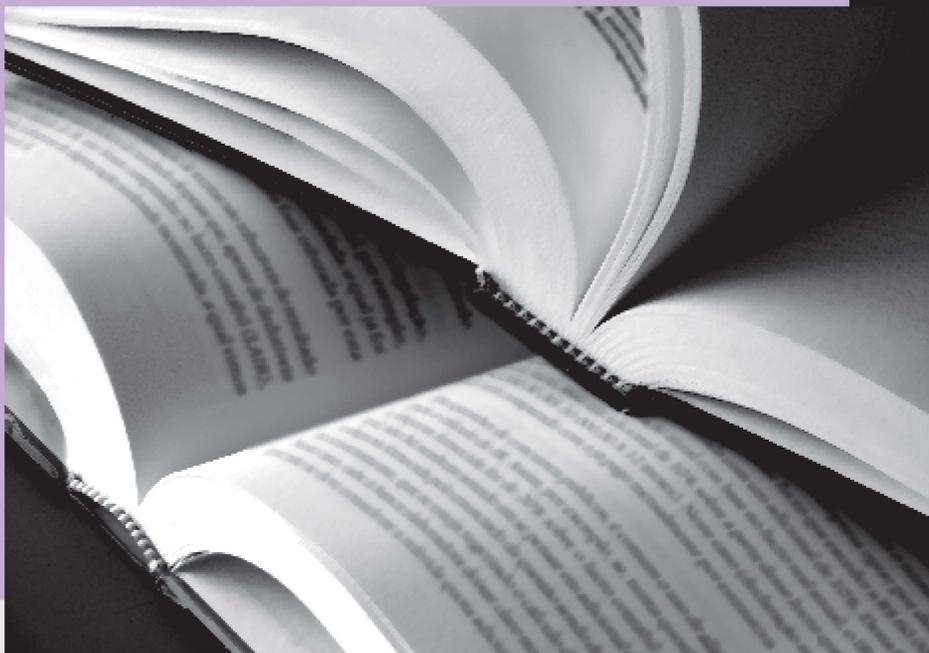


# SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

*Vânila Cardoso André de Moraes*



## **A igualdade – formal e material – nas demandas repetitivas sobre direitos sociais**

## CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministra Laurita Vaz  
Presidente

Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins  
Vice-Presidente

Ministro Mauro Luiz Campbell Marques  
Corregedor-Geral da Justiça Federal e  
Diretor do Centro de Estudos Judiciários

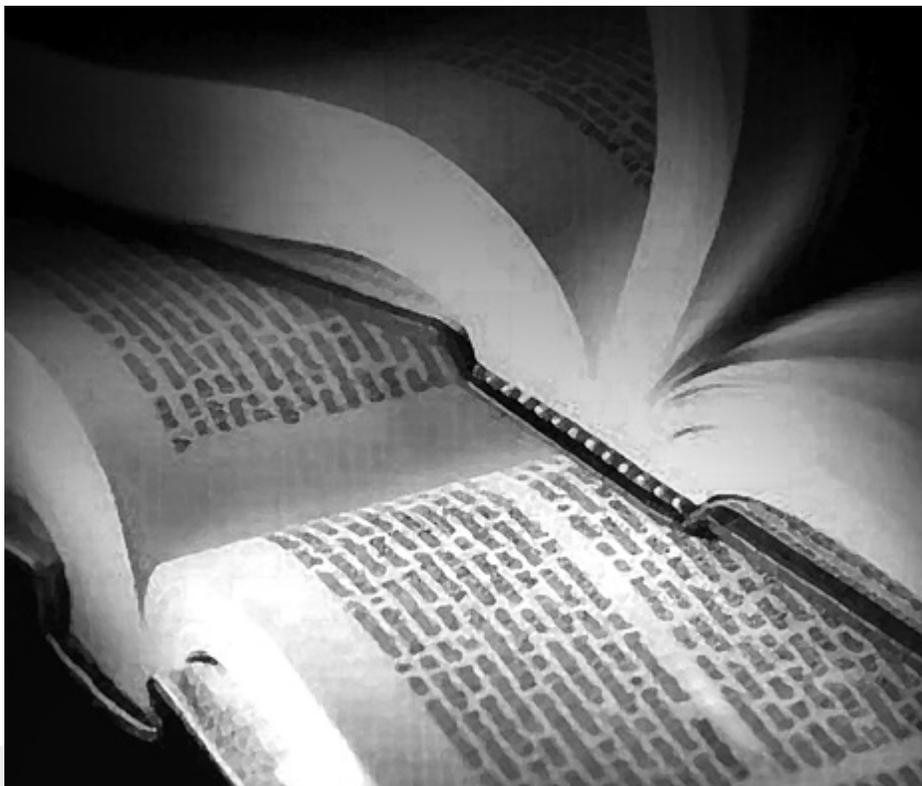
Ministro Benedito Gonçalves  
Ministro Raul Araújo Filho  
Desembargador Federal Hilton José Gomes de Queiroz  
Desembargador Federal Poul Erik Dylund  
Desembargadora Federal Cecília Maria Piedra Marcondes  
Desembargador Federal Luiz Fernando Wovk Penteado  
Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira  
Membros Efetivos

Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino  
Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues  
Ministro Antonio Carlos Ferreira  
Desembargador Federal I'Talo Fioravanti Sabo Mendes  
Desembargador Federal Reis Friede  
Desembargador Federal Mairan Gonçalves Maia Júnior  
Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz  
Desembargador Federal Francisco Roberto Machado  
Membros Suplentes

Juiz Federal José Antonio Savaris  
Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros  
Diretora-Geral

# SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



## **A igualdade – formal e material – nas demandas repetitivas sobre direitos sociais**

***Vânila Cardoso André de Moraes***

## CONSELHO EDITORIAL DO CEJ

### **Presidente**

*Ministro Mauro Campbell Marques*

### **Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

### **Membros**

*Ministro Napoleão Nunes Maia Filho*

Superior Tribunal de Justiça

*Ministro Nefi Cordeiro*

Superior Tribunal de Justiça

*Ministro Raul Araújo Filho*

Superior Tribunal de Justiça

*Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes*

Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Rio de Janeiro-RJ

*Desembargadora Federal aposentada Margarida de Oliveira Cantarelli*

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

*Juiz Federal João Batista Lazzari*

Seção Judiciária de Florianópolis-SC

*Desembargador José Renato Nalini*

Tribunal de Justiça de São Paulo-SP

*Desembargador Pedro Manoel Abreu*

Tribunal de Justiça de Florianópolis-SC

*Professor Doutor Cesar Luiz Pasold*

Universidade do Vale do Itajaí-Univali – Florianópolis-SC

*Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet*

Pontifícia Universidade Católica-PUC – Porto Alegre-RS

*Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci*

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

*Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior*

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

*Professor Doutor Roberto Ferreira Rosas*

Universidade de Brasília-UnB – Brasília-DF

*Professor Doutor Joaquim de Arruda Falcão Neto*

Diretor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito – Rio de Janeiro-RJ

## SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



### **A igualdade – formal e material – nas demandas repetitivas sobre direitos sociais**

***Vânila Cardoso André de Moraes***

Copyright © Conselho da Justiça Federal

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

## EQUIPE EDITORIAL

### CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Ministro Mauro Campbell Marques

Diretor

Jaqueline Aparecida Correia de Mello

Secretária

Rita Helena dos Anjos

Subsecretária de Informação Documental e Editoração CEJ

### COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO DO CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim

Coordenadora

Ariane Emílio Kloth

Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Dulcinéia Mendes dos Santos

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Alice Zilda Dalben Siqueira

Servidora da Seção de Programação Visual e Arte-Final

### Impressão

Seção de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do CJF

---

M791i Moraes, Vânia Cardoso André de.

A igualdade – formal e material – nas demandas repetitivas sobre direitos sociais / Vânia Cardoso André de Moraes. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

292 p. – (Série monografias do CEJ ; v. 24)

ISBN 978-85-8296-017-2

1. Igualdade perante a lei. – 2. Prerrogativa constitucional – 3. Jurisdição administrativa. – 4. Sistema judiciário. 5. Direitos e garantias individuais. – 6. Efeito vinculante. – I. Título. – II. Série.

CDU 340.12

*Para* Alexandre.

## AGRADECIMENTOS

Pouco realizamos em solidão. As ciências humanas, assim como outros saberes, têm como característica essencial a construção coletiva que lhes dá a legitimidade e a amplitude necessárias para que possam ser úteis à sociedade.

Em realidade, muito pouco é individual, por isso a importância de agradecer.

Agradeço a Deus pela permissão de existir e de ter uma família amorosa e amigos queridos que me apoiam na caminhada do conhecimento.

Ao meu orientador, Ricardo Perlingeiro, pelo exemplo de dedicação à melhoria do sistema de justiça e pelos sábios ensinamentos que estruturaram esta tese.

Ao Ministro João Otávio de Noronha, por acreditar que a educação judicial é o melhor caminho para a melhoria do Poder Judiciário e por ter me concedido a oportunidade de cooperar na Enfam e, assim, lapidar meus conhecimentos por meio de estudos e debates com juízes de todo o país.

À minha querida amiga Maria Raimunda Veiga, pelo apoio incondicional e exemplo de perseverança, idealismo e coragem na luta pelas nobres causas da Justiça.

Ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na pessoa de seu Presidente, Desembargador Federal Cândido Ribeiro, pela sensibilidade de seus integrantes para reconhecer que o aprimoramento de seus juízes gera a melhoria da prestação jurisdicional.

A todos os doutrinadores, juízes e juristas que tive a oportunidade de referenciar neste trabalho e que foram fontes de inspiração para a construção desta tese.

Ao meu marido Alexandre, pelo apoio, compreensão e amor e por muitas vezes acreditar em mim mais que eu mesma.

*Não podemos pura e simplesmente nos abster de nossa responsabilidade social frente à coletividade. Não podemos querer uma sociedade igualitária sem assumir as consequências, sem a obrigação de nos tornarmos mais justos.* (KOURILSKY, 2012, p. 32)

*Tenho certeza, contudo, de que a mistura explosiva de crescente desigualdade social e volume cada vez maior de sofrimento humano relegado à condição de 'colateralidade' (marginalidade, exterioridade, removibilidade, de não ser uma parte legítima da agenda política) tem todos os sinais para se tornar, potencialmente, o mais desastroso dos problemas que a humanidade será forçada a confrontar, administrar e resolver no século atual.* (BAUMAN, 2011, p. 16)

## SOBRE A AUTORA

*Vânila Cardoso André de Moraes* é juíza federal na 18ª Vara, em Belo Horizonte. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense e Doutora em Sociologia e Direito pela mesma Universidade. Gestora Nacional de Pesquisa a respeito das Demandas Repetitivas e Grandes Litigantes pelo Planejamento Estratégico da Justiça Federal/STJ/CJF; Coordenadora do Grupo de Trabalho responsável pelo conteúdo do Curso Demandas Repetitivas e Grandes Litigantes da Enfam; Formadora da Enfam para o Módulo Nacional de Formação Inicial dos Juízes; integrante do Comitê Técnico de Pesquisa, Editoração e Intercâmbio do Conselho do CTPA; Pesquisadora do Núcleo de Ciência do Poder Judiciário (NUPEJ) da Universidade Federal Fluminense (UFF); Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa da Administração da Justiça da Universidade Federal de Minas Gerais; Coordenadora da Comissão de Estudos Judiciários da Ajufe (Associação dos Juízes Federais) e Diretora Cultural da AJUFEMG (Associação dos Juízes Federais de Minas Gerais).

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	15
1 DA IGUALDADE .....	23
1.1 A função do direito no contexto das desigualdades sociais ...	25
1.2 Da igualdade como valor superior de justiça.....	32
1.3 Igualdade como princípio jurídico.....	39
1.4 Da igualdade formal e material.....	43
2 DIREITOS SOCIAIS .....	49
2.1 Direitos fundamentais sociais e o Estado.....	58
2.2 Características dos direitos fundamentais sociais.....	63
2.3 Das demandas relacionadas à saúde e ao direito previdenciário.....	66
2.3.1 Direito à saúde .....	68
2.3.2 Demandas previdenciárias.....	74
2.4 Fenômeno da postulação repetitiva dos direitos fundamentais sociais .....	76
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE NA SEARA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	83
3.1 Demandas repetitivas decorrentes de ações e omissões da administração pública .....	88
3.2 O princípio da legalidade sob a ótica constitucional de transformação da igualdade jurídica em igualdade social .....	93
3.3 Da processualidade administrativa.....	101

3.4	Fragilidades do devido processo legal administrativo e a consequente explosão de litígios .....	108
3.5	Requerimento/processo administrativo prévio e a construção da igualdade de acesso aos bens públicos.....	110
3.6	Processualização dos direitos fundamentais sociais na seara administrativa .....	114
3.6.1	Estruturação da administração pública.....	115
3.6.2	Extensão dos efeitos da decisão favorável.....	119
3.7	Participação popular no processo administrativo .....	122
3.8	Perspectivas de <i>lege ferenda</i> : Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para a Ibero-América .....	128
4	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE NA SEARA JURISDICIONAL.....	133
4.1	Jurisdição administrativa – o controle da administração pública .....	133
4.2	Institutos processuais brasileiros e a construção da igualdade formal .....	140
4.2.1	Sistema de uniformização .....	140
4.2.2	Processo civil coletivo .....	148
4.2.3	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no novo CPC .....	153
4.3	Construção da igualdade via processo judicial.....	156
4.3.1	Mínimo existencial: mínimo social necessário à construção da igualdade material .....	159
4.3.2	Reserva do possível.....	164
4.4	Do controle difuso: demandas individuais, direitos sociais e construção da igualdade .....	167
4.5	Do controle concentrado.....	173
4.5.1	Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário .....	173

4.5.2	Controle judicial do orçamento.....	185
4.5.3	Controle judicial das omissões legislativas.....	192
4.5.4	Resumo.....	196
4.6	Perspectivas de <i>lege ferenda</i> para a construção da igualdade...	197
4.6.1	Vinculação das decisões prolatadas em incidente de resolução de demandas repetitivas (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) à administração pública.....	197
4.6.2	Código Ibero-Americano de Processos Administrativos Judicial e Extrajudicial.....	200
4.6.3	Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa.....	204
5	PESQUISA REALIZADA JUNTO A JUÍZES FEDERAIS E ESTADUAIS A RESPEITO DA CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE FORMAL E MATERIAL.....	213
5.1	Objetivos.....	213
5.2	Metodologia.....	214
5.3	Resultados obtidos.....	215
5.4	Análise dos resultados.....	218
6	CONCLUSÃO.....	221
7	REFERÊNCIAS.....	229
8	APÊNDICE.....	253

# INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana (CITTADINO, 2004, p. 15), tendo como premissa a diminuição das desigualdades sociais a partir da distribuição igualitária de bens públicos e da igualdade de oportunidade, o que é assegurado pelos direitos fundamentais sociais<sup>1</sup>. Esses valores são a base de todo o sistema de justiça brasileiro e devem ser resguardados pelas instituições que compõem a República Federativa do Brasil.

Cabe aos direitos fundamentais sociais garantir as condições mínimas para o desenvolvimento das aptidões pessoais que permitam uma vida digna e o consequente exercício dos direitos civis e políticos com liberdade, estruturando, assim, uma sociedade justa. Tal noção de justiça social é encontrada na Constituição Federal do Brasil, base referencial das concepções de justiça, notadamente em relação aos compromissos que expressa ou implicitamente foram firmados pelo constituinte para assegurar a igualdade.

Com efeito, a noção de justiça está estreitamente relacionada à de igualdade, pois se entende a primeira como a possibilidade de todos terem acesso a bens e direitos considerados essenciais à sociedade, a igual-

---

1 Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]” “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” “Art. 43. Para efeitos administrativo, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.” (BRASIL, Constituição, 1988, p. 168).

dade é um dos critérios possíveis de distribuição da justiça. Acrescente-se a isso, o fato de que os recursos são escassos e há necessidade de distribuição dos bens de forma a garantir patamares mínimos que assegurem a dignidade humana entre desiguais, conseqüentemente “a igualdade poderá ser um critério de razoabilidade na aplicação da justiça” (FRISCHEISEN, 2007, p. 17).

Dentre os diversos debates que tangenciam as grandes questões do mundo moderno, a igualdade se mantém como um dos temas mais atuais e polêmicos. Pode ser considerada um valor cuja referência é a constatação de que todos os seres humanos são integrantes da mesma comunidade – a humanidade – e, portanto, todos podem ser sujeitos de direitos, independentemente de suas singularidades de qualquer natureza (FRISCHEISEN, 2007, p. 17).

A América Latina, conforme o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, mantém-se como a região do mundo com maior desigualdade de renda, e o Brasil aparece como o quarto país mais desigual da América Latina, apesar das melhorias nesse setor na última década (BRASIL É 4º PAÍS...). Há um grande paradoxo nessa classificação internacional, pois o Brasil é a sétima economia do mundo.<sup>2</sup>

Além de alterações na legislação e de políticas públicas que possam vir a modificar esse quadro, constata-se que o sistema de reforço das desigualdades pode ser interrompido pelo direito, mediante a ativação de mecanismos de correção. Sem embargos, produzem-se desigualdades racionais legitimadas pela ordem jurídica (GIORGI, 2013).

No âmbito jurídico, pode-se falar em igualdade em construção<sup>3</sup> a partir da atuação da administração pública e do Poder Judiciário com a inclusão de todos os integrantes da sociedade como sujeitos de direitos.

---

2 O Banco Mundial classificou o Brasil como a sétima maior economia do mundo num relatório divulgado em 29 de abril de 2014. O estudo considerou o critério de paridade de poder de compra (PPP, na sigla em inglês). O cálculo é tido como a melhor maneira de comparar o tamanho de diferentes economias, por refletir melhor o custo de vida. A metodologia se aproxima mais de uma medida do custo de vida real, por comparar a possibilidade de aquisição de um bem em diferentes economias (Brasil é 7ª maior economia, e China deve passar EUA logo, diz Banco Mundial (UOL ECONOMIA).

3 A expressão “construção da igualdade” é cunhada por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (2007, p. 17).

Nesse aspecto, encontra-se a efetividade das normas constitucionais e legais a partir da jurisdição e da solução de conflitos nas searas administrativa e judicial.

É tarefa das instituições construir e realizar a igualdade (FRISCHEISEN, 2007, p. 15). Disso resulta uma busca constante pela população de direitos sociais por meio da via judicial, podendo tais pleitos serem incluídos no conjunto de processos que acarretam o fenômeno chamado de demandas repetitivas (MORAES, 2012, p. 45). Esse conceito não é um instituto jurídico propriamente dito, mas uma situação de fato materializada em ações judiciais que possuem fatos e fundamentos jurídicos semelhantes e são ajuizadas centenas ou milhares de vezes.

Há uma busca do Judiciário para implementar os direitos fundamentais sociais, o que faz parte da explosão de litigiosidade que tem crescido de forma exponencial nos últimos anos.

Com efeito, na atualidade, o acervo nacional do Poder Judiciário cresceu 10,6% nos últimos quatro anos, alcançando um total de 92,2 milhões de ações em tramitação em 2012. Em 2013, a partir do *Justiça em Números*, constata-se que esse volume chegou a 95 milhões de processos, dos quais 28 milhões são de novos casos. O sistema judicial contemporâneo tem de enfrentar o maior volume de processos de sua história. As taxas de congestionamento só crescem, o que significa dizer que há um número alto de processos pendentes de julgamento. Tal número, no ano de 2012, alcançou a marca de 64 milhões, o correspondente a 69% do total de processos em tramitação, e, no ano de 2013, atingiu os 67 milhões de processos, elevando o referido percentual a 71%.

O crescimento no volume de processos continua a aumentar apesar da melhoria de produtividade dos magistrados, a qual atingiu uma média de 1.564 processos sentenciados por magistrado no ano de 2013 (BRASIL, CNJ, 2014). No último relatório, relativo a 2014, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Brasil atingiu a marca de 100 milhões de processos em tramitação, sendo que o estoque é de 70,8 milhões de processos, acrescido de 28,9 milhões de casos novos (CARDOSO, 2015).

