007173-analfabetismo-cai-no-brasil-mas-ainda-e-maior-que-no-zimbabue.shtml>).

básicos. Também se pode catalogar a desigualdade que atinge outras categorias, historicamente espoliadas, como indígenas, mulheres, etc.

Para se verificar a importância e a imprescindibilidade das ações coletivas, faz-se importante visualizar a seguinte situação: dados do Ministério da Saúde de 2008 demonstraram que os gastos com aquisição de medicamentos, em razão de ordens judiciais aumentou 1920% nos últimos três anos. Segundo o Ministério, em 60% das ações, os autores poderiam ser tratados com medicamentos que o SUS oferece, mas pediram outros, não disponibilizados por este órgão. E estes medicamentos não são ofertados pelo SUS porque oferecem baixo ganho terapêutico e um custo muito mais alto. Ainda, conforme tais revelações, a maioria dos medicamentos demandados judicialmente, agrega baixo ganho terapêutico, em relação aos oferecidos pelo SUS e é mais cara, o que não justifica a escolha pelo sistema de saúde. Médicos particulares têm suas inúmeras razões, individuais, para prescrevê-los.⁴ Há quem diga que tais ações aprofundam a desigualdade na distribuição, pois quem busca o Judiciário, nestes casos, não são os mais carentes. Em razão destas decisões, o Poder Executivo se vê forçado a deixar de atender a programas de saúde muito mais importantes, algumas vezes inclusive para financiar medicamentos e tratamentos de eficácia duvidosa. Neste sentido, Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008, p. 334) afirma:

ao ser compelido, por decisão judicial, a arcar com despesas que exorbitam seu âmbito regular de atuação em matéria de saúde, o Estado tem, inadequadamente, de destinar parte dos recursos, já escassos, para atendimento específico das ações intentadas, em detrimento de outros tantos cidadãos, que necessitam de atendimentos, procedimentos, exames e medicamentos cuja efetivação e/ou prestação compete ao Estado, além de todas as medidas preventivas e de promoção da saúde física e psíquica.

E acontece, ainda, de a **urgência** ser um dos critérios determinantes na tomada de uma decisão, que deve, prudentemente, impedir a ocorrência de prejuízo irreparável. Nesta seara, tem sido frequente, em matéria de saúde, em situações que envolvem risco à vida, a concessão de liminares sem a devida consideração da comprovação da eficácia do tratamento ou medicamento prescrito, muitas vezes, com base na opinião de um único médico, o que gera, comumente, gastos imensos e que vêm a se mostrar ineficazes para a saúde do paciente. Ainda que seja caso de

⁴ Dados do Ministério da Saúde, em 23.08.2008, disponível em <http://www.advsaude.com.br/noticias.php?local=1&nid=1629>

urgência, portanto, os magistrados devem adotar certa cautela, de modo a assegurar-se, mediante oitiva do Poder Público em 72 horas e obtenção de outros pareceres médicos, de que o pedido constitui o caminho tecnicamente mais adequado para resolver o problema do autor. De acordo com a autora “*sentenças liminares têm permitido que alguns pacientes realizem tratamentos ainda não validados pela comunidade científica.*”

Certamente, o tratamento atomizado destas questões, por meio dos mecanismos processuais tradicionais não tem contribuído para um aperfeiçoamento nas políticas públicas de saúde – e o problema não é exclusivo da área de saúde. Nestes termos, quando ajuizadas ações individuais de interesse coletivo contra o Estado, há necessidade de que sejam convertidas pelo Magistrado em ações coletivas, logo após a identificação de interesses coletivos e do instrumento adequado para tutelar aqueles interesses. Deve o juiz convocar o Ministério Público para o pólo ativo da ação. Desta forma, todas as ações individuais, posteriormente ajuizadas, poderão ser extintas por litispendência, após comunicação ao autor da demanda sobre a existência da ação coletiva, onde serão apreciados, inclusive, pedidos de antecipação de tutela. Nestes termos, após a demonstração de aspectos práticos que obrigam à demanda coletiva, analisemos, adiante, estas tutelas.