Esse acervo processual gigantesco possui a característica peculiar de englobar em seu conteúdo os chamados *repeat player* (SALLES, 2003, p. 66-67) ou litigantes habituais. Não é possível quantificar com exatidão o nú-

mero de processos em que há presença do Poder Público nesse contexto, mas estima-se que o percentual seja em torno de 51%, o que demonstra uma litigiosidade habitual, sem sombra de dúvida.

Conforme pesquisa do Conselho Nacional de Justiça a respeito dos 100 maiores litigantes no país, o setor público federal lidera em questões de litigância com um total de 38,5%, seguido do setor público estadual com o percentual de 7,8% e o municipal com 5,2%, perfazendo os entes da administração pública um total aproximado de 51,5%. Significa dizer que União, Estados, Municípios, suas autarquias e fundações, três pessoas jurídicas de direito público e 15 pessoas jurídicas da administração indireta, alcançam um maior número de demandas que os demais 80 maiores litigantes do país, incluídos entre esses todo o setor bancário e o de telefonia (BRASIL, CNJ).

As demandas sobre direitos sociais, que têm por fundamento uma ação ou omissão administrativa de alcance geral, são bons exemplos do potencial de multiplicação de demandas, fenômeno em que tem sido posta em cheque a igualdade formal e material e que tem acarretado o ajuizamento de milhares de ações relacionadas à saúde, educação, questões previdenciárias etc. Muitas dessas matérias são, contudo, próprias de políticas públicas e têm sido enfrentadas de forma individual pelo Poder Judiciário, gerando uma espiral de desigualdade no trato de questões de interesse público, reforçando assim, no sistema de justiça, a desigualdade estrutural da sociedade brasileira.

O que se pode afirmar, neste primeiro momento, é que sem direitos sociais para todos, um número crescente de indivíduos irá considerar seus direitos políticos de pouca utilidade ou indignos de atenção (BAUMAN, 2011, p. 22).

Nesse contexto, os questionamentos que este trabalho se propõe a enfrentar são: como o Judiciário e a administração pública podem atuar para não fragmentar a igualdade de acesso aos bens públicos? É possível a construção da igualdade – formal e material – a partir de mecanismos procedimentais e processuais nas searas administrativa e judicial, quando presentes questões atreladas aos direitos fundamentais sociais materializadas em demandas repetitivas? Como construir a igualdade de todos perante a lei de forma justa?

Assim, o escopo desta tese consiste em apresentar instrumentos processuais e procedimentais que possam construir a igualdade formal e material nas demandas repetitivas por direitos sociais. Como premissa básica, tem-se a interdependência entre a seara administrativa e a judicial, a partir de procedimentos administrativos e judiciais que busquem a universalização dos bens públicos.

Busca-se ultrapassar a racionalidade individualista, nascedouro das demandas repetitivas, enfrentando as distorções dos processos administrativo e judicial que acarretam a exclusão das minorias.

Para delinear essas assertivas, este trabalho foi dividido em cinco partes específicas. Na primeira parte, estuda-se a teoria da igualdade nos seguintes aspectos: a função do direito no contexto das desigualdades sociais, a igualdade como valor superior de justiça, como princípio jurídico e o conteúdo da igualdade formal e material.

Na segunda parte, avaliam-se os direitos fundamentais sociais e sua função na diminuição das desigualdades sociais. Como forma de melhor avaliar a atuação do sistema de justiça e como esses dois temas têm-se refletido nas instituições do Estado, mais precisamente na administração pública e no Poder Judiciário, são apresentadas considerações relacionadas ao direito à saúde, ao direito previdenciário e ao fenômeno da postulação repetitiva dos direitos fundamentais sociais.

Na terceira parte, são elaboradas proposições para a construção da igualdade relacionada aos direitos fundamentais sociais na seara extrajudicial, demonstrando a existência das demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração. Quanto ao procedimento, destaca-se a interdependência entre a seara administrativa e a judicial a partir do dever constitucional de transformação da igualdade jurídica em igualdade social, da análise do devido processo legal administrativo prévio, da participação popular, da extensão dos efeitos de decisão favorável e da apresentação de algumas perspectivas de *lege ferenda*.

Na quarta parte, analisa-se o controle da administração pública por meio do Poder Judiciário, jurisdição administrativa, nos seguintes tópicos: sistema de uniformização, processo coletivo e incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC; mínimo existencial e reserva do possível; controle difuso e concentrado das omissões administrativas e legisla-

tivas relacionadas aos direitos fundamentais sociais, a interdependência entre a seara administrativa e a judicial, controle das políticas públicas, orçamento e omissões inconstitucionais; e perspectivas de *lege ferenda*.

A partir daí, ressalta-se a necessidade de serem observadas as preliminares administrativas da lide na seara judicial, ou seja, há impossibilidade de desconsiderar-se toda a elaboração lógica do requerimento, do procedimento e do processo administrativo no momento da judicialização, sob pena de adentrar-se numa espiral de repetição de etapas, deixando de observar as atribuições dos poderes que compõem a complexa estrutura estatal.

Nesse aspecto, torna-se indispensável que o devido processo legal administrativo prévio não se apresente como mera etapa burocrática, mas que seja realizado dentro de uma administração estruturada e por autoridades independentes, significa dizer: que possam transformar a igualdade jurídica em igualdade social.

Quanto ao processo judicial, defende-se, como premissa para assegurar a igualdade formal e a universalização dos bens públicos, a análise das preliminares administrativas da lide e da possibilidade do controle da ação ou omissão de efeitos gerais da administração pública ser realizada por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto, difuso, ou de forma concentrada, resolvendo a questão abstratamente e com efeitos *erga omnes*. Ressalta-se que se deve priorizar a segunda modalidade, com observância dos critérios relacionados ao mínimo existencial e à reserva do possível.

Na quinta parte, é apresentada uma pesquisa realizada no ano de 2015 junto a 171 magistrados brasileiros recém-ingressados no Poder Judiciário, com o objetivo de promover, a partir de questionamentos prévios e reflexões em grupo, proposições relacionadas ao escopo deste trabalho.

Não é objetivo desta pesquisa abarcar toda a realidade social, ou adentrar no campo da política e das escolhas realizadas pela sociedade via participação eleitoral legítima – à exceção da função contramajoritária da justiça no que toca à proteção da dignidade humana –, mas apontar caminhos procedimentais e processuais no espaço de aplicação do direito – administração pública e Poder Judiciário – para a construção da igualdade.

Apesar de o problema da igualdade entre os homens possuir “fronteiras que se perdem nas lindes da metafísica” (PAULINO, 1957, p. 219), cabe ao sistema de justiça construí-la por meio de suas instituições e, para isso, são necessários instrumentos processuais e procedimentais interdependentes. É esse o caminho que este trabalho irá trilhar.

Não se pode pensar com exclusividade na satisfação individual de cada direito fundamental social tão somente pela via judicial; assim, é imperioso buscar mecanismos processuais que sejam manejados a partir da perspectiva da igualdade e que transbordem a seara judicial. Com efeito, os direitos sociais estão intimamente ligados aos princípios da igualdade e da eficiência da administração pública, especialmente no que tange à elaboração das políticas públicas que visam garantir as condições mínimas de existência (TORRES, 2014, p. 19).

Trata-se de um objeto de estudo de profunda complexidade, materializado numa explosão de litígios relacionados aos direitos prestacionais que tem como pano de fundo uma das sociedades mais desiguais do planeta. Necessária, assim, a adoção de premissas não lineares, buscando-se manter o foco no escopo proposto como objeto de estudo. Fugindo de um paradigma simplificador, aceita-se que alguns fenômenos desordenados são necessários, em certas condições, para a produção de fenômenos organizados, os quais contribuem para o crescimento da ordem.<sup>4</sup>

Nessa ampla moldura teórica fundada em um fenômeno social da atualidade, o condutor do pensamento desta tese tem como intuito efetivar a igualdade em realidade, resgatando-a do mundo ficcional jurídico por meio da análise e proposição de instrumentos processuais e procedimentais interdependentes a serem combinados dentro das searas judicial e administrativa.

---

4 “O paradigma simplificador é um paradigma que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. A ordem se reduz a uma lei, um princípio, entretanto, o simples faz parte do complexo. A complexidade da relação ordem/desordem/organização surge, pois, quando se constata empiricamente que fenômenos desordenados são necessários em certas condições, em certos casos, para a produção de fenômenos organizados, os quais contribuem para o crescimento da ordem” (MORIN, 2007, p. 63).

# 1 Da igualdade

É certo que o encerramento do que seja a igualdade em fórmula precisa interessa antes à Filosofia Política, mas não o é menos que os resultados terão influência profunda na inteligência do direito positivo, que se apropriou do vocábulo e o materializou na Constituição Federal (GRAMSTRUP). Ressalva-se, contudo, que não é objetivo deste trabalho examinar o princípio da igualdade com o aprofundamento que resulte em uma teoria pura, mas, sim, contextualizá-lo de forma a desvelar a questão primeira objeto desta tese: a construção da igualdade nas demandas repetitivas relacionadas aos direitos fundamentais sociais.

De acordo com Ricardo Lobo Torres (2003, p. 34), duas ordens diferentes de análise surgem a respeito do tema: igualdade material *versus* igualdade formal e igual-

dade de oportunidades e de resultados e, nas palavras de Daniel Wunder Hachem (2014, p. 113), a da igualdade de oportunidades *versus* igualdade de posições.

A igualdade formal relaciona-se à igualdade perante a lei, enquanto a material sustenta-se a partir da afirmação de que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover igualdade de oportunidades, estabelecendo a elaboração de leis e a implementação de políticas públicas tendentes a extinguir ou diminuir as desigualdades de fato (SILVA, 2007, p. 28).

A igualdade de oportunidades, por sua vez, é um dos sentidos do princípio da igualdade e é sustentada como princípio de nivelação social e deve fundamentar a constitucionalidade e a inconstitucionalidade das discriminações diante da ordem constitucional (MOURA, 2005, p. 22). “Somente com condutas estatais eliminadoras das desigualdades sócio-econômicas e políticas, é que haverá a igualdade de oportunidades, sem o que todo o princípio jurídico formulado com este título não tem materialidade e sustentação justas” (ROCHA, 1990, p. 40). Noutro prisma, “o escopo do modelo de igualdade de posições é o de reduzir as disparidades entre as posições sociais e permitir com isso a maior mobilidade dos indivíduos entre elas” (HACHEM, 2014, p. 112).

Ricardo Lobo Torres faz a distinção entre igualdade de chances ou oportunidades e igualdade de resultados:

A igualdade de chances ou de oportunidades, que é a igualdade na liberdade, informa a idéia de mínimo existencial, que visa a garantir as condições iniciais da liberdade. Pela igualdade de chances garantem-se as condições mínimas para o florescimento da igualdade social, que pode se compaginar até com certa desigualdade final provocada pelo esforço de cada um. No Canadá, o art. 36 da Constituição estabelece que o Parlamento deverá adotar medidas para “a) promover a igualdade de chances de todos os canadenses na procura do seu bem-estar; b) favorecer o desenvolvimento econômico para reduzir a desigualdade de chances. A igualdade de resultados compõe a idéia de justiça. A sua obtenção depende do nível de riqueza do país e da reserva da lei [...] Na França Rosanvallon defende a possibilidade de se transformar a *égalité des chances* em uma *équité des chances*, entendida como o direito igual a tratamento equivalente. A equidade de chances não consiste somente em compensar as desigualdades da

natureza ou as disparidades da fortuna; visa a reordenar os instrumentos necessários à existência; seu objetivo é dar aos indivíduos os meios de fazer face às áleas que não são de ordem classicamente securitária (acontecimentos familiares, problemas pessoais, rupturas profissionais repetidas, etc.) (ROSANVALLON, 1995, p. 10 apud TORRES, 2003, p. 34).

Percebe-se daí que a Constituição Federal incorpora as diferentes modalidades e perspectivas do princípio da igualdade, conforme se verifica na leitura do art. 1º, III, com a adoção da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, tendo entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre e a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, I e III). “Não há dúvidas, pois, que o Estado brasileiro deve assegurar condições iniciais igualitárias a todos os cidadãos, eliminando a pobreza absoluta, (miséria) que constitui obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos” (HACHEN, 2014, p. 112).

Também, neste trabalho, utiliza-se a concepção realista de igualdade, que prega a coexistência da igualdade quanto à essência dos homens com a desigualdade entre eles num contexto social. “Não há como negar esta concepção um conteúdo mais satisfatório, uma vez que entende o homem igual como ser humano, mas diferente nas relações sociais.”<sup>5</sup> Necessárias são, pois, algumas considerações a respeito da função do direito no contexto das desigualdades sociais, o que é apreciado no tópico seguinte.

## 1.1 A função do direito no contexto das desigualdades sociais

O tema relacionado às desigualdades, numa perspectiva mais ampla, leva-nos à informação de que um quarto da humanidade vive na extrema pobreza. “Em torno de um bilhão e meio de homens, mulheres e crianças dispõem apenas de um teto, sobrevive em condições de higiene inacredi-

---

5 Nessa obra, a autora esclarece as concepções nominalistas e idealistas da igualdade, diferenciando-as da realista: a primeira reconhece as desigualdades naturais entre os homens; para a segunda, os homens são essencialmente iguais, sendo que as desigualdades surgem do contexto social (MOURA, 2005, p. 36).

táveis, passa (e até morre de) fome ou ainda sofre de doenças graves que poderiam ser prevenidas e curadas” (KOURILSKY, 2012, p. 3).

Analisando a desigualdade numa perspectiva global, é possível constatar o seu geométrico crescimento (BAUMAN, 2011, p. 26):

Alguns exemplos são suficientes. Se quarenta anos atrás a renda dos 5% mais ricos da população mundial era trinta vezes maior que a dos 5% mais pobres, quinze anos atrás já era sessenta vezes, e em 2002 atingiu um fator de 114 [...].

A Tanzânia produz uma renda anual de US\$ 2,2 bilhões, que divide entre seus 25 milhões de habitantes. O Banco Goldman Sachs ganha US\$ 2,6 bilhões por ano, divididos entre 161 acionistas.

Europa e Estados Unidos gastam US\$ 17 bilhões por ano com comida para animais, enquanto, segundo especialistas, apenas US\$ 19 bilhões seriam necessários para salvar da fome toda a população mundial.

O Brasil aparece como o quarto país mais desigual da América Latina, que se mantém como a região de maior desigualdade do mundo, apesar das melhorias havidas nesse setor na última década. Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Honduras, Bolívia, Colômbia, Brasil e Chile são os países mais desiguais por renda. Já as nações de menor desigualdade são Nicarágua, Argentina, Venezuela, Uruguai, Jamaica e Peru (BRASIL É 4º PAÍS...). De acordo com o estudo, dos 124 milhões de pobres em cidades latino-americanas, mais da metade vive no Brasil (37 milhões) e no México (25 milhões). “A maior parte dos países ocidentais tem índices de pobreza impressionantes quando comparados com o nível de riqueza geral” (KOURILSKY, 2012, p. 31).

É importante contextualizar essas afirmações, pois faz-se necessário entender o tema da desigualdade para além da renda *per capita*<sup>6</sup>; devendo-

---

6 Bauman explicita a importância de uma avaliação mais aprofundada da desigualdade: “Quando se verifica e avalia o estado da sociedade, o que se tende a calcular são os índices ‘médios’ de rendimentos, padrões de vida, saúde etc. Poucas vezes se vê como indicador relevante o grau em que tais índices variam de um segmento da sociedade para outro, assim como a amplitude da brecha entre os segmentos do topo e os da base. Na verdade, o único indicador tratado rotineiramente como medida de bem-estar – e o critério do sucesso ou fracasso das autoridades encarregadas de monitorar e proteger a capacidade da nação de enfrentar desafios, assim como de resolver os problemas com que se confronta do ponto de vista coletivo – é a renda média de seus membros, não o grau de desigualdade das rendas ou a distribuição de riqueza. A mensagem transmitida por tal escolha é que a desigualdade

-se analisá-lo a partir da vulnerabilidade social, da acumulação de perigos e da negação da dignidade (BAUMAN, 2011, p. 31).

O Relatório de Desenvolvimento Humano divulgado em agosto de 2014 pela Organização das Nações Unidas (ONU) informa que o Brasil está abaixo da média da América Latina em educação e expectativa de vida. O estudo das Nações Unidas calcula o índice de desenvolvimento humano dos países com base em indicadores de educação, saúde e renda (PASSARINHO, 2014). De acordo com a ONU, 45 milhões de pessoas da América Latina e do Caribe correm o risco de cair na chamada “pobreza multidimensional”<sup>7</sup>, quando há carência de condições mínimas para a sobrevivência digna, como alimentos e saneamento básico.

A partir de um olhar para a sociedade contemporânea, percebe-se que “o sentimento de desigualdade social é expresso com vigor que se aproxima da violência. Há pressão para a equidade. Frente a isso, a confiança na política está em erosão no mundo” (KOURILSKY, 2012, p. 32).

As questões atreladas às desigualdades angustiam os homens desde sempre e têm sido objeto de investigação nas mais diversas áreas do conhecimento. Têm, inclusive, gerado diferentes visões de mundo que repercutem em organizações sociais e sistemas políticos distintos.<sup>8</sup>

---

não é em si mesma um perigo para a sociedade como um todo, nem uma fonte de problemas que a afetam” (BAUMAN, 2011, p. 3).

7 “O Brasil tem 6,083 milhões de pessoas que vivem em situação de pobreza, segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) 2014. Esse número – que equivale a 3,1% da população do país – abrange indivíduos que, além de não terem renda, vivem sem acesso a educação ou saúde ou condições de vida consideradas decentes (com água, luz e saneamento, por exemplo). Para as Nações Unidas, a pobreza deve ser medida não apenas de acordo com a renda, mas com as privações que os indivíduos enfrentam para ter qualidade de vida. Por isso, o relatório traz desde 2010 o chamado Índice de Pobreza Multidimensional (IPM). Por ele, é classificado como pobre qualquer indivíduo privado de pelo menos três de um total de 10 indicadores considerados importantes para se ter qualidade de vida: nutrição, baixa mortalidade infantil, anos de escolaridade, crianças matriculadas em escolas, energia para cozinhar, saneamento, água, eletricidade, moradia digna e renda. E quanto maior o número de indicadores, mais grave é a situação. Por esses critérios, 1,5 bilhão de pessoas em 99 países vivem em situação de pobreza hoje. O número é ainda maior do que o grupo de 1,2 bilhão de pessoas que vivem com US\$1,25 ou menos por dia, que é a linha internacional de pobreza. De acordo com o relatório, Níger é o país com maior proporção de pessoas em pobreza multidimensional, com 89% da população nessas condições. No caso brasileiro, quando se considera a proporção de pessoas em situação de pobreza grave (com privação em pelo menos 5 dos 10 indicadores), 0,5% da população, ou quase 1 milhão de indivíduos são afetados. No entanto, mais de 14 milhões de pessoas (7,4% do total) se encontram numa situação vulnerável, ou seja, sofrem até três privações” (BECK; VALENTE).

8 Estudos relacionados à estrutura, estratificação e desigualdades sociais, por exemplo, são “ob-

Filósofos, economistas, sociólogos e juristas têm-se debruçado sobre o tema, que muitas vezes transcende a força da razão, não obstante cada povo tenha procurado a solução que melhor lhe parece.<sup>9</sup>

No dizer de Maria Tereza Sadek, a concepção moderna de igualdade nasce com o indivíduo – um ser livre e igual –, mas seu significado e conteúdo é variável historicamente em cada realidade social. “Para cada momento histórico e para cada país, determinadas desigualdades passam a ser consideradas inadmissíveis, incorporando-se, em consequência, tais traços à concepção de igualdade” (SADEK, 2007, p. XIV).

O sistema jurídico distingue igualdade-desigualdade<sup>10</sup> como operação interna, espelhando o fato de que as condições da igualdade são, ao mesmo tempo, condições da desigualdade, isto é, no direito há igualdade porque existe desigualdade (GIORGI, 2013, p. 19).

Enquanto o princípio ideal da igualdade posta-se no plano moral e espiritual e abriga-se mais na área da filosofia do que do direito, o princípio jurídico põe-se no âmbito do sistema normativo da sociedade estatal e é nesta seara que busca o seu continente e seu conteúdo (ROCHA, 1990, p. 13).

O princípio da igualdade, assim, busca um tratamento, igual ou desigual, que permita a todos a oportunidade para poderem se equi-

---

reto de análise da Sociologia desde os clássicos (Durkheim, 1999; Marx, 1964; Weber, 1977)” (DUARTE, 2003, p. 32).

9 Alguns exemplos dos pensadores das diversas ciências que enfrentaram o conceito de igualdade: “Filósofos como PLATÃO, LOCKE E ROSSEAU não fizeram senão, ao arquitetar seu sistema, demonstrar-lhe a irrealidade [...]. Os economistas também não chegaram a resultados diferentes. PROUDHON, MARX e KROPOTKIN, representantes máximos do anarco-socialismo, idearam os seus sistemas sem jamais colocá-los em prática [...]. Os sociólogos, a sua vez, tudo fizeram para resolver o torturante problema. COMTE e SPENCER, em campos opostos, esgotaram o seu gênio idealizador, sem outras consequências [...]. E, por fim, os juristas como BENTHAM e BLACKSTONE, utilitaristas e objetivistas, JHERING e JELLINEK, racionalistas e subjetivistas, DUGUIT e KORKOUNOV, empíricos e solidários, e KELSEN e MIRKINE, normativos e tecnicistas, não percorreram outros caminhos” (PAULINO, 1957, p. 218-219).

10 “Na forma igualdade-desigualdade se demarca o espaço da desigualdade. Desigualdade denominada espaço de tensão, no lugar do problema do qual se deve posteriormente ocupar a comunicação social. A igualdade permanece não assinalada. Seu valor se compreende por si, se explica por si. Pense na fórmula constitucional: igualdade, assim como dignidade, é o espaço da razão. A igualdade é somente o valor de reflexão para a contingência da desigualdade. No direito o paradoxo se manifesta; existe ademais a proibição da desigualdade: em outros termos, existe a obrigação, uma vez atravessado o limite, de regressar, enriquecendo, assim, a forma” (GIORGI, 2013, p. 24).

parar (MOURA, 2005, p. 41). É na igualdade fundada nas desigualdades humanas virtuais e justas, que reconhece a dignidade humana como essência igualizadora de todos os homens, que se elabora o direito (ROCHA, 1990, p. 45).

Nesse contexto, não se pode confundir pluralidade social com desigualdade social, pois se trata de conceitos absolutamente distintos. O primeiro diz respeito às próprias diferenças entre os homens e suas escolhas, as quais fazem a teia social ter suas peculiaridades existenciais e que devem ser respeitadas e protegidas pelo direito. O segundo está atrelado às condições de dignidade do ser humano que vive em sociedade.

Há uma dificuldade subjacente à compreensão da igualdade, visto que existe sempre um risco de se desconsiderarem os níveis singulares da sociedade estratificada e de se ativarem processos de generalização.

Raffale de Giorgi expressa bem a complexidade do tema ao observar que o consenso social se dissolve quando se questiona o que seria mais oportuno: a igualdade de chances ou a igualdade de trato, a igualdade de distribuição ou sua desigual distribuição com base nas desigualdades, para se verificar quão difícil é a manutenção de um consenso (GIORGI, 2013, p. 23).

Nas observações do autor, encontra-se a definição do modelo jurídico de igualdade a partir da razão positivada, que deveria, em tese, oportunizar a possibilidade de ascensão social a todos os integrantes da sociedade:

Um modelo jurídico de igualdade estava contido, de modos diversos, já no direito natural e no direito da razão; e, no fato, natureza e razão, na forma da necessidade, expressando, ao nível mais alto, a ideia de igualdade. Além disso, posteriormente há outro motivo que explica o êxito deste princípio. Esse motivo é encontrado na nova formulação jusnaturalista do problema: como é possível a ordem social. A solução do problema que parecia mais plausível e que teve muito êxito foi aquela que usando a metáfora do contrato, descrevia a sociedade inteira como igualdade das partes não excluía a desigualdade das prestações e das consequências do contrato. Montesquieu, por exemplo, afirmou que os homens nascem em igualdade, porém não sabem conservá-la: a sociedade faz referida igualdade perder-se e posteriormente pode ser recuperada somente através da lei. O direito, portanto, enquanto razão positivada, deveria conter con-

dições de igualdade: condições de acessibilidade geral da ação; requisitos gerais de auto-representação individual: em outros termos, o direito deveria conter as mesmas condições de possibilidade de ascensão social (GIORGI, 2013, p. 11-12).

A distinção igualdade-desigualdade inicia sua história política e social na segunda metade do século XVII e a conclui na segunda metade do século XIX. A semântica que se sedimenta em torno dessa distinção, sem embargo, chega a dimensões gerais somente no século XVIII, uma vez que a formulação jurídica da distinção afirma-se com o resultado das hierarquias de estratificação social (IDEM).

Hoje, entretanto, não se pode conceituar a sociedade como uma sociedade meramente estratificada por classes com possibilidade de ascensão social, mas sim constatar a existência de múltiplos conceitos que descrevem novas formas de estratificação social, tanto vertical como horizontal, sujeitas a questões complexas em que pende o eixo da igualdade/desigualdade. O direito surge, nesse contexto, como uma luta da sociedade contra si mesma (IDEM, p. 26), ao buscar, conforme Rawls (1995, p. 22), uma sociedade justa que impeça que o desigual resulte mais desigual com base num acordo entre os seres humanos que a compõem.

Nesse sentido:

Numa análise sociológica que utiliza os instrumentos conceituais que se propõem a observar a sociedade moderna como sistema de desigualdades e determinar mecanismos que impedem a superação da estratificação social, isto é, a eliminação das desigualdades. Para os teóricos moralistas da sociedade justa, em contrapartida, a tarefa é mais fácil porque dispõem de princípios de origem controlados, como as categorias transcendentais. [...]. Para estes moralistas pós-kantianos, a sociedade é justa se chega a impedir – com base em acordos entre as partes – que o que é desigual resulte mais desigual (GIORGI, 2013, p. 22).

A partir dessa exposição, é possível concluir, num primeiro momento, que o mecanismo de reforço das desigualdades pode ser interrompido pelo direito mediante a ativação de mecanismos de correção. Desse modo, sem embargos, são produzidas desigualdades racionais legitimadas pela ordem jurídica. As desigualdades oriundas da intervenção de

compensações do direito podem ser tratadas somente por intermédio do direito. Não é difícil, então, entender por que a forma da igualdade permite somente motivar um contínuo protesto da sociedade contra a diferença funcional dos sistemas sociais (GIORGI, 2013, p. 26).

A partir dessa perspectiva, a doutrina aponta para uma dupla visão da igualdade: a material e a formal. A primeira, denominada igualdade material ou substantiva, é aquela que assegura o tratamento uniforme a todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva para todos em relação a todos os bens da existência. Traz em si uma forte carga idealista e humanitária, entretanto, não tem logrado êxito no decorrer da história.<sup>11</sup> A segunda trata da previsão materializada no ordenamento jurídico por meio da igualdade perante a lei.

O que se pretende é que a igualdade perante a lei signifique igualdade por meio da lei, quer dizer que a lei se transforme em um instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento de relações justas e equilibradas entre as pessoas na sociedade (ROCHA, 1990, p. 39).

Raffale de Giorgi apresenta severa crítica à negativa do paradoxo que afasta, na fórmula da igualdade formal, a desigualdade material:

A coexistência das partes do esquema, igualdade e desigualdade, não é vista como um paradoxo, senão que é ocultada mediante a fórmula da igualdade formal e material, que era possível graças ao recurso do direito. Igualdade formal é a idéia da razão que se expressa no direito, a desigualdade material é uma condição de fato, que é determinada por outras contradições de fato, as quais podem ser negadas, isto é, superadas (GIORGI, 2013, p. 12).

Pode-se afirmar que a função do direito na diminuição das desigualdades sociais e na promoção do bem de todos (BRASIL, CF, 1988, art. 3º), sem preconceitos, depende da própria implementação das normas legais, ou seja, a igualdade não ocorre somente perante a lei (BRASIL, CF, 1988,

---

11 Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, “no campo político-ideológico, a manifestação mais acendrada deste tipo de igualdade foi traduzida no ideário comunista, que procura ainda tradução na realidade empírica, na vida das chamadas democracias populares. Ainda aqui, entretanto, a procura da igualdade material não foi de modo a eliminar as efetivas desigualdades existentes na vida das sociedades sujeitas a tal regime” (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 5)

art. 5º), mas é construída pela lei (FRISCHEISEN, 2007, p. 19). A igualdade faz-se direito não apenas no tocante a não ser contrariada por alguma norma, mas no de ser uma

obrigação que vincula o governante em suas condutas públicas no sentido de igualar, por uma facção jurídica, as condições de vida para que cada qual possa buscar o seu desenvolvimento pessoal em consonância com as peculiaridades, a sua forma singular e única de ser (ROCHA, 1990, p. 14).

Nesse sentido, Maria Tereza Sadek (2007, p. 15) expõe que

a garantia de acesso ao sistema de justiça representa a possibilidade concreta de transformação da igualdade jurídica em algo real. Efetivamente, o rol de direitos constitutivos da igualdade depende para sua efetivação da existência e da atuação das instituições que compõem o sistema de justiça.

Apesar de o problema da igualdade entre os homens possuir “fronteiras que se perdem nas lindes da metafísica” (PAULINO, 1957, p. 219), cabe ao sistema de justiça construí-la por meio das suas instituições, sendo este último aspecto o caminho que este trabalho irá percorrer. Para iniciá-lo, passa-se a analisar com maior profundidade a igualdade sob três aspectos distintos vinculados à seara do direito: como valor de justiça, como princípio jurídico e, finalmente, a delimitação de seus aspectos formal e material.

## 1.2 Da igualdade como valor superior de justiça

O conteúdo da igualdade no direito é arte humana, por isso, tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o princípio da igualdade da ideia de justiça em que a sociedade acredita na pauta histórica do tempo (ROCHA, 1990, p. 28).

Vários pensamentos têm sido traçados para a compreensão da ideia de igualdade no decorrer da história, com a observância de se tratar de um princípio relacional que pressupõe a diversidade.<sup>12</sup>

---

12 Rosseau distinguia as desigualdades morais e políticas das naturais ou físicas, sendo que aquelas, segundo o autor, dependem de uma espécie de convenção e são autorizadas pelo consentimento dos homens. Estas consistem em vários privilégios de que gozam alguns em detrimento e prejuízo de outros, como serem mais ricos, mais poderosos ou ainda por fazerem-se obedecer (ROUSSEAU, 1973, p. 241).

[...] Os sofistas e os estóicos haviam considerado todos os homens iguais, limitando, sem embargo, a igualdade ao pertencimento de gênero. Platão e Aristóteles se haviam preocupado de determinar as formas da desigualdade social, em particular, aquelas políticas e jurídicas. O cristianismo primeiro fixa a igualdade dos homens perante Deus, enquanto seus filhos, e estabelece que a história universal seria concluída com uma sociedade de iguais; os teólogos medievais explicaram com o pecado original as desigualdades que observavam em sua sociedade: *disparita e diversitas* estavam já presentes no ato da criação. A desigualdade estava na natureza, especialmente na humana; a igualdade se funda na divina bondade, pela qual permanecia aberto um largo âmbito de discricionariedade no tratamento que Deus poderia reservar aos homens. Encontraram-se por isso numerosos referentes de igualdade, os quais não deveriam criar problemas à legítima desigualdade [...] (GIORGI, 2013, p. 13).

A trajetória da evolução da ideia de igualdade na consciência ocidental apresenta-se registrada desde os pensadores da Grécia Clássica, como Sólon, Péricles, Platão e Aristóteles, passando pela Roma Antiga de Cícero e Ulpiano. Segue a doutrina de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, o período Medieval e Renascentista, a concepção jusnaturalista até o pensamento dos contratualistas, chegando às portas do movimento constitucionalista moderno do século XVIII e dos revolucionários do século XIX.<sup>13</sup>

Todos os textos que serviram como base para a criação da filosofia política liberal colocam a liberdade no topo dos direitos fundamentais e, em diversos níveis, a associam à igualdade e à dignidade, como se observa no art. 1º da Declaração de 1789: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.” Essa liberdade tem seus limites mencionados nos arts. 4º e 6º da Declaração de 1789:

A liberdade consiste em fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites, senão aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade a usufruir dos mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei.

Na visão de Castro (1983, p. 35), com o ideário francês revolucionário, nascia, no plano jurídico-positivo, o poderoso instrumento de reação con-

---

13 Segundo a autora, “a evolução do conceito de igualdade no pensamento ocidental é examinada por Faria (1973), Albuquerque (1993), Torres (1995) e Taborna (1998)” (DUARTE, 2003, p. 33).

tra os privilégios pessoais e a hierarquização das classes sociais, que se manifestavam desde a Antiguidade até o Renascimento, ao mesmo tempo em que surgia também a fonte inesgotável de argumentos para o ideário igualitarista, que, após a segunda metade do século XIX, incendiou o pensamento político-econômico:

Paradoxalmente, porém, o avanço dos movimentos em prol da diminuição das injustiças sociais fez resultar o conflito, até hoje não resolvido entre a limitada noção de igualdade jurídica, que, de acordo com sua origem liberal francesa, preconiza não mais ou pouco mais que a abolição dos privilégios pessoais e o desejo de igualdade real, isto é, de igualdade de fato entre os homens no meio social, conflito esse que passou a constituir tormento de todo regime político (CASTRO, 1983, p. 35-36).

Os fatos demonstram que o valor da igualdade em muito se limitou à retórica de princípios liberais.

Com pouca força para forjar uma sociedade mais humana e solidária, inspirada por esses valores universalmente reconhecidos, prestam-se mais como forma de conservação de uma sociedade de raízes liberais, onde, embora “haja muita previsão legal, há muito pouco espaço para concretização” (FARIA, 1994, p. 19 apud DUARTE, 2003, p. 27).

Trabalhar o princípio da igualdade<sup>14</sup> numa sociedade plural é deveras complexo, pois há a dificuldade, no mundo moderno, de configurar uma ideia substantiva acerca desse bem que venha a ser partilhada por todos<sup>15</sup>. Entretanto, não há dúvida de que o debate da justiça igualitária adentra inevitavelmente no mundo do direito (CITTADINO, 2004, p. 1).

A noção de igualdade ligada à justiça nasceu entre os gregos:

Foi também entre os gregos (Pitágoras) que nasceu a noção de que igualdade é justiça. Para eles, a harmonia e regularidade do universo, conce-

14 “Bobbio afirma que ao falamos de igualdade temos que responder a duas perguntas: a) igualdade entre quem? e b) igualdade com relação a que coisas? Já Amartya Sen indaga: Por que a igualdade? Que igualdade? As respostas parecem depender de pactos sociais que são realizados em determinada sociedade e ainda da resposta a uma outra pergunta: quanto de desigualdade uma sociedade pode suportar ou aceitar?” (BOBBIO, 2000, p. 298-299 apud FRISCHEISEN, 2007, p. 12-13; SEN, 2001).

15 “O pluralismo é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas. Quando Jürgen Habermas descreve a ‘moralidade pós-convencional’ ou quando Claude Lefort menciona a dissolução dos ‘marcos de referência da certeza’, ambos se referem ao fato de que no mundo moderno já não é possível configurar uma ideia substantiva acerca do bem a ser compartilhada por todos” (CITTADINO, 2004, p. 1).

bida como kosmos (totalidade ordenada), se traduz na esfera humana em uma correlação de condutas, e a justiça (dikê) se caracteriza como uma relação de igualdade entre dois termos, como, por exemplo, uma injúria e sua reparação. Havendo um desequilíbrio no kosmos, é tarefa da justiça reintroduzi-lo. Esta idéia repassa todo o pensamento grego, até sua mais completa e última formulação com Aristóteles, na “Ética a Nicômaco”, que identifica a justiça como uma “virtude completa” e social, um meio-termo entre o muito e o pouco (TABORNA, 1998, p. 244).

A justiça, conforme Rawls, é a primeira virtude das instituições sociais e uma sociedade justa depende essencialmente de como se atribuem os direitos e os deveres fundamentais, das oportunidades econômicas e das condições sociais nos diversos setores da sociedade<sup>16</sup>. Portanto, uma concepção de justiça social deve ser considerada como aquela que proporciona, em primeira instância, uma pauta pela qual possam evoluir os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1995, p. 22).

Rawls (1995, p. 68) desenvolve um critério de justiça na desigualdade que é o assumido pela equidade: o tratamento desigual é justo quando é em benefício do indivíduo carente. Essa afirmação remete ao conceito da construção da igualdade material a partir do tratamento diferenciado dos seres humanos, assegurando-lhes dignidade para que possam participar das escolhas da sociedade num patamar igualitário.

É no sentido exposto por Rawls que se pode imaginar uma sociedade fundada na distribuição igualitária de bens, ou na igualdade de oportunidades para o pleno exercício dos direitos individuais e sociais, visando não a uma sociedade igualitária, mas a uma sociedade justa, na qual todos os cidadãos tenham reais possibilidades de desenvolvimento de suas aptidões individuais e coletivas, o que parece já se situar no campo da li-

---

16 Conforme Rawls: “Há um conceito intuitivo de que a estrutura social contém várias posições sociais e que os homens nascidos em posições sociais diferentes têm diferentes expectativas de vida, determinada, em parte, tanto pelo sistema político como pelas circunstâncias econômicas e sociais. Deste modo as instituições de uma sociedade favorecem certas posições iniciais frente a outras. Estas são desigualdades especialmente profundas. Não são somente onipresentes, senão que afetam os homens em suas próprias oportunidades iniciais em sua vida, e, sem embargo, não podem ser justificadas apelando a noções de mérito ou demérito. São estas desigualdades da estrutura básica de toda sociedade, provavelmente inevitáveis, às quais devem ser aplicados em primeira instância os princípios de justiça social” (RAWLS, 1995, p. 17-21).

berdade, ou melhor, da liberdade de cada pessoa escolher o seu caminho (FRISCHEISEN, 2007, p. 15).

Para Ricardo Lobo Torres, citando John Rawls, o princípio da igualdade inter-relaciona-se com diversos princípios e lhes dá conteúdo:

[...] porque o princípio da igualdade é vazio, recebendo o conteúdo emanado de diversos valores e harmonizando-lhes as comparações intersubjetivas. A igualdade é tema fundamental do constitucionalismo e penetra, como medida, proporção ou razoabilidade, em todos os valores e princípios, dando-lhes a unidade. Participa, portanto, das idéias de justiça, segurança e liberdade, sendo que, no concernente a esta última, aparece tanto na liberdade negativa, quanto na liberdade positiva, como condição da liberdade, a assegurar a todos a igualdade de chance (= liberdade para ou real). Na mais importante das formulações da igualdade do direito hodierna, John Rawls coloca-se na mesma equação com a liberdade, a justiça, a segurança, expressa nos seguintes princípios: primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual a mais ampla liberdade básica compatível com a liberdade similar dos outros; segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser combinadas de forma que ambas (a) correspondam à expectativa razoável de que trarão vantagens para todos e (b) que sejam ligadas a posições e órgãos abertos a todos (TORRES, 1995, p. 260-261).

A noção de justiça está estreitamente relacionada à de igualdade, pois se entende a primeira como a possibilidade de todos terem acesso a bens e direitos considerados essenciais em uma determinada sociedade, a igualdade é um dos critérios possíveis de distribuição de justiça. Por outro lado, se se delimitar a noção de justiça à resolução de conflitos levados ao sistema estatal – contencioso, administrativo ou judicial –, a igualdade poderá ser um critério para aplicação das normas aos casos concretos (FRISCHEISEN, 2007, p. 16).

Acrescente-se a isso o fato de que, numa sociedade em que os recursos são escassos e há necessidade de distribuição dos bens públicos de forma a garantir patamares mínimos de dignidade humana entre desiguais, “a igualdade poderá ser um critério de razoabilidade na aplicação da justiça, pois a casos semelhantes deverá ser aplicada a mesma solução” (FRISCHEISEN, 2007, p. 17), devendo ser resguardadas as discriminações necessárias para igualar aqueles que, pela própria natureza ou contexto social, possuam menos oportunidades de desenvolvimen-

to. Nesse contexto, os direitos fundamentais sociais alcançam relevância extremada, gerando a possibilidade de facilitar a construção da igualdade material.