5.2.1 O Microssistema instituidor das Tutelas diferenciadas coletivas

As demandas coletivas não podem seguir regras adjetivas do Código de Processo Civil, aplicáveis às ações individuais. Especialmente, no que tange à legitimidade, que “é a titularidade do direito de ação”, elas seguem regras diversas. Parte legítima é “aquela a quem a lei confere o direito de ir a juízo pedir determinada prestação jurisdicional”, conforme Tornaghi (1974, p. 90). Os efeitos daquelas se espraiam aos beneficiários da decisão e não só *àqueles que atuam* no processo, como ocorre nas ações individuais. A análise da “legitimidade” em ações coletivas, requer a análise do instituto *coisa julgada* em ações individuais, dos efeitos sobre as partes. Nas ações coletivas, há um *processo próprio para atingir quem não é parte no processo*, diferentemente das ações individuais, nas quais somente o autor, ou o réu da demanda é atingido pelos efeitos do processo.

Nas ações coletivas, a legitimação não é ordinária, geralmente própria de ações individuais e prevista no art. 6º do CPC; tampouco a legitimidade é extraordinária, também

aplicável aos direitos individuais e prevista naquele artigo. Segundo Nelson Nery Junior (2009, p. 193), não se deve vincular a legitimação do processo coletivo à titularidade do direito material, mas à “legitimação autônoma para a condução do processo”. No processo coletivo, legitimação é a relação de perfeita adequação, que deverá haver entre os sujeitos parciais do processo e a causa (BENJAMIN e ALMEIDA: 2010, p. 31).

Antes da Constituição Federal de 1988, já havia a Lei nº 7.347/85 - da Ação Civil Pública e, posteriormente à Lei Maior surgiu a Lei n. 8.078/90, instituidora do Código de Defesa do Consumidor, reguladores dos processos coletivos. De acordo com este Estatuto, em direitos coletivos, há graus de coletivismo: dos mais espalhados aos mais restritos, até os interesses individuais, que, se homogêneos, podem receber tratamento coletivo.

Conforme Hugo Nigro Mazzilli (2010, p.50), situados em posição intermediária entre o interesse público e o privado, há os interesses *transindividuais*, ou coletivos, em sentido *lato*, os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Tais interesses excedem o âmbito individual, mas não chegam a constituir interesse público.

Os direitos coletivos *lato sensu* abrangem os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. O Código de Defesa do Consumidor, no § único, I a III do art. 81, dá conceitos gerais, aplicáveis às tutelas coletivas em geral, além das provenientes das relações de consumo (art. 21, da Lei 7.347/1985). No § único do art. 81, o CDC usou o critério *subjetivo* para aferir a titularidade do direito material; isto é, a titularidade e abrangência dos sujeitos a serem beneficiados pela decisão. No mesmo parágrafo, se utilizou do critério *objetivo*, para deduzir a divisibilidade ou não do direito material e o critério de *origem*, isto é, se o direito deriva de situações fáticas ou jurídicas. Os direitos difusos, por exemplo, tem *transindividualidade* muito ampla; sujeitos indeterminados/indetermináveis; seu objeto tem ampla indivisibilidade e indisponibilidade; originam-se do vínculo fático entre os sujeitos. *Difuso* corresponde a fluido, sem liame jurídico entre as pessoas do grupo, ligadas por circunstâncias de fato, como, *v.g.*, morar na mesma região, respirar ar puro, consumir determinado produto.

Nos direitos coletivos *stricto sensu*, há *transindividualidade* restrita ao grupo, categoria ou classe; determinabilidade dos sujeitos; relação jurídica entre os sujeitos, ou destes com a parte contrária. Já nos direitos *individuais homogêneos*, há direitos individuais lesados, ou em via de o serem. São direitos homogêneos pela origem comum (art. 81, do Estatuto Consumerista), individuais e que podem ser tratados coletivamente, como individuais homogêneos.

(WATANABE, 1987, p. 806). Segundo este autor, a origem comum pode ser de fato e de direito e não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. Exemplifica o autor, com vítimas de publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa, em repetidos dias, de um produto nocivo à saúde, adquirido em largo espaço de tempo e em várias regiões tem, como causa dos danos, fatos homogêneos, que os tornam a origem comum dos danos. Os direitos individuais homogêneos são fruíveis individualmente, mas, por serem muito amplos, podem ser tratados coletivamente. São direitos de pessoas individualizadas; e se indeterminadas, são determináveis. São divisíveis e distinguíveis entre os titulares. Ex: direitos decorrentes da compra, por pessoas determináveis, de veículos de uma marca, ano e série, com defeito de fabricação; direitos da lesão ecológica.