No instante em que se identificam como justiça a liberdade e a igualdade, percebe-se que permitir as mesmas condições de vivência digna e de possibilidades concretizáveis numa sociedade a todos os seres humanos é razão suficiente para que todo Estado que se adjective democrático tenha como fundamento o princípio da igualdade (MOURA, 2005, p. 31).

Aqui cabe uma digressão a respeito da justiça distributiva, inspirada na obra de John Rawls, no sentido de que o “sistema social deve se estruturar de maneira que a distribuição resultante seja justa, ocorra o que ocorra.” Para tal, é necessário estabelecer o processo econômico e social em meio a instituições políticas legais apropriadas:

Em primeiro lugar, suponha que a estrutura básica está regulada por uma constituição justa que assegura as liberdades de uma cidadania igual [...]. O processo político se conduz, a partir de um procedimento justo, para eleger entre vários governos e para promulgar uma legislação justa. Creio também que haja uma justa igualdade de oportunidades (não somente uma igualdade formal). Isto significa que, além de manter os tipos habituais de capital social geral, o governo pretende assegurar iguais oportunidades de conhecimento e cultura [...]. Finalmente, o governo garante um mínimo social, por meio de concessões e subsídios especiais, por enfermidade e desemprego [...] (RAWLS, 1995, p. 257).

Um sistema puro de competição não toma em consideração as necessidades e, portanto, não pode ser o único meio de distribuição. Porém, uma vez que se obtém um mínimo adequado mediante equitativas transferências, pode ser perfeitamente justo que o resto da renda se determine pelo sistema de competição (IDEM, p. 258). Assim, uma doutrina de economia política deve incluir uma interpretação do bem público baseada em uma concepção de justiça (IDEM, p. 244)

A justa igualdade, portanto, significa um conjunto de instituições que assegura a igualdade de oportunidade de acesso à educação, à saúde, à justiça, à cultura de pessoas similarmente capacitadas e ao pleno emprego. São essas instituições que se põem a perigo quando as desigualdades de riquezas passam de um certo limite. Por outro lado, a liberdade políti-

ca tende a perder seu valor e o governo representativo se converte em um governo somente de aparência (RAWLS, 1995, p. 260).

A concepção geral de justiça distributiva, segundo Rawls, compreende que todos os bens sociais primários – liberdade, igualdade de oportunidades, renda, riqueza e bases do respeito mútuo – devem ser distribuídos de um modo igual, a menos que uma distribuição desigual de um ou de todos esses bens redunde em um benefício aos menos favorecidos (IDEM, p. 281).

Conforme Rawls, no foro público, é essencial que os seres humanos percebam uma justiça igual:

No foro público, cada pessoa é tratada com respeito devido a um soberano igual; e todos têm os mesmos direitos básicos que se admitiriam em uma situação inicial considerada justa [...]. A idéia de que a felicidade se concede atrelada à virtude é rechaçada como princípio de distribuição. E o mesmo sucede com o princípio de perfeição: qualquer que sejam as excelências que as pessoas ou associações manifestem, seus direitos aos recursos sociais se adjudicam sempre pelos princípios da justiça mútua. Por estas razões, os menos afortunados não têm motivo para considerarem-se inferiores, e os princípios públicos geralmente aceitos confirmam essa segurança. As disparidades entre estes e os demais, tanto absolutas como relativas, serão para eles mais fáceis de aceitar que em outras formas de comunidade [...]. Ainda em uma teoria o princípio da diferença permite desigualdades indefinidamente grandes, a difusão dos ingressos e da riqueza não será excessiva na prática, dada as instituições de fundo requeridas. Ademais, a pluralidade de associações em uma sociedade bem ordenada, com sua própria vida interna segura, tende a reduzir a visibilidade ou, ao menos, a visibilidade dolorosa das variações em perspectiva dos homens [...]. Esta ignorância das diferenças em riquezas e em recursos resulta mais fácil pelo fato de que, quando os cidadãos se encontram uns com os outros, como têm que encontrar-se pelo menos nos assuntos públicos, se reconheçam os princípios da justiça igual (RAWLS, 1995, p. 484-485).

John Rawls, na obra *Liberalismo político*, faz a distinção que assegura, apesar das diferenças, o mínimo existencial, destacando-o como elemento constitucional essencial pelo qual se deve garantir o conjunto das necessidades básicas do indivíduo.

A questão do mínimo existencial que assegura a igualdade material é analisada quando se dá a apreciação da judicialização das políticas públicas no capítulo 4 deste trabalho. Neste momento, deve ficar consignado

que há absoluta impossibilidade de se falar em igualdade sem que sejam asseguradas parcelas mínimas vinculadas à dignidade humana.

A igualdade como valor de justiça deve ser resguardada pelo direito como perspectiva de legitimação do próprio Estado democrático e isso se configura em garantir a dignidade dos seres humanos que o compõem para que possam livremente participar da vida em sociedade.

### 1.3 Igualdade como princípio jurídico

No direito constitucional brasileiro, o princípio da igualdade<sup>17</sup> foi sempre fundamental para a própria legitimidade do Estado de Direito e sua difícil conceituação tem feito com que ele seja confundido com seus próprios valores: ora a justiça, ora a liberdade. Segue-se daí que inúmeras podem ser as classificações da igualdade. Consta-se que, apesar de sua profunda importância, este princípio jurídico permanece um dos temas que mais oferece dificuldades de compreensão para os juristas e filósofos do direito (TORRES, 2003, p. 260-261).

Para Robert Alexy, princípios são razões para juízos concretos de dever-ser (ALEXY, 2012, p. 87) e consistem em elemento axiomático que constitui a base formal e material da construção normativa de um povo (ROCHA, 1990, p. 19). Os princípios são, pois, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2012, p. 90). Podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos, pois não é conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual (IDEM, p. 116).

Em Dworkin, entretanto, os princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para serem usufruídos direitos individuais, pois, quando se está diante de um interesse coletivo, a denominação por ele considerada é política (DWORKIN, 1978, p. 82 e 90 apud ALEXY, 2012, p. 119).

---

17 Conforme Patrícia Moura: “Percebe-se que, além de uma conotação individualista de igualdade de tratamento, o princípio da igualdade busca, como os direitos sociais, uma igualização dos homens num contexto social, pois se vive num mundo de diferenciações flagrantes: as discriminações” (MOURA, 2005, p. 72)

Preferiu-se adotar, neste texto, o posicionamento de Robert Alexy por entender-se que a delimitação de um princípio ao direito individual acaba por restringir a carga axiológica que este mandamento de otimização tem a função de resguardar.

Conforme já exposto, a ideia de igualdade jurídica foi inserida no art. 1º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Depois da Revolução Francesa, consagrou-se o ideal de igualdade nas constituições modernas (DUARTE, 2003, p. 33). Atualmente o princípio da igualdade representa a estrutura de todos os ramos do direito e está previsto nos tratados internacionais, na Constituição e nas normas infraconstitucionais.

Embora na França tenham sido reconhecidos os direitos fundamentais do homem – especialmente o da igualdade, reiterado em inúmeros diplomas constitucionais, inclusive por nossa Carta de 1988 –, o fosso entre a idealização da norma e a concretização de seus valores ainda está em fase de superação (IDEM, p. 17).

Constam na Constituição Federal de 1988 vários dispositivos fundados nesse princípio: o art. 3º, incs. III e IV; o art. 5º, *caput*, incs. I e XLI; o art. 7º, incs. XXX e XXXI, o art. 170, incs. VII, o art. 193 e o art. 206, incs. I. Merecem especial destaque o conteúdo do art. 5º, *caput*, “que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade” e o art. 3º, que preceitua a “diminuição das desigualdades sociais”, consenso mínimo que se encontra fora da discricionariedade política, vinculando todos os poderes do Estado.

Por meio da leitura da Constituição Federal, percebe-se claramente que o princípio da igualdade foi adotado integralmente sob seu duplo aspecto: formal e material. Assim, esse princípio é informador de toda a ordem jurídica e deve ser considerado um princípio de justiça social (CANOTILHO, 1998, p. 420-423), pois permite, numa análise conjunta com os demais princípios fundamentais, a diferenciação de alguns grupos, para que sejam não apenas formal, mas materialmente iguais (MOURA, 2005, p. 77).

Raffale de Giorgi, reportando-se a Kant, descreve que a igualdade deve ser o princípio supremo:

Kant havia descrito que a única constituição que deriva da idéia de contrato originário, sobre o qual a legislação de cada povo deve fundar-se, é aquela que se funda na lei da igualdade entre todos (os cidadãos); e assim, precisamente no pronunciamento da sentença, a igualdade deve ser o princípio supremo. Nas constituições modernas a idéia kantiana vem expressa pelo princípio: todos são iguais perante a lei, e pelo princípio: a lei é igual para todos (GIORGI, 2013, p. 14).

Pelo princípio da igualdade, todos os indivíduos devem receber tratamento igual.<sup>18</sup> Resta implícita, nesse conceito, a noção de que todos os indivíduos são iguais, têm os mesmos direitos e, portanto, merecem o mesmo tratamento. Trata-se de um princípio baseado em direitos adquiridos pela participação na coletividade, os direitos de cidadania.<sup>19</sup>

Não se pode confundir, entretanto, o princípio constitucional da igualdade com a homogeneidade da sociedade, conforme exposto por Marcelo Neves:

Essa confusão relaciona-se com uma postura simplificadora em relação à caracterização da sociedade moderna e democrática. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social é que são pressupostas na emergência e concretização do princípio jurídico-político da igualdade. A “homogeneidade estratificada” pré-moderna é incompatível com o princípio da

---

18 “Ações apenas existem como práticas sociais, mas que também respondem a valores morais que o intérprete não pode deixar de ponderar em uma dimensão interna, é dizer, como o faria o pároco ou o sociólogo; valores morais, que, inclusive, podem modificar o sentido das regras, pois estas se encontram a serviço daquelas e não o inverso. A atitude interpretativa está, para Dworkin, comprometida valorativamente com as instituições sociais das quais se ocupa e daí que, paradoxalmente (e talvez, nem tanto), o respeito pelo Direito não se resolve primariamente em um respeito à lei, mas sim em um acatamento aos princípios que estão por detrás dos conjuntos de instituições” (SANCHIS, 1992, p. 88)

19 Sérgio Víctor Tamer esclarece: “Relembre-se na esteira de diversos autores que o ressurgimento dos direitos sociais começou com o desenvolvimento da educação primária pública, mas não foi senão no século 20 que eles atingiram um plano de igualdade com os outros elementos da cidadania. Marshall foi um dos primeiros teóricos a desenvolver a idéia de que, ao lado dos direitos civis e políticos, seria imprescindível o desfrute dos direitos sociais, base da cidadania. Conceituou o elemento social como sendo referente a tudo o que vai desde o direito a um mínimo bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. Antes dele, Rousseau assinalou a importância daquilo que chamou de ‘liberdade moral’, isto é, a igualdade básica de posição e prestígio moral e civil seguido de uma igualdade básica em provisões materiais, o suficiente para garantir um meio de vida. Na Alemanha, a partir da Revolução Francesa, passou-se a exigir que o governo fizesse valer não apenas a justiça ‘formal’ mas também a justiça ‘substantiva’ ou, em outras palavras, justiça ‘distributiva e social’.” (TAMER, 2005, p. 162)

igualdade. A diversidade de valores, interesses, crenças e etnias o espaço social e político tornam possível a implantação do princípio da igualdade. Diante das diferenças, pode-se assumir um modelo autocrático, seja este autoritário ou totalitário, desconhecendo-se e reprimindo-se a heterogeneidade e pluralidade da sociedade. Mas há também a alternativa de reconhecer e incorporar as diferenças sem privilégios. Nesse sentido, o princípio da igualdade só se realiza enquanto viabiliza nas diversas esferas autônomas de comunicação o respeito recíproco e simétrico das diferenças (NEVES, 2006, p. 167).

O conteúdo do direito à igualdade compõe o da isonomia jurídica, ou seja, o direito de ver a lei ser aplicada de forma igual a situações semelhantes, bem como vincula o legislador a criar a lei de forma igual para todos aqueles que estejam na mesma situação. Além disso, a isonomia preceitua que “sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais” (MELLO, 1994, p. 35).

Na atualidade, a isonomia ganhou contornos novos, “quer-se a igualdade social, econômica, política, realizada segundo o Direito. O Direito que iguala para dignificar o Homem e traduzir a Justiça material, que se pretende realizar” (ROCHA, 1990, p. 14). Restam dois sentidos para o princípio da igualdade, um negativo e outro positivo. O primeiro veda privilégios e discriminações e o segundo obriga um nivelamento igual quando existirem desigualdades (MIRANDA, 2000, p. 239-240).

A doutrina contemporânea dos princípios<sup>20</sup>, embora persiga os mesmos objetivos da doutrina tradicional, vai mais além, estendendo-os ao legislador e, em geral, aos órgãos de produção normativa. Daí a importância dos princípios constitucionais, que são convocados para cercear a discricionariedade do legislador e do administrador.

Na concepção sistêmica de Luhmann (LUHMANN apud NEVES, 2006, p. 169), o princípio da igualdade, na sua dimensão jurídica, “exige que os casos sejam tratados igualmente”; em sua utilização política, exige “que

---

20 As normas são gênero, sendo espécies os princípios e as regras. Canotilho diferencia regras de princípios no sentido de que as primeiras possuem mandamentos claros de ação, permissão ou proibição, enquanto os princípios são normas que exigem uma realização de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (CANOTILHO, 1992, p. 1.215).

os homens sejam tratados igualmente.” “E mais, implica obrigação de cumprimento das normas por todos, administradores e administrados, no sentido de que fique garantida a inviolabilidade do direito à igualdade” (FRISCHEISEN, 2004, p. 72).

No Brasil, por acreditar numa cidadania juridicamente participativa é que os “constitucionalistas comunitários lutaram pela incorporação no texto constitucional das garantias processuais que pudessem viabilizar temas como a dignidade e a igualdade humanas” (CITTADINO, 2004, p. 72).

Para estudar a construção da igualdade nas demandas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais, objeto deste trabalho, é indispensável o enfrentamento da complexidade existente entre os aspectos formal e material da igualdade e os instrumentos necessários para sua realização, sob pena de reforçar a chamada cidadania de baixa intensidade.

Com efeito, quando se constata que as decisões judiciais são divergentes mesmo que relacionadas a situações idênticas, bem como que existem camadas da população que não têm acesso ao Judiciário e deixam de receber bens reconhecidos judicial e/ou administrativamente a outrem, os quais deveriam ser acessíveis a todos os assegurados pela Constituição, ocorre o que O'Donnell caracteriza de cidadania de baixa intensidade para referir-se às democracias cujos Estados são incapazes de tornar efetivas as suas próprias regulações.<sup>21</sup>

## 1.4 Da igualdade formal e material

Para estudar a construção da igualdade nas demandas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais é indispensável o estudo das duas noções do princípio que têm sido recorrentes nos textos constitucionais: a igualdade formal e a igualdade material.

---

21 “Guillermo O'Donnell utiliza o conceito de ‘*ciudadania de baixa intensidad*’ (*low intensity citizenship*) para referir às democracias cujos Estados são incapazes de tornar efetivas suas próprias regulações. Isto significa que se por um lado os direitos políticos são respeitados – ausência de coerção direta ao voto, livre capacidade de organização, manifestação da opinião – por outro lado, a cidadania é seriamente mutilada no que se refere à negação dos direitos liberais às camadas populares e outros setores estigmatizados – violência policial, impossibilidade de acesso aos tribunais, etc” (CITTADINO, 2004, p. 11). Ver Guillermo O'Donnell (1993, p. 123-145). Sobre o estado, a democratização e alguns problemas conceituais: uma visão latino-americana com uma rápida olhada em alguns países pós-comunistas.

Sanchis (1992, p. 23) reconhece que se não cancela a postulada separação entre o direito e a moral, a utilização dos princípios permite conceber a própria ordem jurídica como um sistema normativo quase moral, uma vez que, estando submissa aos princípios, a produção de normas e decisões tende a se apresentar como uma operação não exclusivamente formal, pois sempre estarão presentes elementos substantivos ou materiais (DUARTE, 2003, p. 3).

A igualdade formal está atrelada aos conceitos de generalidade e abstração, que, aplicados ao direito, materializam-se na igualdade jurídica básica de que todos são sujeitos de direitos e obrigações. Nesse aspecto, a noção de justiça formal satisfaz o valor da igualdade dos sujeitos aos quais se destinam as regras. A igualdade como ponto de partida identifica-se com a igualdade formal, entretanto, esta não é suficiente, pois requer a aplicação efetiva das normas que preservem esferas vulneráveis da população, sob pena de admitirmos um sistema formal sem conteúdo substantivo.

A igualdade formal é, assim, a igualdade perante a lei, diz respeito à forma com que esse princípio se materializa no mundo jurídico; fala-se na necessidade de vedar ao Estado a realização de tratamentos discriminatórios negativos, significa dizer proibir todos os atos administrativos, judiciais ou normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios ilegítimos, tais como raça, religião etc. A igualdade material, por sua vez, sustenta-se a partir da afirmação de que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade material de oportunidades, estabelecendo a elaboração de leis e a implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato (SILVA, 2007, p. 28).

Para Canotilho, a consagração do princípio da igualdade encontra-se no sentido material e não no formal, ao tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, e essas diferenciações originam os direitos sociais, todos fundados na igualdade (CANOTILHO, 1998, p. 417). Entretanto, as maiores dificuldades encontradas residem na dimensão normativa da concretização desses direitos.

O que se deve, pois, considerar para aferição da validade do critério tomado como desigualador de pessoas e situações é a sua natureza intrínseca e a estrita correspondência havida entre ele e o interesse legítimo que se pretenda proteger no sistema jurídico.<sup>22</sup>

De qualquer forma, a igualdade jurídica, tanto formal como substancial, é definida como igualdade nos direitos fundamentais. As garantias dos direitos de liberdade – ou “direitos de” – asseguram a igualdade formal ou política, enquanto as garantias dos direitos sociais – ou “direitos a” – possibilitam a igualdade substancial ou social (CADMARTORI, 1999, p. 166). Com efeito, “o segundo conceito de igualdade amplia o primeiro, pois a igualdade formal e material são duas dimensões do direito fundamental à igualdade em momentos históricos distintos” (SILVA, 2007, p. 27).

Cármen Lúcia afirma que, em verdade, o que se pretende é que a lei:

- a) não permita ou possibilite a manutenção de desigualdades que não estejam fundadas em critérios de fato ou legítimos de direito;
- b) não crie desigualdades entre pessoas em situação jurídica que permita a igualação e seja este o enfoque a ser revelado para o desate justo da questão formada;
- c) não sedimente ou labore preconceitos ou discriminações;
- d) elimine, pelo tratamento desigualado, desigualdades socioeconômicas e políticas encontradas na realidade assumida pelo Estado;
- e) legitime-se pelo critério da desigualação quando a desigualdade for mais relevante para o interesse humano a se proteger juridicamente que o critério de igualação. O que deve prevalecer, como critério justo para a montagem da aplicação do princípio da igualdade, é que o elemento determinante do tratamento igual ou desigual seja o que se afasta do arbítrio e realize o ideal de Justiça prevalente na sociedade e que se justifique pela razão humana (ROCHA, 1990, p. 40).

Patrícia Moura, por sua vez, apresenta uma distinção interessante em relação à aplicação da igualdade nas liberdades negativas e aos direitos sociais, no sentido que diz respeito ao não fazer do Estado, todos são

---

22 “Critério justo é o que se valida juridicamente por atentar a uma condição singular e intrínseca do fator eleito e por guardar estreita, lógica, direta e objetiva correspondência com o interesse juridicamente protegido em cumprimento à finalidade do sistema” (ROCHA, 1990, p. 46-47).

iguais, sem que se levem em consideração as diferenças físicas, culturais ou econômicas. “No que se refere às liberdades positivas, a igualdade é vista com ressalvas quanto às diferenças sociais, culturais e econômicas, caso contrário não teriam razão de ser, pois os direitos sociais visam à concretização da igualdade social” (MOURA, 2005, p. 38).

Um dos resultados desse estudo que pode ser constatado até o presente momento é que existem oportunidades desiguais de acesso a bens e serviços individuais e coletivos que acarretam diferença no exercício da influência em processos políticos (CORTES, 2013, p. 48). Disso decorre que o binômio liberdade/igualdade é pilar para assegurar o sistema fundamental da justiça material e que compete ao direito garantir essa sustentação (ROCHA, 1990, p. 49).

A igualdade material compreende uma ação positiva do Estado com base no princípio da redistribuição e da compensação para que se enriqueçam os direitos dos mais frágeis e se limitem os daqueles que possuem superioridade econômica. Nesse sentido, o pensamento de Gómes:

*En torno a las técnicas del desenvolvimiento de la igualdad de trato material, nos preguntamos qué distribución es justa por permitir dar compensaciones adecuadas, a causa de que la frontera entre la igualdad jurídica prevista em las leyes y la acutación de los poderes públicos para alcanzar la igualdad material no es nítida. Como señala Giménez Gluck, es difícil precisar cuándo se está cumpliendo con el principio de igualdad, cuándo se transgrede la igualdad formal con el objetivo de conseguir la material o cuándo se respetan escrupulosamente los contornos tradicionales del trato formalmente igualitário. De aquí que convega deslindar las diferencias – características que diferencian y, simultáneamente, individualizan a las personas de las desigualdades – disparidades entre sujetos originadas em los derechos patrimoniales y las posiciones de poder y sujeción. Móviles por los que Rawls insiste que ‘la estructura básica de la sociedad sea organizada de tal manera que las desigualdades em obtener bienes primários de bienestar, ingreso, poder y autoridad estén guiados a producir el mayor beneficio para los menos aventajados em la obtención de bienes primários (GÓMEZ, 2013, p. 119).*

A igualdade material, portanto, justifica um trato diferenciado sempre que haja uma desigualdade social, como forma de reduzi-la ou eliminá-la, buscando-se, assim, uma sociedade mais justa.

O itinerário na Alemanha quanto à distinção entre igualdade material e formal é bem delineado por Ricardo Lobo Torres:

O Tribunal Constitucional, na década de 50, aderiu ao critério material influenciado por Leibholz, afirmando que “a regra da igualdade é deferida quando não se encontra fundamento racional, material ou derivado de natureza das coisas (*Natur der Sache*) para a diferenciação ou igualação na lei, ou, em síntese, quando a determinação seja arbitrária (*willkürlich*).” A partir da década de 80 desenvolveu a argumentação apelidada de nova fórmula (*neue Formal*), baseada em comparação intersubjetiva, dizendo que a norma constitucional que prevê a igualdade de todos perante a lei é desrespeitada “quando um grupo de destinatários da norma (*eine Gruppe von Normadressaten*) em comparação com outro grupo de destinatários seja tratado de modo diferente, apesar de inexistir diferença de qualquer qualidade ou peso (*von solcher Art und solchem Gewicht*) que justifique o tratamento desigual.” A nova visão da igualdade permitiu que a Corte Constitucional ampliasse, na década de 90, o horizonte do mínimo existencial, declarando que o Estado não pode colocar no mesmo nível e tratar de igual maneira “os meios indispensáveis para a subsistência dos filhos e os meios necessários à satisfação de outras necessidades”, nem pode fazer comparação “entre a evitabilidade de filhos e de diversos gastos da vida.”<sup>23</sup>

Uma das formas de realização da igualdade material é a partir da prestação de direitos fundamentais sociais. Ocorre que, na atualidade, o Poder Judiciário tem sido chamado para resolver conflitos dessa natureza entre indivíduos e o Poder Público, acarretando aumento crescente das taxas de congestionamento e demora na prestação jurisdicional.<sup>24</sup>

O sentido dinâmico do princípio traduzido no constitucionalismo contemporâneo conduz

necessariamente à questão de incorrer, ou não, o legislador ou o executor da lei em inconstitucionalidade por omissão quando, devendo atuar para extinguir situação de desigualdade existente, ou para constituir situação de igualdade para superação de quadro social de desigualdade comprovada, não o faça (ROCHA, 1990, p. 45).

23 Ricardo Lobo Torres citando no texto Gerhard/Leibholz, que firmou doutrina no sentido de que a igualdade é proibição de arbitrariedade (*Willkürverbot*), que nada mais significa que “vinculação da Constituição à idéia do Direito” (*Bindung der Versung na die Rechtsidee*); (LEIBHOLZ, 1959, p. 72 apud TORRES, 2003, p. 36). Rainald Maass (1988, p. 878-794).

24 Na última pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou-se que as taxas de congestionamento dos processos nos tribunais alcançaram o percentual de 70% (BRASIL, CNJ, 2014).

Configura, pois, urgente a profusão de estudos relacionados aos instrumentos processuais e procedimentais necessários para a busca da efetividade da prestação jurisdicional sob a dupla perspectiva do princípio da igualdade.

## 2 Direitos sociais

Não é objetivo deste trabalho elaborar uma teoria geral a respeito dos direitos sociais, ou esgotar os seus conceitos e fundamentos, mas sim contextualizá-los como ponto central das postulações repetitivas frente ao Judiciário. Em um momento subsequente, parte-se em busca da análise sistêmica dos instrumentos processuais aplicáveis *de lege lata* e *de lege ferenda* nas searas administrativa e jurisdicional com vistas à construção da igualdade formal e material nas postulações repetitivas atreladas aos direitos sociais.<sup>25</sup> É importante ressaltar que é decor-

---

25 José Eduardo de Faria bem explicita o aspecto sociológico da desigualdade social e o sistema de justiça brasileiro: “[...] Em termos históricos, desde os seus primórdios o Brasil colonial, como instituição de feições inquisitórias forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da contrarreforma, com seus prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos

rência natural da fundamentalização de um direito a imediata vinculação dos poderes públicos.<sup>26</sup>

Com efeito, a realização dos direitos relacionados ao valor da igualdade e embasados nos direitos fundamentais sociais é pré-condição para o desfrute dos direitos concernentes à liberdade. Trata-se de verdadeiros direitos instrumentais em relação aos primeiros (SOUZA, 2012, p. 54).

O direito vigente, portanto, não é fruto de uma convenção social (convencionalismo), nem de um cálculo de utilidade (pragmatismo), mas deriva das ideias de justiça que giram em torno da primazia dos direitos fundamentais (DUARTE, 2003, p. 27).

A proteção do direito em relação à política é ressaltada na modernidade em substituição ao direito natural e à razão com a consequente imunização dos sistemas sociais, autorizando a criação do direito pelo direito, sendo fundamental, nessa estrutura, o princípio da igualdade (GIORGI, 2013, p. 16).

Conforme entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, a “história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional”, uma vez que sua essência encontra-se reconhecida na dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 42).

---

escritos. Em termos funcionais, foi concebido para exercer as funções instrumentais, políticas e simbólicas no âmbito de uma sociedade postulada como sendo estável, com níveis equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras e unívocas. Os conflitos jurídicos, nesse sentido, seriam basicamente interindividuais e surgiriam a partir de interesses unitários, mas encarados em perspectiva diametralmente oposta pelas partes. Desse modo, a intervenção ocorreria após a violação de um direito substantivo e sua iniciativa ficaria a cargo dos lesados. A litigância judicial versaria sobre eventos passados. As ações judiciais seriam em grande parte controlada pelas partes, a quem caberia a responsabilidade de definir as principais questões submetidas a juízo. E o alcance do julgamento ficaria circunscrito a ela.

Contudo, a realidade brasileira é incompatível com esse modelo de 'Justiça'. Iníqua e conflitiva ela se caracteriza por situações de miséria que negam o princípio da igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais; pelo aumento do desemprego aberto e oculto; por uma violência e criminalidade urbanas desafiadoras da ordem democrática e oriundas dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão cotidiana se converteu na única possibilidade de sobrevivência; por uma apropriação perversa dos recursos públicos, submetendo deserdados de toda sorte a condições hobbesianas de vida; e por um sistema legal incoerente, fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade das expectativas, dada a profusão de leis editadas para dar conta de casos específicos e conjunturais e de normas excessivamente singelas para situações altamente complexas” (FARIA, 2004).

26 Nesse sentido: Gomes Canotilho (1998, p. 373) e Vanice Regina Lirio do Valle (2011, p. 77).

A Constituição é norma jurídica central e vincula a todos dentro do Estado, inclusive os poderes públicos. De todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que deve ser especificamente prestigiado (BARCELLOS, 2002, p. 9-10).

É importante ressaltar que, além da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais<sup>27</sup>, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, o art. 5º, XXXV, prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a tais direitos, o que possibilita o ajuizamento individual de uma pretensão dessa natureza perante a administração pública, mesmo quando a matéria tiver como fundamento uma política pública materializada em um ato normativo de efeito coletivo.

O foco na administração pública precisa ser revisitado sob a perspectiva do princípio da igualdade e isso reforça a conclusão de que a efetividade desses direitos depende de uma boa administração<sup>28</sup> e da existência de instrumentos procedimentais que observem as normas constitucionais.

Inicialmente constata-se que os direitos sociais são efetivamente direitos fundamentais e assim foram designados no texto constitucional a despeito de respeitáveis posicionamentos em sentido contrário (ATRIA, 2005, p. 9-46).

É importante distinguir o conceito de direito fundamental de sua relação com os direitos humanos. No dizer de Sánchez (2009, p. 17), os direitos humanos são poderes e faculdades que se atribuem aos indivíduos e grupos humanos que os legitimam a postular determinadas condutas ou prestações com o fim de lograr uma vida digna. “Possuem uma eficácia negativa, a qual impede violações e eficácia positiva, a qual obriga terceiros, normalmente entes públicos, a agirem tendo em vista sua realização”.<sup>29</sup>

---

27 “Sustenta-se a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da lei fundamental de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição (arts. 5º e 17) bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais” (SARLET, 2008, p. 14).

28 Vanice Regina Lírio do Valle reconhece o próprio direito “à boa administração” como um direito fundamental (VALLE, 2011, p. 76).

29 Luciane Moessa de Souza (2012, p. 46). Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] verifica-se,

Os direitos humanos têm sua identidade reforçada dentro de um ponto de vista político, sendo que os sujeitos têm de eleger a estrutura constitucional da sociedade, reconhecendo direitos básicos dos cidadãos em busca de uma sociedade justa (GÓMEZ, 2013, p. 21).

Conforme se depreende do art. 1º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948<sup>30</sup>, os direitos humanos têm natureza universal, não admitindo exclusões, e são aplicáveis a todo ser humano em qualquer lugar do planeta.

O termo “direitos humanos” é utilizado no plano internacional como a materialização das exigências morais ou naturais reclamadas como direitos básicos. Além disso, é denominação que conceitua a exigência de determinadas condições mínimas relacionadas à dignidade, à igualdade e à liberdade da pessoa, ainda que não positivados. Por sua vez, os direitos fundamentais são definidos como direitos humanos positivados no plano estatal.<sup>31</sup>

Com efeito, os direitos humanos e os direitos fundamentais têm como ponto comum os sujeitos – ou seja, as pessoas e os grupos – e encontram-se em níveis mais elevados do ordenamento jurídico, sendo que o segundo tem como elemento central a norma (GÓMEZ, 2013, p. 18). Genericamente, atrelam-se os direitos humanos a um catálogo de direitos reunidos em declarações, pactos e convenções internacionais e os direitos fundamentais, por sua vez, encontram-se reconhecidos na Constituição do país.

---

desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tantos direitos prestacionais (positivos) quando defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão ‘positiva’ (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas ‘negativas’, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e particulares” (SARLET, 2008, p. 6).

30 “Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS).

31 Maria Isabel Garrido Gómez (2013, p. 19). No mesmo sentido: B. Martínez de Vallejo Fuster (1992, p. 42-43).

A maior dificuldade relacionada aos direitos humanos refere-se aos aspectos que se entrelaçam em seu conceito, isto é, há um enfrentamento entre posições jusnaturalistas embasadas na pretensão moral de que se deve relacionar a vida digna do ser humano ao conceito positivista, atrelado ao sistema de direito positivo (GÓMEZ, 2013, p. 19).

Robert Alexy (2012, p. 50) considera a existência de estreita conexão entre a norma de direito fundamental e seu conceito, pois sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma guardadora desse direito, entretanto a recíproca não é de todo verdadeira. É recomendável, por isso, tratar o conceito de norma como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental (ALEXY, 2012, p. 51).

Nesse aspecto, Alexy busca um modelo estrutural de normas de direitos fundamentais que possam garanti-los, uma vez que as formulações são vagas. O modelo proposto por Alexy tem como base a divisão da norma jurídica em duas espécies distintas: regras e princípios. Estes últimos possuem um suporte fático amplo e, por tais razões, deles decorrem muitos conflitos, o que exige sua constante ponderação para que não ocorra a ausência de efetividade dos direitos fundamentais.

O critério principal para diferenciar regras de princípio, no entendimento de Alexy, é que os princípios são “mandatos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2012, p. 90). Já as regras “são determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”<sup>32</sup>. As disposições de direitos fundamentais são ora regras, ora princípios; possuem, pois, um caráter duplo. O Supremo Tribunal Federal tem adotado o conceito de norma de direito fundamental elaborado por Robert Alexy, o que representa um passo inovador na interpretação e aplicação do direito constitucional na resolução dos conflitos sociais levados ao Judiciário (TORRES, 2014, p. 19).

---

32 Alexy demonstra que a diferença de regras e princípios é mais clara quando se está diante da colisão de princípios e conflitos de regras. Se o conflito for de regras, a solução se dará por meio da aplicação de uma cláusula de exceção ou regras de hermenêutica que eliminarão o conflito. No entanto, se houver colisão de princípios, um princípio deve ceder ao outro, não havendo exclusão de princípios, visto que, no caso concreto, os princípios têm diferentes pesos e sempre aquele com maior peso prevalece (ALEXY, 2008, p. 91-103).

A noção de direitos fundamentais, como sistema de regras e princípios, é vital para a realização dos direitos sociais. Os direitos fundamentais sociais estão intimamente ligados aos princípios da igualdade e da eficiência da administração pública, principalmente no que tange à elaboração das políticas públicas que visam a garantir as condições mínimas de existência (IDEM).

Conforme Canotilho (1998), a fundamentalização de um direito resulta em quatro aspectos relevantes:

- (1) as normas consagradas de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais, encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cf. CRP, art. 288, I D e E); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

A partir dos diferentes textos de direitos humanos e de direito constitucional dos países latino-americanos e europeus, emergiu a classificação que divide os direitos em “gerações”, baseando-se principalmente em um discutível critério cronológico e histórico do surgimento dos diferentes direitos e de seus reconhecimentos normativos (ROSSETTI, 2013, p. 309).

Na primeira geração de direitos, são consagrados direitos civis e políticos. Esses foram normatizados primeiramente nos estados nacionais e são produto dos ideais que inspiraram a Revolução Francesa de 1789, como também dos movimentos do final do século XVIII iniciados nos Estados Unidos e na Inglaterra, com suas respectivas declarações de direitos. “Vinculam-se com os reconhecimentos do chamado ‘constitucionalismo clássico’. Os direitos se consagram como ‘liberdades’ e, de fato, é a liberdade a ideia força de sua consagração. São direitos reconhecidos aos indivíduos” (IDEM). O conceito negativo de liberdade pode ser exemplificado a partir das liberdades de movimento, de religião e de expressão e em argumentos contra a intervenção do Estado.

Marshall, há aproximadamente 60 anos, sistematizou o que acreditava ser uma lei do progresso humano:

dos direitos de propriedade aos direitos políticos, e destes aos direitos sociais. A liberdade política, ao seu ver, era resultado inevitável, ainda que um tanto atrasado, da liberdade econômica, enquanto ela própria originava necessariamente os direitos sociais – tornando viável para todos os exercícios dos dois tipos de liberdade (MARSHALL, 1950 apud BAUMAN, 2011, p. 23).

Os chamados direitos sociais, conhecidos como direitos de “segunda geração”, procuram não só proteger o indivíduo, senão o seu entorno, vinculando-se à ideia de igualdade e ao chamado “constitucionalismo social”.<sup>33</sup>

A partir daí, as constituições passaram a tratar dos denominados “direitos de segunda geração”, que englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, previstos no art. 2º do *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, de 1966<sup>34</sup>. Surgiram esses direitos como prerrogativas dos segmentos mais fragilizados da sociedade materializados em obrigações do Executivo, de modo a exigir uma intervenção continuada e positiva dos poderes públicos por meio de políticas públicas com o objetivo de atender as expectativas geradas por sua positivação (FARIA, 1998, p. 105).

O *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)*, ratificado pelo Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995, afirma em seu preâmbulo:

Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos civis e políticos, por motivo

---

33 A segunda geração de direitos consagra os chamados direitos econômicos, sociais e culturais (direitos sociais) e se dá também no nível dos estados nacionais. Ela foi impulsionada, em boa parte, tanto pela influência que foi gerada por autores como Marx e Engels, como pela influência – interligados em meio ao século XIX – dos movimentos e problemas surgidos na raiz da conhecida como ‘revolução industrial’ e nos primeiros protestos massivos dos trabalhadores na Europa. Estes direitos se preocuparam em proteger não só o indivíduo, mas este e seu entorno, é dizer, a sua família, o seu trabalho, os sindicatos etc. Vinculam-se com a ideia de ‘igualdade’, com a conhecida etapa do chamado ‘constitucionalismo social’[...] Seus primeiros reconhecimentos normativos em nível constitucional se deram nas constituições do México de 1917 e de Weimer (Alemanha) de 1919 (ROSSETTI, 2013, p. 311).

34 Maria Paula Dallari Bucci externa a ausência de efetividade dos direitos sociais: “A redação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adota uma linguagem declaratória, enunciativa e simbólica, sugerindo uma realização progressiva destes direitos, mas sem efetivamente assegurar condições de exercício” (BUCCI, 2002, p. 6-7)

de diferentes categorias de direitos constituírem um todo indissolúvel que tem sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, razão pela qual exigem tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua plena vigência, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da observação de outros. [...] Recordando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, só pode tornar-se realidade o ideal do ser humano livre, isento de temor e miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos.

É importante, neste ponto do estudo, delimitar o alcance das prestações dos direitos sociais a cargo do Estado, reconhecidas no *Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*:

*Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, em términos más generales, em relación com todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar [...] La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas em favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por si mismos.*

[...] *El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU em su Observación General número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada em su Quinto Período de Sesiones, em el año de 1990. La mencionada Observación toma como punto de partida el texto del Artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente: ' Cada uno de los Estados Partes em el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la assistência y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los médios apropiados, inclusive em particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividade de los derechos aquí reconocidos (CARBONELL, 2005).*

Percebe-se, contudo, que é concedido um tratamento distinto por parte do direito internacional aos direitos sociais e aos direitos civis e políticos, gerando, inclusive, forma de monitoramento diferenciado, o que não é uma característica do direito em si, mas uma consequência de ideologias e opções políticas (HACHEM, 2014, p. 133). Apesar das diversas ob-

jeções doutrinárias, é inegável uma essencial continuidade entre esses direitos, a qual acarreta a sua indivisibilidade.<sup>35</sup>

As razões daqueles que procuram diferenças entre os “verdadeiros direitos civis e políticos” e as “aspirações” ou os direitos sociais fundamentam-se no fato de que os direitos sociais estariam suspensos até a existência de recursos para implementá-los.

Nessa linha de raciocínio, há quem defenda que os direitos civis e políticos seriam direitos sem custo e, portanto, sua discussão em juízo seria ilimitada, ao passo que os direitos fundamentais sociais exigem uma prestação do Estado, que, para garanti-los, deve despender recursos com a concessão do serviço público equivalente e a implementação da política pública. Logo, “as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisão acerca do dispêndio de recursos públicos”<sup>36</sup>. Um olhar mais detalhado demonstra que o argumento não procede, pois, os direitos civis e políticos também precisam de recursos para serem implementados.