A Lei da Ação Civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 83, admitem todas as espécies de ações, para todos os direitos coletivos *lato sensu*: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

5.2.1.1. Coisa julgada

No que tange à coisa julgada para as ações coletivas, segundo Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 585) para saber a quem a decisão procedente beneficiará, deve ser observada a natureza do pedido e a extensão em que foi acolhido. Assim, a extensão ao território nacional pode ocorrer na coisa julgada *erga omnes*. Há decisões variadas. Alguns acórdãos fixam os efeitos da decisão na comarca prolatora; outros, nos limites do Estado federado. Desta forma, para os *interesses difusos*: 1.1) Se houver *decisão procedente*, a coisa julgada será *erga omnes*. 1.2) Em caso de improcedência com julgamento de mérito, forma-se coisa julgada *erga omnes*, obstando a propositura de ações pelos legitimados coletivos; o que não impede a propositura de ações individuais, conforme o § 1.º do art 103 do CDC. 1.3) Se houver *improcedência por insuficiência probatória*, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, pelos mesmos fundamentos, desde que com nova prova. Neste caso, o juiz deve declarar a insuficiência probatória, sendo cabíveis embargos de declaração, se não o fizer. Há doutrinas opostas à coisa julgada *secundum eventum litis*, as quais argumentam que, neste caso, o réu poderá ser sempre

demandado (com nova prova), após julgamento improcedente por falta probatória.⁵ Assim, a coisa julgada será *secundum eventum probationis*. Antonio Gidi indica o *critério substancial* para saber se a improcedência se deu por falta de prova. Frisa que sempre um legitimado, ao propor outra ação coletiva, com mesmo fundamento e nova prova, buscará mostrar que a anterior foi insuficientemente comprovada. Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 930) salienta que a possibilidade de reabrir o processo com *qualquer* prova nova não produzida, contraria o princípio da eficácia preclusiva da coisa julgada. Então, aduz a possibilidade de reabertura só a provas que não existiam à época do primeiro processo e não poderiam ter sido produzidas, ao expor o art. 30 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que repete a regra do art. 103 do CDC, com acréscimo do § 1º.⁶

Nos interesses coletivos *stricto sensu*, os limites subjetivos da coisa julgada (inc. II do art. 103 e § 1º) serão *ultra partes*⁷, limitadamente ao grupo, categoria ou classe, ligada entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. A indivisibilidade do objeto, nos interesses coletivos, comumente estenderá os efeitos da sentença a pessoas estranhas à associação, como as que estiverem na mesma situação em relação à parte contrária, v.g., os mutuários do sistema habitacional, pertençam ou não à associação autora, serão beneficiados pela ação vitoriosa, *in genere* e eficácia *ultra partes* entre o grupo, categoria ou classe.

A improcedência por falta de provas enseja repositura, mediante nova prova, por qualquer legitimado, como ocorre com os interesses difusos. Na improcedência por mérito, a coisa julgada impedirá que outro co-legitimado ajuíze idêntica demanda coletiva, mas não obstará a propositura de ações individuais com os mesmos fundamentos (§ 1º do art. 103). Esta determinação se aplica aos interesses difusos e coletivos.

Para os direitos *individuais homogêneos*, (inc. III, § único, do art. 81 e inc. III do art. 103 do CDC), a decisão terá efeitos *erga omnes*, se procedente o pedido, alcançando a vítima e sucessores. Todos os titulares dos direitos originários em comum se beneficiarão da sentença e haverá coisa julgada coletiva. Às hipóteses de improcedência, mesmo que por insuficiência

⁵ Mas, não é comum a repositura de novas ações coletivas, ainda que com outras provas.

⁶ Art. 30. *Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.*

⁷ Em caso de a pretensão envolver interesses coletivos *stricto sensu*, a coisa julgada será limitada à categoria, grupo ou classe.

probatória, também se aplica a coisa julgada coletiva. Mas, neste caso, os lesados individuais, que não intervieram no processo coletivo como litisconsortes, poderão ingressar com ação individual.