Contudo, é necessário ressaltar que, na distribuição de recursos públicos escassos, o aparato estatal como um todo tem, muitas vezes, privilegiado a proteção de direitos de cunho não fundamental, ou ainda de direitos fundamentais que são inacessíveis para a maior parte da população em detrimento da universalização de direitos concernentes àquilo que se tem chamado de mínimo existencial (SOUZA, 2012, p. 52). É importante salientar que é decorrência natural da fundamentalização de um direito a imediata vinculação dos poderes públicos.<sup>37</sup>

---

35 Rossetti, citando Agrega Laporta, afirma: “Um corolário que pode inferir-se disto é que, desde um ponto de vista estrutural, ou pelo que respeita a modalidade jurídica em que se expressam, os direitos sociais não são direitos de uma natureza necessariamente distinta a dos direitos chamados civis e políticos (ROSSETTI, 2013, p. 314).

36 Para a jurista, há uma clara visão classista dos direitos fundamentais: “Fica evidente, pois, que as diferentes categorias de direitos fundamentais acabam revelando caráter nitidamente classista, ou seja, possuem como destinatários potenciais classes sociais bastante distintas. Por exemplo, o direito à moradia ou à educação, para as classes menos desfavorecidas, se não forem garantidos pelo Estado, simplesmente não serão usufruídos pelas pessoas que estão nessa condição. Já o direito a inviolabilidade das comunicações, o direito a não ter sua propriedade confiscada ou o direito a inviolabilidade domiciliar adquirem relevância muito maior para os detentores de significativo patrimônio e de informações estratégicas, isto é, os integrantes das classes sociais mais abastadas” (BARCELLOS, 2002, p. 10).

37 Nesse sentido: Canotilho (1998, p. 373) e Valle (2011, p. 77).

A garantia da liberdade é mera ilusão se não for assegurado a todos um mínimo de igualdade, a famosa “igualdade de oportunidades”, pela qual todo ser humano tenha suas necessidades básicas garantidas. Dessa afirmação, decorreu a formulação, na doutrina internacionalista, do princípio da indivisibilidade ou da interdependência entre os direitos humanos, “princípio que ainda não foi devidamente assimilado pela doutrina constitucional que se debruça sobre o tema da proteção dos direitos fundamentais, com raríssimas exceções” (SOUZA, 2012, p. 53).

Cabe ao Estado a tarefa de distribuir à população os bens sociais da maneira mais igualitária possível, “dentro de suas respectivas necessidades, mormente porque esses bens sociais devem ser considerados como indivisíveis, no sentido de que pertencem a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém” (SABINO, 2011, p. 354).

Com efeito, a realização dos direitos relacionados ao valor da igualdade e embasados nos direitos fundamentais sociais é pré-condição para o desfrute dos direitos concernentes à liberdade. Trata-se de verdadeiros direitos instrumentais em relação aos primeiros (SOUZA, 2012, p. 54).

Sem dúvida, tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais formam um subconjunto dentro do conjunto dos direitos humanos. Entretanto, o grau de exigibilidade dos direitos sociais costuma ser restrito, o que acaba obrigando as vítimas de sua violação a utilizar mecanismo de direitos civil e político para realizar suas reclamações fundamentalmente por meio do direito à igualdade ou do acesso à justiça (ROSSETTI, 2013, p. 323).

## 2.1 Direitos fundamentais sociais e o Estado

O Estado Liberal<sup>38</sup> buscou pôr limites ao próprio Estado como forma de impedir que governantes invadissem as esferas da liberdade. Porém, sobrevieram a Revolução Industrial, os conflitos sociais decorrentes da

---

38 Importante ressaltar as diferenças entre Estado e governo. “Estado como conjunto de instituições permanentes – como órgãos legislativos, tribunais, exército e outras que não formam um bloco monolítico necessariamente – que possibilitam a ação de governo; e Governo como conjunto de programas e projetos que parte da sociedade (políticos, técnicos, organismos da sociedade civil e outros) propõe para a sociedade como um todo, configurando-se a orientação política de um determinado governo que assume e desempenha as funções de Estado por um determinado período” (HOFLING, 2001).

depressão econômica da década de 1920 e o genocídio ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial, gerando a necessidade de uma maior intervenção nas relações para evitar a exploração do homem pelo homem, não podendo quedar-se a relação poder-cidadão unicamente a um esquema de contenção do Poder Público (MORELLI).

Nesse contexto histórico, surge o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltado inicialmente à redistribuição dos benefícios sociais, visando à diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico.

Observa-se que “as políticas sociais têm raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais” (HOFLING). Entretanto, o constitucionalismo existente quando do surgimento do Estado Social já estava fundado e a tradição jurídica não encontrou técnicas desenvolvidas e garantias tão eficazes como as estabelecidas para os direitos de liberdade e propriedade.

Com efeito, há na atualidade um atraso nas ciências jurídicas e políticas que têm permitido que o Estado Social se desenvolva por meio de uma simples ampliação dos espaços de discricionariedade dos aparatos administrativos com constantes crises da capacidade regulatória do direito, às vezes afastando do ser humano mais débil a própria expressão da dignidade.<sup>39</sup>

Com o advento do Estado Social, o próprio direito passa a incorporar objetivos sociais consubstanciados em valores definidos pelos vários processos decisórios da sociedade (SALLES, 2003, p. 56). As normas constitucionais e as ordinárias passam a incorporar objetivos gerais e coletivos e a sua defesa judicial acaba por trazer ao Poder Judiciário a função de adjudicar o interesse público na situação de disputa entre as partes. Nesse aspecto é que o importante questionamento a respeito da fragmentação da igualdade encontra seu maior desafio.

Nesse contexto e numa concepção crítica de Estado, que considere sua função de atender à sociedade como um todo, devem ser estabelecidos como prioritários programas de ação universalizante que possibilitem

---

39 Nesse sentido: Luigi Ferrajoli (1999, p. 30) e Mariano Morelli (2003/2004).

a incorporação de conquistas sociais pelos grupos e setores desfavorecidos, visando à reversão do desequilíbrio social (HOFLING, 2001).

O Estado Social foi a última corporificação da ideia de comunidade construída ao longo do século XX, ou seja, a materialização institucional moderna composta por comprometimento, lealdade, solidariedade e confiança mútuos. E os direitos sociais são, nesse contexto, a manifestação empírica da ideia de comunidade, ligando sua noção abstrata às realidades cotidianas, endossando uma rede institucional comum que convalida a solidariedade coletiva (BAUMAN, 2011, p. 23) com base em direitos de caráter universal.

O direito vigente, portanto, não é fruto de uma convenção social (convencionalismo), nem de um cálculo de utilidade (pragmatismo), mas deriva das ideias de justiça que giram em torno da primazia dos direitos fundamentais (DUARTE, 2003, p. 27).

Nas palavras de Forsthoff, no modelo do Estado Social, os poderes públicos tornam-se promotores dos direitos de caráter social e passa-se a entender que “também a concentração de riquezas e o avance tecnológico não sujeito a regras podem vulnerar os direitos fundamentais” (FORSTHOFF, 1975 apud CARBONELL, 2013, p. 206). Nessa forma de Estado, há promoção do princípio do seguro coletivo contra o infortúnio individual e suas consequências, tornando democrático o corpo político, pois eleva os membros da sociedade à condição de cidadãos, detentores de direitos e ações, beneficiários, mas também atores responsáveis pela criação e alocação decente dos benefícios (BAUMAN, 2011, p. 25).

A partir da crise do Estado Liberal, houve a transformação do Estado abstencionista para uma atuação mais ativa, regulatória e prestacional, na qual o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração permite a realização de prestações a favor dos cidadãos, melhorando suas condições econômicas e sociais.

Essa categoria de direitos que se realiza para a sociedade tem como base a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado o dever de conduzir suas ações e políticas em torno desse valor (GARRIDO, 2010, p. 33). Como consequência, a intervenção do legislador e dos outros poderes públicos pode representar uma condição necessária para a efetividade dos direitos individuais e coletivos constitucionalmente protegidos.

Nesses termos, o Estado Social de Direito é caracterizado pela colocação dos direitos fundamentais como articulador do exercício da soberania e traduz-se em um Estado que não deve somente velar pelo respeito a tais direitos, mas assumir posição proativa correspondente ao dever de promovê-los mediante ações orientadas para a sua realização efetiva. Esse reconhecimento acaba por instalar uma nova forma de compreender o Estado em sua função finalística e instrumental (IDEM).

Conforme Miguel Carbonell, em matéria de direitos sociais – aqui acrescidos os econômicos e culturais –, o Estado deve:

- a) *Tutelar los derechos sin discriminación.*
- b) *Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.*
- c) *Demonstrar que las medidas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.*
- d) *Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.*
- e) *Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecido en el Pacto, entendiéndose por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua.*
- f) *No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que esta prohibida o severamente restringida la regresividad.*
- g) *Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con el Pacto.*
- h) *Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.*
- i) *En períodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y*
- j) *Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en períodos de crisis o de ajustes estructurales (CARBONELL, 2013, p. 54).*

Na forma idealizada de Estado Social, previsto na Constituição Federal de 1988, constata-se claramente um projeto de sociedade em que há uma rede de instituições públicas que garante “a solidez e a fidedignidade da apólice de seguro coletiva” (BAUMAN, 2011, p. 25) lançada pelo Estado.

Gisele Cittadino (2004) denomina essa característica de “constitucionalismo societário e comunitário”, o qual toma a Constituição como uma

estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. Disso decorre uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental representada pela Constituição (BAUMAN, 2011, p. 16).

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o valor comunitário é expresso diretamente na ordem jurídica-objetiva da Constituição Federal no sentido de que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana. No aspecto objetivo, tais direitos expressam uma ordem de valor comunitário; no aspecto subjetivo correspondem ao direito à proteção (SARLET, 2006, p. 329-359).

Há quem denomine essa vertente de “neoconstitucionalismo”, significa dizer que, sob o ponto de vista material, estaria caracterizada pela “incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais [...]” (BARCELLOS, 2005).

Relevantes são as observações de Hachem ao reconhecer a existência de um “direito constitucional igualitário”, surgido em meados de 2000:

O Direito Constitucional brasileiro experimentou, na história recente, três diferentes fases, que aqui se convencionou chamar de (i) Direito Constitucional formalista; (ii) Direito Constitucional da efetividade; (iii) Direito Constitucional igualitário. A primeira, predominante no período pré-Constituição de 1988, negava normatividade plena às disposições que veiculavam ditos direitos; a segunda, deflagrada com a nova ordem constitucional, propugnava pela máxima aplicabilidade e total exigibilidade jurisdicional; e a terceira, que ganhou corpo em meados da primeira década de 2000, passou a defender a redução da legitimidade judicial para implementá-los às porções necessárias a garantir o mínimo existencial, com vistas à realização igualitária dos direitos fundamentais sociais, que não ensejasse privilégios àqueles que têm condições financeiras e informativas para lograr acesso ao Poder Judiciário (HACHEM, 2014, p. 62).

A dignidade humana, por sua vez, é hoje um axioma da civilização ocidental<sup>40</sup> e diz respeito à igualdade essencial dos homens, que

---

40 “Em el ordenamiento liberal democrático la dignidade del hombre – según el Tribunal Constitucional Federal alemán – es el valor superior”. Nesse sentido: Sagrado (1994).

desperta os sentimentos de solidariedade para com a situação miserável e está na base dos direitos sociais mínimos da existência (BARCELLOS, 2011, p. 127). Nesse ponto, interligam-se definitivamente os direitos fundamentais sociais e o princípio constitucional da igualdade.

Habermas (1997) pugna, nesse sentido, pela garantia das condições sociais que levariam ao aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos de participação política. Assim, mais uma vez encontra-se justificado o núcleo de direitos prestacionais oponíveis ao Estado.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen considera a igualdade entre os indivíduos como o caminho para a realização da dignidade humana, o que se consubstancia na promoção da universalização dos direitos humanos e da possibilidade de o sistema jurídico contribuir para a promoção da justiça social (FRISCHEISEN, 2001). Nesse sentido, a forma de conferir efetividade às normas de direitos fundamentais é dar prioridade ao dever de ação e não ao dever de abstenção por parte do Estado (CITTADINO, 2004, p. 20).

O primeiro pressuposto do Estado fundado numa Constituição é a obrigação que têm os poderes públicos de intervir para que a igualdade jurídica que assegura o Estado de Direito transforme-se em igualdade social, o que culmina em uma atitude corretiva das desigualdades sociais. Como consequência, os direitos sociais são definidos como aqueles titulares de uma prestação frente aos poderes públicos, conformando-se como direitos de igualdade (GÓMEZ, 2013, p. 109).

## 2.2 Características dos direitos fundamentais sociais

No art. 6º da Constituição Federal, encontram-se previstos os direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados<sup>41</sup>. A lógica por trás desses direitos é a lógica da justiça

---

41 “Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa

distributiva<sup>42</sup>, pois os direitos sociais apresentam justamente as características de indivisibilidade e de comunhão (LOPES, 2001, p. 93).

Este trabalho não se propõe a discutir a técnica legislativa relacionada aos direitos fundamentais sociais como designados pela Constituição, mas a ater-se ao art. 6º da Constituição Federal e suas consequências relativas ao número excessivo de demandas judiciais e aos instrumentos necessários para que tais demandas possam ser realizadas pelo sistema de justiça. Para tal, é imprescindível levar em consideração a dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais.

Com efeito, os direitos fundamentais sociais são hoje definidos a partir de duas perspectivas distintas: subjetivo – proteção de efeitos sobre a esfera individual de direitos – e objetivo, que abarca elementos irradiadores do sistema constitucional sobre todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2008, p. 159).

Fernando Dias Menezes de Almeida divide as tendências atuais do direito administrativo em duas correntes: a “escola dos direitos fundamentais” e a “escola de interesse público.” A primeira, de viés liberal-subjetivista, preocupa-se preponderantemente com os sujeitos que titularizam os direitos e a segunda atribui destaque à característica estatizante-publicista, uma vez que propugna por uma significativa intervenção estatal para a promoção dos direitos fundamentais, os quais são concebidos através do prisma do interesse público (ALMEIDA, 2013).

Conforme expõe Daniel Humder Hachem, o paradigma prevalente das decisões do Poder Judiciário em relação aos direitos fundamentais possui o viés liberal-individualista-subjetivista. Cuida-se de um entendimento que imprime relevância à natureza subjetiva dos direitos fundamentais, relegando ao esquecimento a eficácia jurídica de seu caráter objetivo (HACHEM, 2014, p. 65).

---

e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 159).

42 “[...] discutir justiça distributiva não é discutir filigrana, não é discutir sensibilidade para com os pobres, não é discutir misericórdia nem caridade. É discutir uma regra e, portanto, uma regra de razão, fria a respeito de como vários têm simultaneamente acesso a uma coisa, ou seja, são as regras de uso das coisas comuns” (LOPES, 2001, p. 96).

Garcia de Enterría (1975, p. 445) elabora a afirmação de que a noção de direitos do homem, entendidos como direitos subjetivos, seria um mecanismo de defesa da propriedade privada e do sistema econômico capitalista. Tal visão acaba por supervalorizar a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e deslocar o centro do debate para o direito processual civil, buscando corrigir as dificuldades de satisfação de modo pontual e anti-isonômico (HACHEM, 2014).

A ambiguidade conceitual faz-nos apresentar a subdivisão de direitos públicos subjetivos, que, conforme García de Enterría, podem ocorrer em dois grupos: 1) típicos ou ativos: incorporam pretensões ativas do cidadão perante o Estado, abrangendo as prestações de que ele precisa para o desenvolvimento pleno de sua existência individual; 2) reacionais, ou impugnatórios: surgem para defender a esfera vital do particular perante qualquer atividade estatal ilegal (ENTERRIA, 1975, p. 445).

Os direitos fundamentais devem estar blindados contra um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais (ALEXY, 2012, p. 473 e ss.); para tanto, devem ser realizados com a observância do princípio da igualdade formal e material, pressuposto lógico do sistema jurídico.

Conforme exposto anteriormente, não é objetivo deste estudo abarcar toda a realidade social, ou adentrar no campo da política e das escolhas realizadas pela sociedade via participação eleitoral legítima, mas apontar caminhos processuais e procedimentais no espaço próprio do direito para a construção da igualdade.

É importante encontrar caminhos procedimentais que apreendam os aspectos subjetivos e objetivos do direito fundamental com vistas à realização da igualdade na distribuição de bens públicos. A utilização do raciocínio puramente liberal-subjetivo pode vir a acarretar a quebra da universalidade das prestações sociais; por outro lado, a pura desconsideração desse aspecto pode ofender, em alguns casos concretos, a dignidade da pessoa humana. Nesse conflito aparente, torna-se indispensável encontrar o equilíbrio a partir da harmonização procedimental entre a seara administrativa e a judicial, o que se desenvolve nos capítulos 3 e 4 deste trabalho.

O que é possível constatar é que a utilização de princípios de direito privado para solução de questões de direito público gera a visualização

tão somente do aspecto subjetivo do direito fundamental social. Referida interpretação acarreta o surgimento de fenômenos sociais nefastos para o Estado democrático de Direito, materializados em quebra da isonomia. Além de gerar a pulverização de litígios de origem fático-jurídica comum, assoberbam o sistema de justiça.

A base desse trabalho circunscreve-se ao que Robert Alexy chama de “direitos à prestação em sentido estrito”, os chamados direitos sociais, que dizem respeito à atuação do Estado como Estado Social. No sentido dado pelo autor, os “direitos a prestação em sentido amplo” estão vinculados, por outro lado, à atuação do Estado no cumprimento dos deveres de proteção das liberdades, relacionados, neste aspecto, ao Estado democrático de Direito (ALEXY, 2012, p. 499-519). Tal opção teórica é adotada considerando-se o questionamento proposto como objeto de avaliação: a igualdade e a fragmentação dos bens públicos, típica matéria atrelada ao direito prestacional.

Para tal, são pesquisados os processos e os procedimentos administrativo e judicial de forma interdependente, pois a partir do primeiro realizam-se políticas públicas e interpretações relacionadas diretamente à prestação de direitos fundamentais sociais; e a partir do segundo corrigem-se as inconsistências do primeiro, além de, muitas vezes, ser o campo originário de demandas em que se postulam direitos sociais.

Como forma de melhor avaliar a atuação do sistema de justiça em relação aos direitos fundamentais sociais e para melhor compreender a questão, passa-se ao estudo de dois direitos fundamentais básicos: o direito à saúde e o direito previdenciário. É importante analisar o panorama a partir do direito aplicado em que se circunscreve o núcleo desse estudo, consubstanciado na construção da igualdade nas demandas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais.

## 2.3 Das demandas relacionadas à saúde e ao direito previdenciário

A delimitação dos dois temas a serem analisados neste tópico tem a finalidade de servir como elemento de demonstração da problematização descrita no início deste trabalho. Cabe neste momento, portanto, o estu-

do do tratamento dispensado pelo sistema de justiça aos pleitos relacionados ao direito à saúde e ao direito previdenciário.

Ambos os temas são representativos de políticas públicas que se agrupam em gêneros diversos: políticas sociais, relacionadas à prestação de serviços essenciais e públicos – tais como saúde, educação, justiça etc. – e de políticas sociais compensatórias, previdência e assistência social.<sup>43</sup>

A opção por tais temas justifica-se pelo fato de ambos serem direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal e assegurarem prestações necessárias à dignidade da pessoa humana. Além disso, é notória a postulação repetitiva nas cortes de justiça de demandas relacionadas à saúde e à previdência.

Com efeito, a chamada “judicialização da saúde” tem sido objeto dos mais variados estudos e pesquisas na atualidade. Lado outro, as demandas previdenciárias aparecem no topo das demandas repetitivas, sendo o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerado o maior litigante do país.<sup>44</sup>

Conforme se depreende do estudo realizado pelo CNJ, *Justiça em Números*<sup>45</sup>, as causas oriundas de relação jurídica de direito público tendo

43 A classificação apresentada é formulada com base nos ensinamentos de José Reinaldo de Lima Lopes, que divide as políticas públicas em gêneros relacionados a cinco espécies: políticas sociais, políticas sociais compensatórias, políticas de desenvolvimento industrial, tecnológico e agrícola, reformas de base e políticas de estabilização monetária (LOPES, 2002, p. 133).

44 “Os casos pendentes (70,8 milhões) crescem continuamente desde 2009 e, atualmente, equivalem a quase 2,5 vezes do número de casos novos (28,9 milhões) e dos processos baixados (28,5 milhões). Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque. Como a entrada de processos é superior à saída, a tendência é de crescimento do acervo. Além disso, apesar do aumento de 12,5% no total de processos baixados no período 2009-2014, os casos novos cresceram em 17,2%, fato que contribuiu para o acúmulo do estoque de processo” (BRASIL, CNJ, 2015). Não há como precisar o percentual das causas que envolvem autoridades públicas, porém estima-se que seja a maioria, acima de 50% do total geral. Há alguns dados que levam a essa conclusão: (a) 2014, do total de 65,7 milhões de processos pendentes de anos anteriores, 54,65% eram execuções fiscais; (b) nos últimos 20 anos, em 90% do total dos processos judiciais em curso no Supremo Tribunal Federal-STF, Corte Constitucional, consta a presença de autoridades públicas como uma das partes.

45 “Justiça em Números” é um sistema, conforme consta do sítio do CNJ, que visa à ampliação do processo de conhecimento do Poder Judiciário por meio da coleta e da sistematização de dados estatísticos e do cálculo de indicadores capazes de retratar o desempenho dos tribunais. No caso específico deste estudo, importa saber o perfil das demandas, buscando-se levantar a participação governamental nas demandas judiciais e a litigiosidade e a carga de trabalho, com a observância do quantitativo dos casos novos, a carga de trabalho do magistrado, a taxa

como demandante ou demandado o Poder Público representam maioria absoluta dos processos em tramitação no Judiciário e, sem sombra de dúvida, muitos dessas demandas são representativas de discussões relacionadas aos direitos fundamentais sociais.

Nos dois itens seguintes, são apresentadas considerações a partir de pesquisas já realizadas quanto a esses temas, seguidas de algumas pontuações cuja base é o tratamento jurisdicional e administrativo das demandas em que se postulam prestações previdenciárias e prestações relacionadas ao direito à saúde.

### 2.3.1 Direito à saúde

Previsto pela Constituição Federal de 1988 como direito social de caráter universal, o direito à saúde<sup>46</sup> é assegurado a todos os indivíduos, de

---

de congestionamento da justiça, a taxa de recorribilidade externa e interna e a taxa de reforma da decisão.

Conforme dados colhidos pelo CNJ no ano base de 2009, o Poder Público demandou na Justiça Federal, em 1º grau, um total de 3.458.831 casos novos. Nesse universo, incluem-se os cinco tribunais regionais federais e as ações propostas por União, autarquias, fundações e empresas públicas federais; Estados, Distrito Federal, autarquias, fundações e empresas públicas estaduais e distritais; municípios, autarquias, fundações e empresas públicas municipais. Ainda na esfera judicial federal e em 1º grau, o Poder Público foi demandado num total de 2.580.232 (dois milhões, quinhentos e oitenta mil, duzentas e trinta e duas) ações. Em 2º grau, o Poder Público demandou um total de 740.818 (setecentos e quarenta mil, oitocentos e dezoito ações) e foi demandado diretamente 676.966 (seiscentos e setenta e seis mil, novecentos e sessenta e seis) vezes.

No mesmo ano, na Justiça Estadual, em 1º e 2º graus, o Poder Público, como demandante, alcançou o total de 4.126.159 (quatro milhões, cento e vinte e seis mil, cento e cinquenta e nove) ações. Deve-se esclarecer que, conforme consta no *site* do CNJ, alguns Estados da Federação não possuíam esses dados disponíveis, do que se conclui que o resultado real é superior que o afirmado. Na Justiça Estadual, o total de 1.134.963 (um milhão, cento e trinta e quatro mil, novecentas e sessenta e três) demandas foram ajuizadas contra o Poder Público.

No ano de 2015, foi apresentado o Relatório *Justiça em Números* referente ao ano base 2014, tendo restado consignado: “De modo geral, os dados sobre a litigiosidade também são ilustrativos da necessidade de o Poder Judiciário focar mais detidamente na 1ª instância dos tribunais, visto que é neste grau de jurisdição que se concentra o maior número de processos: 86% de casos novos; 95% dos casos pendentes; 87% dos processos baixados e 84% das sentenças”. Nessa seara, considerando que um dos entraves do Poder Judiciário é a taxa de congestionamento, com média nacional de 71%, constata-se que os processos de conhecimento na 1ª instância apresentam taxa de congestionamento de 66%, ao passo que para os processos de execução fiscal esse índice é de 91%. Ressalte-se que estes, de execução fiscal, representam 38% dos processos pendentes no Judiciário (BRASIL, CNJ, 2015).

46 Nesse aspecto, importantes observações são apresentadas por Sabino: “O dever do Estado de implementar progressivamente os direitos tais como a saúde está estampado no artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que assegura o reconhecimento do

forma igualitária e isonômica.<sup>47</sup> Sua implementação se dá a partir de políticas públicas que, em tese, deveriam buscar assegurar a dignidade das pessoas que integram a nação de forma igualitária<sup>48</sup> e universal, a partir da prevenção, promoção e recuperação da saúde (Art. 196, CF, 1988).

Em face da dificuldade do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional, o cidadão tem encontrado uma nova forma de acesso ao direito à saúde por meio de processos judiciais. Tal fenômeno, conhecido como judicialização da saúde, compreende a provocação e a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação da assistência médica e/ou farmacêutica (LEITÃO, 2014, p. 363).

É importante observar que ocorre uma dificuldade real de acesso às políticas públicas relacionadas à saúde, bem como atraso nas informações das listas de medicamentos (DINIZ, 2012, p. 479).

Buscar o Judiciário nas questões relacionadas às políticas públicas vinculadas à saúde de forma individual e diferenciada pode acarretar, por muitas vezes, a concessão de privilégio àqueles que possuem acesso qua-

Estado de que todos têm o direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental. Também desde 1977 a Organização Mundial da Saúde estabelece o uso de listas de dispensação de medicamentos como um escopo a ser perseguido pelo Estado para uma melhor execução das ações e políticas estatais na área da saúde". De acordo com a Lei n. 8.808/90, fez-se necessária a criação da Política Nacional de Medicamentos (PNM). O autor prossegue: "Como dados essenciais da ação executiva na área da saúde [e em obediência à orientação da OMS], existem as listas de dispensação obrigatória. Trata-se de séries de medicamentos que o Estado elegeu como de fornecimento universal e gratuito, compondo listas dos remédios que deverão ser dispensados pelas unidades estaduais ou municipais competentes. As listas mais importantes são: (I) de medicamentos essenciais (chamada RENAME - Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais), considerados prioritários para o tratamento das doenças mais prevalentes do país; e (II) de medicamentos excepcionais, remédios de alto custo e baixa incidência populacional, que, geralmente, demandam tratamento continuado. Os medicamentos excepcionais consomem cerca de 1/3 dos recursos previstos para a implementação da política de acesso a medicamentos" (SABINO, 2011, p. 367-368).

47 "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, CF, 1988).

48 "A garantia de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde é tão importante quanto o atendimento integral. Essa garantia só será possível se os poucos recursos destinados à saúde forem criteriosamente aplicados. Esses recursos não se multiplicam milagrosamente. Se uma grande parte deles for gasta na assistência a umas poucas pessoas, certamente uma grande parcela da população sofrerá pela falta de medicamentos destinados ao tratamento de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, esquistossomose, dengue, AIDS, diabetes, hipertensão arterial, parasitoses intestinais e tantas outras" (SEMINÁRIO O SUS...).

lificado à justiça. Nesse sentido, há a possibilidade, conforme entendimento de Luís Roberto Barroso, de o Judiciário, ao determinar a entrega gratuita de medicamentos, mais servir à classe média que aos pobres.

Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média (BARROSO, 2007, p. 15).

Conforme relatório apresentado por grupo de pesquisa liderado por Ada Pellegrini Grinover<sup>49</sup>, constata-se uma esmagadora preponderância das ações individuais nos pleitos relacionados à saúde: 90,28% das ações encontradas no TJ/SP são tipicamente individuais, no TRF3 tais ações compõem 92,3% das ações analisadas e no TJ/MG totalizam 89%. A pesquisa não evidencia a existência de qualquer ação individual com efeitos coletivos ajuizada para tutelar um interesse ou direito que se refletisse numa pluralidade de pessoas, conforme se depreende da transcrição desta parte das conclusões apresentadas:

[...] a enorme preponderância de ações individuais, alimentando o fenômeno da litigância repetitiva, com todas suas desvantagens (acúmulo de trabalho, decisões contraditórias, condução atomizada de questões que poderiam ser agrupadas num tratamento único e uniforme);

A administração pública está vinculada aos princípios da isonomia e da legalidade; entretanto é possível verificar que, por muitas vezes, essa vinculação acaba sendo afastada por determinação do próprio Poder Judiciário<sup>50</sup> ao proferir tratamento diferenciado para pessoas em idêntica

---

49 “Apresentamos ao público o resultado da pesquisa jurisprudencial conduzida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - CEBEPEJ e Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, modelopor meio dos Coordenadores e Pesquisadores nela indicados, versando sobre a judicialização da saúde nos Estados de São Paulo e Minas Gerais”. Foram analisados 659 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo; 442 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e 26 do Tribunal Regional Federal da 3a região, julgados entre 2010 e 2012. Os acórdãos foram selecionados a partir de uma busca com palavras-chave nos sites dos tribunais e, posteriormente, conformou-se uma amostra em que, para cada acórdão aleatoriamente selecionado, 20 eram também aleatoriamente descartados. Foram descartados ainda acórdãos que não guardassem relação fática com o objeto da pesquisa (GRINOVER; SICA, 2014).

50 “No Brasil deste fim de século, onde se vive absoluta liberdade política, pontifica como valor máximo buscado pela sociedade o da isonomia. Nada magoa mais o brasileiro médio, ao me-

situação, deixando de observar os critérios democráticos de acesso aos bens públicos. Nesse aspecto, veja-se interessante trabalho publicado a respeito da judicialização da saúde por Cyrillo e Campino:

Como evidência negativa, alguns estudos revelam que a maioria dos beneficiários dessas ações são minorias privilegiadas. Lopes Barberato Filho e Osório de Castro, em estudo acerca das ações contra a Secretaria Estadual de São Paulo (SES) relativas a medicamentos neoplásicos, verificaram que as de origem em serviços privados de saúde representavam mais de 60% do total analisado, para quatro medicamentos dos sete examinados. [...]

Outro estudo desenvolvido com dados de 2005, da Secretaria Municipal de São Paulo, examinando 170 processos solicitando medicamentos, também identificou elevada proporção de ações conduzidas por representantes privados (54%) e com origem em serviços não conveniados ao SUS (27,5%).

[...] Tal situação ainda era patente em 2007, quando, por exemplo, a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo gastou 40% do orçamento do programa de medicamentos excepcionais com apenas 30 mil pacientes por meio de ações judiciais, enquanto o programa todo deveria atender cerca de 400 mil pacientes! O mesmo tipo de distorção foi apontado pelo Secretário de Saúde do Rio Grande do Sul, onde 15% dos pacientes que usavam medicamentos de alto custo, graças a ações judiciais, absorviam cerca de 30% de todo o orçamento da secretaria, e muitos pedidos se referiam a drogas similares em eficácia a outras presentes na lista do Estado, mas com grande diferença de preço, como no caso de medicamento para hepatite C – o interferon –, que tinha uma diferença de 26 vezes entre os dois similares (CYRILLO; CAMPINO, 2010, p. 34-35).

---

nos aquele consciente de sua própria cidadania, do que receber tratamento discriminatório. Hoje se briga nas ruas quando alguém intenta postar-se fora de ordem nas filas (furar a fila). A Constituição de 1988, na esteira de forte pressão popular, rompeu com vários privilégios já tradicionais e a cada momento as pessoas se comparam com as demais para aferir eventuais discriminações. Até as crianças, nos lares e nos colégios, exigem tratamento isonômico. Trata-se seguramente do sentimento que mais concretamente fala ao homem de hoje sobre Direito e Justiça. Nestas circunstâncias, o sistema jurídico não pode deixar sem remédio adequado casos de julgamento díspares que revoltam os protagonistas, deixam perplexa a sociedade e desorganizam o meio social. [...] O elenco de casos poderia se estender por páginas a fio, mesmo que somente se desse atenção ao numerosos e de repercussão nacional. Em qualquer deles, porém, o direito ou era um ou era o outro. Metade das sentenças estava errada. Nestes casos, todos aqueles que perderam as suas demandas restaram descrentes da Justiça e certamente passaram a difundir entre os seus a notícia da falência do Judiciário. O potencial desagregador destes deslizes patrocinados pelo sistema jurídico é assombroso. Não se agride impunemente a isonomia. Trata-se de valor inestimável a ser preservado pelo Direito, ainda que por sentimento egoístico de autopreservação" (LIMA, 1997, p. 110).

Nas palavras de Regina Bonfim, é possível perceber que o Estado brasileiro, para o estabelecimento de sua agenda de prioridades em saúde, vem apresentando dois entendimentos distintos, ambos ancorados na Constituição Federal:

O primeiro está inscrito na agenda instituída no âmbito do Ministério da Saúde, portanto órgão do Poder Executivo ao qual cabe a gestão federal do SUS e das instâncias subnacionais correspondentes. A Agenda Nacional de Saúde, fruto das discussões e pactuações intergestores das três instâncias de governo, deve ser estruturada no sentido de garantir o acesso universal e igualitário à saúde e utiliza, para o custeio de suas ações, os recursos do Orçamento Anual da Saúde.

O segundo entendimento é definido pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público, quando estes determinam aos gestores do SUS o cumprimento dos pleitos da população relativos à saúde, sob a égide da garantia do direito à saúde, caracterizando uma nova conformação de demandas por serviços de saúde, não previstas nos orçamentos da União, estados e municípios. Estas demandas, sem dúvida, são legítimas para corrigir dificuldades de acesso aos serviços de saúde, mas não necessariamente promovem de forma igualitária, isto é, para a totalidade da população.

Foram acessados, na Procuradoria Geral do Município - PGM, alguns dados já agregados acerca das demandas judiciais que foram definidoras para o desenho final do componente quantitativo. Rio de Janeiro, no ano 2006, 84,58% das demandas correspondiam a determinações judiciais relativas a medicamentos, sendo que destes, 20,23% eram medicamentos excepcionais, cuja dispensação, segundo as normalizações do Ministério da Saúde, caberia à gestão estadual (BONFIM, 2008).

Os números evidenciam que o ajuizamento repetitivo de demandas atreladas a direitos fundamentais pode gerar ausência de universalização dos direitos primários, como o direito aos tratamentos básicos de saúde à população carente. Nesse aspecto, o Poder Judiciário pode acabar atuando como agente de estratificação social.<sup>51</sup>

---

51 “No contexto neoliberal surgem os conflitos, pois a partir de um mecanismo de preços, tudo deve ser submetido à lei da oferta e da procura. Ao estado cabe o papel de garantir o funcionamento do livre mercado, pelo que deve subjugar os interesses políticos (os direitos sociais nele incluídos) aos interesses econômicos. É dentro desse quadro que se localiza o conflito do judiciário, nas suas demandas por justiça e nas suas respostas à sociedade, sobretudo quanto à garantia dos direitos sociais. O direito oficial estaria preparado para resolver questões inter-individuais,

Veja-se, ainda, que dados do Ministério da Saúde demonstram que os gastos com aquisição de medicamentos em razão de ordens judiciais aumentaram 1.920%, de 2005 a 2008. Segundo o Ministério, em 60% das ações os autores poderiam ser tratados com medicamentos que o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece, mas pediram outros que o SUS não disponibiliza, por oferecerem baixo ganho terapêutico e um custo muito alto (REDE NACIONAL...).

Há quem diga que tais ações aprofundam a desigualdade, pois quem recorre ao Judiciário não são os mais carentes e, em razão dessas decisões, o Executivo se vê forçado a deixar de atender a programas de saúde muito mais importantes, inclusive, algumas vezes, para financiar medicamentos e tratamentos de eficácia duvidosa.<sup>52</sup> Essa é, portanto, uma hipótese em que o Judiciário acaba por determinar que a administração fragmente o princípio da igualdade ao cumprir ordens judiciais específicas e diferenciadas para um grupo de pessoas em detrimento de outras em igual situação fática.

Noutra perspectiva, é importante observar que inexistem estudos relacionados às demandas em que se postulam medicamentos essenciais já devidamente autorizados pelo SUS. Não se tem, nesse aspecto, uma visão global da chamada “judicialização da saúde”, pois a maioria dos estudos relacionados ao tema estão atrelados à questão orçamentária e aos medicamentos de alto custo (REDE NACIONAL ...) (BONFIM).

Entretanto, apesar desse déficit de pesquisas empíricas a respeito da busca judicial do direito à saúde, é possível estudar a proceduralização com que tais questões vêm sendo tratadas na atualidade em busca de possíveis caminhos para a construção da igualdade formal e material nesse tema que é profundamente sensível ao ser humano.

---

mas nunca as coletivas, razão pela qual considera difícil que alcance os setores mais desfavorecidos – pois para ele ‘a marginalização jurídica a que foram condenados esses setores nada mais é do que subproduto de sua marginalização econômica e social.’” (TAMER, 2005, p. 193).

52 Na obra a autora enfrenta dois problemas específicos: “ausência de universalização dos direitos fundamentais que dependem da atuação do Estado, gerando um grau elevadíssimo de conflituosidade, de um lado; ausência de instrumentos jurídicos adequados a lidar com a complexidade desse tipo de atuação, tornando imperiosa a necessidade de construção de mecanismo, de outro” (SOUZA, 2012, p. 20).

## 2.3.2 Demandas previdenciárias

As demandas previdenciárias também acarretam o fenômeno das demandas repetitivas em decorrência de diversos fatores, como sociológicos, econômicos e culturais. Entretanto, o objeto desta pesquisa abarca tão somente a perspectiva procedimental.

A previdência social é um componente da seguridade social, nos termos do art. 194 da Constituição. É tradicionalmente apontada como direito fundamental de segunda geração, constituindo garantia positiva típica do Estado Social. Além disso, é direito fundamental social fixado no art. 6º da Constituição.

Há entendimento no sentido de que a jusfundamentalidade é da previdência social uma garantia institucional (IBRAHIM, 2008, p. 1053-1082 e 1062). “Mais do que um bônus, a garantia necessária da vida digna é um ônus social, já que a dignidade da pessoa humana é também um dever de todos para com todos” (IDEM, p. 1063).

Na listagem dos 100 *Maiores Litigantes do País*, pesquisa inédita realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou-se a absoluta liderança do Instituto Nacional do Seguro Social, com participação de 22,33% no total dos processos do acervo pesquisado nacionalmente; tendo esse percentual alcançado a marca de 43,12% na Justiça Federal, 6,41% na Justiça do Trabalho e 5,95% na Justiça Estadual (CNJ, 2011, 100 maiores litigantes).

O Instituto Nacional do Seguro Social responde por mais de um quinto dos processos dos 100 maiores litigantes nacionais, sendo esse percentual inferior apenas a todo o setor bancário. Na Justiça Federal, 81% dos processos em que há presença do INSS, encontra-se no polo passivo (IDEM).

A partir dessas informações, é possível concluir, preliminarmente, que o fenômeno da postulação repetitiva alcança as demandas previdenciárias e que o pedido é realizado pelo cidadão, posto encontrar-se a autarquia federal, na maioria absoluta dos casos, no polo passivo da demanda.

Em dissertação de mestrado (MORAES, 2012), observou-se que a controvérsia jurídica relacionada às demandas previdenciárias, regra ge-

ral, diz respeito à impugnação individual de ato administrativo que indefere a concessão de benefício previdenciário. Aqui, o caso é típico de direito individual homogêneo<sup>53</sup>, pois fundado em questão de fato comum a várias pessoas, porém perfeitamente divisível.