Como se vê, nas ações coletivas, a coisa julgada, em caso de procedência do pedido, será *erga omnes*, o que beneficiará a todos os interessados. Tal resultado se aplicaria, integralmente, ao problema das ações individuais para obtenção dos mesmos medicamentos não ofertados pelo SUS.

5.2.1.2. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo

Na tutela coletiva, o magistrado não deve figurar como simples aplicador do Direito, mas aplicá-lo-á para interferir diretamente em políticas públicas, com frequentes reflexos em toda a sociedade. Neste tipo de ação, ele sopesará valores constitucionais fundamentais, razão pela qual deve se utilizar de discricionariedade. Precisarà fazer uma opção político-jurídica sobre qual bem jurídico ou interesse social deverá prevalecer.

Assim, não pode, como no processo clássico, satisfazer-se com o que lhe foi trazido ao processo, ou com os meios previstos. Ao contrário, deve assumir postura ativa para o deslinde da questão, que denuncia lesão ou sua iminência a interesses coletivos. Pode, inclusive, o magistrado decidir fora dos limites do pedido, de acordo com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, neste sentido. O compromisso maior passa a ser a tutela do direito material coletivo. Por tais razões, o princípio da adstrição da sentença ao pedido deve, ao menos, ser mitigado no âmbito da tutela coletiva.

Desta forma, nas ações coletivas, o juiz pode trafegar com alguma liberdade, sem fugir dos horizontes impostos pelas necessidades do direito material. O magistrado obriga-se a adotar a providência ótima, a mais adequada para proteger, *in casu*, o bem jurídico de dimensão coletiva. Assim, estará também adstrito ao princípio da proporcionalidade, de forma a adotar a providência mais adequada ao caso concreto.

Neste aspecto, conforme já mencionado, ajuizadas ações individuais de interesse coletivo contra o Estado, uma solução para evitar a proliferação destas, é a conversão, pelo Magistrado em ações coletivas, logo após a identificação de interesses coletivos e do instrumento adequado para tutelá-los. Deve o juiz convocar o Ministério Público para o pólo ativo da ação. Desta forma, todas as ações individuais, posteriormente ajuizadas, poderão ser extintas por

litispendência, após comunicação ao autor da demanda sobre a existência da ação coletiva, onde serão apreciados, inclusive, pedidos de antecipação de tutela. Nestas ações coletivas, é essencial a atuação do juiz como um mediador comprometido com a solução ótima do conflito, do que propriamente como alguém incumbido apenas de dizer quem tem razão.

CONCLUSÕES

A Constituição Federal, conforme tendência internacional na tutela jurisdicional de direitos *supraindividuais*, disponibiliza instrumentos garantidores de direitos fundamentais positivos previstos na própria Constituição. Em caso de omissão estatal, que inviabilize tais direitos, o ente legitimado deve valer-se dos instrumentos coletivos e jurisdicionais, para controle de constitucionalidade por omissão administrativa ou legislativa.

As ações coletivas são a solução para controle judicial, em razão da omissão, desvio ou abusividade governamental sobre as políticas públicas. O controle judicial também pode ocorrer sobre a legislação orçamentária, que impossibilite a efetivação dos direitos fundamentais determinados constitucionalmente ou por lei *infraconstitucional*.

As ações coletivas se justificam em razão dos obstáculos de natureza financeira, temporal, psicológica, cultural e institucional às tradicionais ações individuais. Os princípios e efeitos jurídicos da sentença nas ações coletivas são totalmente diversos dos aplicáveis às ações individuais. O compromisso maior do magistrado passa a ser a tutela do direito material coletivo. Por tais razões, o princípio da adstrição da sentença ao pedido deve, ao menos, ser mitigado no âmbito da tutela coletiva.

Nestes termos, ajuizadas ações individuais, como no caso de medicamento não disponibilizado pelo SUS, identificado o interesse coletivo, na ação individual ajuizada contra o Estado, é aconselhável que seja convertida em ação coletiva e convocado o Ministério Público para o pólo ativo da ação. Desta forma, todas as ações individuais, posteriormente ajuizadas, poderão ser extintas por litispendência, após comunicar-se ao autor da ação a existência da ação coletiva, onde poderão ser apreciados, inclusive, pedidos de antecipação de tutela.

No exemplo abordado, ações coletivas em geral, ações declaratórias de inconstitucionalidade e inquéritos civis são os meios processuais próprios para discussão, extensa

produção probatória, estudo sobre os números e índices da doença sobre a população brasileira, o remédio mais eficaz para tal enfermidade, o número de medicamentos necessários para suprir a necessidade em determinada época, seus custos, etc, e a conseqüente procedência ou não da ação coletiva, que faz coisa julgada coletiva.

Faz-se urgente a universalização dos direitos fundamentais, por meio das ações diferenciadas coletivas. No entanto, na prática, os processos coletivos ainda estão engatinhando, em razão da falta de conhecimento pelos próprios aplicadores do Direito, da avalanche de trabalho que os órgãos legitimados para as ações têm, a partir do momento da percepção de cada omissão em políticas públicas, tanto pelo Poder Executivo, quanto pelo Poder Legislativo. Têm havido evolução, neste sentido, nas decisões em mandados de injunção e ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, embora haja, ainda, muito o que fazer neste sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª edição. Madrid: Trotta, 2004.

ACKEL FILHO, Diomar, **Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data**. São Paulo, Editora Saraiva, 1991.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. Princípio da Demanda nas Ações Coletivas do Estado Social de Direito. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 50, p. 117-132, abril/junho 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65:45.

_____. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 23:111.

_____. Tutela jurisdicional do meio ambiente. **Revista do advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo**. Direito ao meio ambiente, São Paulo: AASP, n. 37, set. 1992.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo, Editora RT, 1996.

ALVIM, Eduardo Arruda, **Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo**, in www.arrudaalvim.com.br, obtido em 21.01.2011.

BALERA, Wagner, **Sistema de Seguridade Social**, São Paulo: Editora LTR, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Ponderações sobre o pedido nas Ações Coletivas e o controle jurisdicional das Políticas Públicas**, disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/pedido.pdf>

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Editora Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'Justiça Constitucional'. In: **Revista Forense**, São Paulo, n. 366, p. 127-150, março/abril 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes, LEITE, José Rubens Morato, **Direito Constitucional Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2007.

CARPI, Federico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. In: **Rivista Trimestrale de Diritto e Processo Civile**, Milano, Dott. A. Giuffrè, v. XXXIV, 1980.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América - Exposição de Motivos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 121, p. 133-148, março 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto et al (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002.

DWORKIN, Ronald. **para fins distintos do inicialmente previsto. Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTAGNAN, Joaquin Silguero.(1995). **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos**. Madrid: Editorial Dykinson.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos e Rocio Cantarero. Madri: Trotta, 1995.

FERRAZ, Sérgio (Coord.). (1984) **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre, Editora Sérgio Antônio Fabris e Instituto dos Advogados Brasileiros.

_____ **Mandado de segurança (individual e coletivo). Aspectos polêmicos**. São Paulo, Editora Malheiros, 1996.

FIGUEIREDO, Marcelo, **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional da liberdade - direitos individuais na Constituição de 1988: habeas corpus, habeas data, mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção**. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

_____ **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo, Editora Malheiros, 2005.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado,** São Paulo: Saraiva, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos.** São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Novas linhas do processo civil,** 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____ **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: RT, 2004.

_____. **Tutela Específica** (*arts. 461, CPC e 84, CDC*). São Paulo: RT, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses difusos em juízo,** São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data,** 16. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a Legislação Brasileira. In: **Revista de Processo,** São Paulo, n. 117, p. 109-128, set./out. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo, Editora Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. Ação civil pública no processo do Trabalho. In MILARÉ, Edis (coord). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**, 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997.

PEREIRA, Bruno Yepes, **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia, **Proteção Judicial contra omissões legislativas**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1946**, vol. 4. Rio de Janeiro, Editora Henrique Cahen, 1953.

SIDOU, J. M. Othon. **As garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Malheiros, 1993.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo, Editora Malheiros, 2000.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Instrumentos Processuais de controle da omissão do Poder Público na Implementação de Direitos Fundamentais: Ações Constitucionais, Medidas Judiciais e Responsabilização do Estado omissor**. Trabalho publicado nos *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008*.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo, Editora Malheiros, 1995.

TORNAGUI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo, Editora RT, 1974.

VILAÇA, Zuleide Barbosa, Tendências e transformações do processo civil contemporâneo. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, Maringá, v.2, n.1.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. **Revista Forense**, vol. 329, 1995.