No trabalho desenvolvido no mestrado, estudou-se a litigiosidade relacionada ao benefício de aposentadoria especial (MORAES, 2012, p. 25-31). Verificou-se que o termo inicial da controvérsia sobre o tema deu-se em meados de 1998, quando houve alteração legal a respeito da possibilidade da conversão de tempo especial em comum. Como só foi possível colher dados estatísticos a partir de 2005 junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (IDEM), constatou-se que o número de ajuizamento de demandas cresceu exponencialmente, ao ponto de terem sido ajuizadas 2.824 demandas, em 2005 e, 4.826, em 2010. A matéria foi objeto de julgamento de recurso repetitivo no STJ em 21/6/2010, tendo sido o recurso julgado em 23/3/2011 e o acórdão publicado em 5/4/2011. Desde o início da controvérsia nas cortes de justiça, decorreram aproximadamente 12 anos de discussões até a pacificação da tese. Sem dúvida, essa demora na pacificação do tema gerou decisões contraditórias, aumento de litígios e insegurança jurídica. Além disso, o tema é de extrema relevância, pois relaciona-se diretamente à prestação alimentar de pessoas que, em tese, teriam trabalhado sob condições insalubres e já possuíam tempo suficiente para a percepção do benefício previdenciário.

É decorrente do direito administrativo e potencializa a possibilidade de litígios de massa, a impugnação de ato administrativo concreto e individual que estiver fundado em um ponto comum de fato ou de direito com relação à coletividade. Em realidade, isso ocorre porque a impugnação do ato está fundada em interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. Esse é o caso específico do exemplo relativo ao direito previdenciário citado no parágrafo anterior, pois relaciona-se à interpretação de lei federal realizada pela administração pública indireta.

---

53 Os interesses coletivos estão definidos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor: 1) *interesses difusos*, nos quais sua transindividualidade se determina por sua natureza indivisível e por seus titulares serem pessoas indeterminadas, ligadas apenas por circunstâncias fáticas; 2) *interesses coletivos*, nos quais sua transindividualidade se determina por sua natureza indivisível e por ser o sujeito titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base; 3) *interesses individuais homogêneos*, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum.

As controvérsias relacionadas a matéria previdenciária afetadas em recurso repetitivo no STJ e com repercussão no STF são inúmeras e, até o presente momento, não se tem noção de quantos processos no Brasil estão suspensos em decorrência desses incidentes processuais.

Tal incongruência do sistema de justiça bem demonstra a necessidade da construção de instrumentos procedimentais que gerem igualdade formal e material sem prejuízo ao perecimento do bem da vida daqueles que buscam nas cortes de justiça a resolução dos seus conflitos.

## 2.4 Fenômeno da postulação repetitiva dos direitos fundamentais sociais

Até o momento, optou-se por aprofundar os “direitos à prestação em sentido estrito”, os chamados direitos fundamentais sociais que dizem respeito à atuação social do Estado com prioridade para os valores da igualdade e da dignidade humana. Utilizaram-se, a título de exemplificação, informações sobre o processamento de demandas relacionadas ao direito à saúde e ao direito previdenciário.

A partir dessas primeiras explanações, vai-se alinhavando a proposição desta tese, que consiste em analisar, valorar e apresentar instrumentos processuais e procedimentais que possam vir a construir a igualdade formal e material nas demandas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais.

Entende-se a igualdade formal vinculada ao próprio Estado democrático de Direito, que garante a igualdade de todos perante a lei (DRAY, 1999, p. 21), e a igualdade material como a que preconiza a realização de prestações estatais positivas para que sejam minorados os efeitos mais perversos da desigualdade de fato. Nesse sentido, os objetivos da segunda aproximam-se do princípio da dignidade humana, tal qual formulado na moderna doutrina constitucional (SILVA, 2007, p. 34).

A partir da exposição desses conceitos, retorna-se de forma mais aprofundada ao questionamento original desta tese, qual seja: considerando a existência do fenômeno das demandas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais, como construir a igualdade de todos perante a lei de forma justa?

A base fundamental do Estado democrático de Direito é oportunizar o controle dos atos dos poderes públicos a partir de uma parcela do próprio poder estatal. Ocorre que há atualmente uma alteração nesse viés de controle com o surgimento de um excesso de demandas relacionadas à postulação de direitos fundamentais, reflexo de disputas interpretativas do direito com base em paradigmas diversos, tanto do Estado Liberal quanto do Estado Social. “Pode-se falar em uma segunda tendência do direito público pátrio, pós-1988: a expressiva ampliação da intervenção judicial com vistas à concessão de prestações estatais positivas dirigidas à integral efetivação dos direitos fundamentais sociais.” (HACHEM, 2014, p. 49). Transfere-se, assim, para o Poder Judiciário responsabilidade própria da administração pública, o que gera o fenômeno das demandas repetitivas nas quais figura a administração como *repeat players*.

Nas palavras de Carlos Alberto Salles, em alusão ao tipo ideal criado pelo Prof. Marc Galanter para localizar características básicas dos litigantes em processo judicial, os *repeat players* (RP) são aquelas partes que, diversamente de outras que apenas raramente recorrem ao sistema judicial os *one-shotters* (OS), utilizam esse sistema repetidamente, defendendo seus interesses em um grande número de casos judiciais. São litigantes frequentes, como empresas, órgãos estatais ou o Ministério Público em muitas de suas atribuições.

É possível enumerar uma grande série de vantagens que os RP gozam pela sua frequente presença em juízo [...]. Os RP, já tendo estado antes em juízo, em casos semelhantes, têm a vantagem da experiência, permitindo-lhes estruturar diferentemente as próximas transações e construir uma retaguarda probatória em seu interesse [...]. É considerável a economia de escala (GALANTER, 1986 apud SALLES, 2003, p. 66-67).

A postulação repetitiva de direitos sociais passa por diversas discussões relacionadas, principalmente, à divisão dos poderes e à possibilidade que tem o Judiciário de controlar as políticas públicas, instrumento próprio de prestação dos direitos<sup>54</sup>. Deixando num plano secundário a origem

---

54 “Inúmeros são os desdobramentos da nova economia política no pensamento relacionado ao papel e ao modo adequado de agir do Estado. É nesse contexto que terão lugar as propostas

desses conflitos<sup>55</sup> e considerando serem escassos os estudos relacionados à necessidade de conceder-se à administração estrutura e independência suficientes para concretizar os direitos sob a perspectiva constitucional, bem como que ao negá-los, o faço por meio de um devido processo legal.

Tal quadro gerou uma enxurrada de demandas contra o Poder Público<sup>56</sup>, acarretando o fenômeno processual denominado “demandas repetitivas”, um tormentoso problema da justiça brasileira consubstanciado no ajuizamento de demandas semelhantes – mesma tese jurídica – por centenas ou milhares de vezes, tendo como objeto principal ações e omissões da administração pública (MORAES, 2012).

Há alusão ao fenômeno da repetição em alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 sob a perspectiva da interposição de recurso processuais, conforme se depreende da leitura do art. 543-C do CPC<sup>57</sup>, que define a repetição quando houver multiplicidade de recursos

---

do Estado Mínimo, assim como aquelas associadas ao neoinstitucionalismo e ao neoliberalismo – matérias de extrema relevância para a compreensão do momento atual, mas que escapam em muito aos limites propostos à presente investigação” (BOBBIO, 2005 apud VALLE, 2011, p. 29).

- 55 Nesse sentido, Eli Diniz expõe “a síntese dos fatores apontados na bibliografia dos anos 1970 e 1980 como determinantes das chamadas crises de governabilidade em todo o mundo, bem como o registro do elemento comum a todas as formulações e apontamentos do potencial de-estabilizador relacionado à expansão das franquias e direitos democráticos. No conflito entre liberalismo e democracia, aponta-se o aumento crescente das demandas sociais como causa determinante de ‘sobrecarga’ do sistema democrático” (DINIZ, 1995, p. 385-415).
- 56 O *Prêmio Innovare*, “que tem a finalidade de identificar, premiar e disseminar práticas inovadoras realizadas por magistrados, membros do Ministério Público estadual e federal, defensores públicos e advogados públicos e privados de todo o Brasil, que estejam aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e contribuindo com a Justiça Brasileira”, em sua Edição XII – 2015 terá como tema especial “Redução das ações judiciais do Estado: menos processos e mais agilidade”, o que bem demonstra a preocupação atual relacionada ao excesso de ações em que há presença da administração pública (PRÊMIO INNOVARE 12, 2015).
- 57 O art. 543 do CPC trata dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator do Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

com fundamento em idêntica questão de direito; demonstrando, assim, a existência de um movimento no sentido de adotar-se a força obrigatória do precedente.

A Lei dos Recursos Repetitivos teve como principal objetivo a busca da uniformização de soluções para situações análogas, incorporando decisões judiciais em massa para disciplinar hipóteses idênticas.

A redação do art. 543-B do CPC, por sua vez, trata da questão da multiplicidade de recursos extraordinários, nos quais se discute a mesma questão constitucional, ou seja, recursos repetitivos, esclarecendo as possibilidades procedimentais que podem ser adotadas. Assim, a repercussão geral no STF também prevê a vinculação às causas repetidas da interpretação constitucional exarada para o caso em concreto.

Além desses dispositivos, o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, determina a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976), quando presentes os seguintes requisitos: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco à isonomia ou segurança jurídica.

Como se pode observar, o fenômeno da massificação processual já foi incorporado ao direito positivo, apesar de existirem ainda muitas dúvidas relacionadas à sua precisa definição e extensão.

É importante ressaltar que o fenômeno das “demandas repetitivas” não possui como objeto único a postulação de direitos fundamentais sociais; entretanto, no que diz respeito à parcela relacionada ao Poder Público, esta integra razoável parte desse fenômeno.

---

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo” (Incluído pela Lei n. 11.672 de 8 de maio de 2008) (BRASIL, LEI n. 5.869, 1973).

É intuitivo que o sistema processual existente no Brasil não tem conseguido solucionar tal fenômeno, materializado em normas direcionadas para a solução de demandas individuais. Entretanto, no caso do direito público, em especial do direito administrativo, há uma lide de natureza completamente distinta: nos polos da relação jurídica há o cidadão e o Estado, com os consequentes reflexos coletivos da atuação deste último.

Os sistemas jurídicos, especificamente os relacionados à esfera processual, ainda estão vinculados a conceitos do Estado Liberal, prevendo procedimentos relativos a direitos que possam ser apropriados individualmente, desconsiderando o direito fundamental subjacente, as políticas públicas, o interesse público e os aspectos universais que devem ser observados nessa espécie de demanda.

Refletindo acerca da administração pública, sob um aspecto mais sociológico: a história social e constitucional do Brasil, o funcionamento da burocracia brasileira e a forma como as relações entre o público e o privado se constituem estão na origem dessa disfuncionalidade do Estado, que culmina na irracionalidade de um volume imenso de ações judiciais. Ao que parece, não há ativismo judicial no Brasil, o que há é reativismo judicial (PENALVA, 2013, p. 14).

Indispensável, pois, repensar o sistema judicial a partir de seu desvio de origem, qual seja, a ausência de um direito processual público (jurisdição administrativa) (MORAES, 2012), bem como de um devido processo legal administrativo prévio à decisão administrativa, sob pena de caminhar a passos largos para uma paralisação da prestação jurisdicional, o que se pode constatar pela observação das altas taxas de congestionamento nos tribunais. A manutenção do sistema tal como hoje se encontra não favorece a ninguém, traduzindo-se em excesso de trabalho, prejuízo ao erário e insatisfação dos cidadãos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), consciente da sobrecarga processual, estabeleceu alguns macrodesafios para os anos de 2015 a 2020<sup>58</sup>.

---

58 Este tema está relacionado à “gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes”, que, devido a sua importância e complexidade, foi alçado à categoria de macrodesafio pelo Planejamento Estratégico Nacional do Poder Judiciário no período de 2015-2020. “Refere-se à redução do acúmulo de processos relativos à litigância serial, advindos dos entes públicos, do sistema financeiro, das operadoras de telefonia, entre outros, por meio da gestão de informação e do uso de sistemas eletrônicos. Visa reverter a cultura da excessiva judicialização, com a pro-

Assim, consta no item 4 de seu Planejamento Estratégico a “gestão de demandas repetitivas e grandes litigantes”. Refere-se o CNJ à redução do acúmulo de processos relativos à litigância serial, advinda dos entes públicos e do sistema financeiro, entre outros, visando a reverter a cultura excessiva da judicialização.

Com efeito, milhões de demandas<sup>59</sup> são ajuizadas todos os anos, sendo necessária a gestão desse enorme volume de novos processos somado ao acervo já existente da forma mais racional e razoável possível. Entretanto, a gestão não basta para solucionar esse tormentoso fenômeno processual da atualidade, pois é imprescindível a realização de estudos relacionados à origem de tais conflitos e à busca de caminhos para minimizá-los a partir de seu nascimento.

Da maneira como está estruturado o sistema de justiça brasileiro, há a possibilidade de, a qualquer momento, este tornar-se inviável, pois uma decisão governamental que atinja um número elevado de pessoas pode vir a ser questionada individualmente e/ou coletivamente de forma a resultar em milhões de processos. O sistema de justiça não possui mecanismos instrumentais para garantir a realização desses direitos num prazo razoável e de forma efetiva; podendo, ainda, dependendo da quantidade de feitos ajuizados, entrar em colapso.

As demandas repetitivas, de uma maneira geral, englobam diversas questões de direito público e tantas outras de direito privado que precisam ser analisadas. Como exemplo, observa-se que praticamente 40% (aproximadamente 25 milhões de processos) do acervo nacional consiste em demandas em que há cobrança judicial de tributos via execução fiscal<sup>60</sup>. Lado outro, nas questões relacionadas ao direito privado, as matérias vinculadas ao setor bancário e de telefonia também representam um considerável número repetitivo de processos.

---

posição de inovações legislativas, a criação e aplicação de mecanismos para penalizar a litigância protelatória e o monitoramento sistemático dos assuntos repetitivos e dos grandes litigantes” (CNJ, PLANO ESTRATÉGICO DO JUDICIÁRIO 2015-2020).

59 *Vide* nota de rodapé n. 43.

60 No ano de 2013, havia 25 milhões de execuções fiscais no país (BRASIL, CNJ, 2013, p. 293-303). Em 2014, do total de 65,7 milhões de processos pendentes de anos anteriores, 54,65% eram execuções fiscais (BRASIL, CNJ, 2015).

Não há espaço neste trabalho para enfrentar todas essas hipóteses, por isso realiza-se um recorte específico em que são estudadas as causas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais, dada sua relevância constitucional, bem como o fato de materializarem o valor da igualdade, princípio basilar do Estado democrático de Direito.

A preocupação teórica no Brasil tem sido sempre impulsionar a efetivação dos direitos fundamentais a partir do estudo de novos conceitos e teorias sobre jurisdição constitucional. “Mas não se estuda com maior profundidade as potencialidades da máquina administrativa para promover a universalização dos direitos fundamentais.” (HACHEM, 2014, p. 58).

Por sua própria finalidade e natureza, a administração pública encontra-se mais bem aparelhada para tomar decisões relacionadas às políticas públicas, apreciando seus impactos sistêmicos e garantindo o princípio da igualdade de acesso aos bens e serviços públicos (FONTE, 2013, p. 329). Quando a matéria vier a ser judicializada, é importante que o aspecto coletivo do direito e o devido processo legal administrativo sejam considerados na prolação das decisões. Esse tema é objeto de estudo nos capítulos subsequentes, com ênfase na legislação em vigor e nas perspectivas de *lege ferenda*.

### 3 Direitos fundamentais sociais e o princípio jurídico da igualdade na seara da administração pública

No decorrer da história, o Estado organizou-se para cumprir seu objetivo existencial. Na separação originária de seus poderes, constatou-se a necessidade de tribunais independentes e imparciais para administrar a justiça (Poder Judicial) e, ainda, a existência de um poder para administrar as leis (Poder Legislativo) e um poder para executar as leis e satisfazer os interesses públicos (Poder Executivo ou Poder Administrativo) (OLIVEIRA, 2005, p. 60-88). A intervenção estatal começou a ser feita mediante leis, mas a execução dessas só poderia ter lugar por meio da administração a partir de ações devidamente materializadas em procedimentos.

A partir da Revolução Francesa, nascedouro do direito administrativo, e durante a primeira metade do sé-

culo passado, a administração pública se identificou com o Poder Executivo, no marco do princípio da separação dos poderes. Nessa época, o direito administrativo tornou-se um regime jurídico especial do Poder Executivo (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 24).

Na concepção originária de Estado cuja principal prerrogativa é o monopólio da violência legítima, o atributo estatal da soberania revelava-se suficiente para assegurar a capacidade de dar ordens – em abstrato, via sistema legislativo, ou em concreto, no âmbito especialmente da função administrativa. Em verdade, tal situação alterou-se e seus deveres de atuação em plena sociedade do conhecimento modificaram-se do tradicional desenvolvimento das funções de polícia para alcançar toda uma nova gama de atividades (VALLE, 2011, p. 76).

A personificação jurídica do Estado assume assim o pressuposto de toda a construção do direito público. Nesse aspecto, a administração pública, até então identificada como um dos poderes do Estado, passa a ser considerada como uma função do Estado (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 24).

A luta da humanidade por igualdade, democracia e controle dos detentores do poder político desaguou na doutrina dos direitos do homem e tem seu nascimento na própria concepção do direito natural da Antiguidade,

a qual constitui um verdadeiro ancestral filosófico da doutrina dos direitos fundamentais.<sup>61</sup> Assim, quando é introduzida no Texto Constitucional a igualdade como princípio jurídico, surge a obrigação estatal de constituí-la nas esferas socioeconômicas e políticas por meio de comportamentos positivos e negativos, não podendo ausentar-se o Estado deste dever sem contrair a ordem posta (ROCHA, 1990, p. 42).

Esse redimensionamento do conceito de direito, que desaguou no Estado Social de Direito, trouxe um novo eixo ao direito administrativo (IDEM, p. 81), tornando-se indispensável a estruturação da administração e a existência de procedimentos adequados para a efetividade dos mandamentos constitucionais.

---

61 Vide Siraque (2005, p. 12). Vide também Ferreira Filho (2000, p. 9).

Odete Medauar (2009) define a administração pública, quanto a seu aspecto funcional, como um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, organizando a realização das finalidades públicas postas por tais instituições. Já quanto ao aspecto organizacional, a administração representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população.

O objetivo primeiro da administração pública é a realização do “interesse público”, o que reside “na própria preservação dos direitos fundamentais (e não em sua limitação em prol de alguns interesses opostos da coletividade)” (PERLINGEIRO, 2012, p. 318) e impõe o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando sua realização até um grau máximo de otimização.

A partir do momento em que o perfil estatal desenhado na Constituição Federal mantém expressamente a redução das desigualdades sociais por meio da promoção da igualdade material, faz-se necessária a tutela dos direitos fundamentais sob as perspectivas individual e coletiva, sendo a seara administrativa o espaço originário para que isso aconteça. “A administração passa a ter também funções de assistência e integração social, em cumprimento de exigências de justiça dos direitos sociais declarados na Lei Maior” (MEDAUAR, 2012, p. 36).

Constata-se que o interesse público<sup>62</sup>, objeto máximo do Estado de Direito, é um interesse metaindividual e, por consequência, um interesse coletivo que necessita de um processamento diferenciado para assegurar a igualdade imanente da natureza do direito material.

---

62 “Não há liberdade na administração pública no seu dever e alcance e realização do interesse público, no sentido de que sua ação ou omissão esteja livre do critério, ou mesmo do arbítrio, da autoridade administrativa. No Estado de direito democrático, social e ambiental, a vinculação aos fins das funções da administração pública significa a salvaguarda e a promoção do interesse público ou do bem comum. Trata-se aqui de um princípio estrutural não escrito de toda forma de manifestação da administração” (WOLFF; BACHOF; STOBER, 2006, p. 424).

Com efeito, podem-se considerar como interesse metaindividual o interesse social<sup>63</sup>, o interesse geral<sup>64</sup> e o interesse público<sup>65</sup>, expressões equivalentes que poderiam ser tão somente denominadas interesses coletivos num sentido amplo. O primeiro diz respeito a uma comunidade social em determinado espaço de tempo; o segundo pode ser apreendido como aquele que, sem chegar a importar a toda uma sociedade, detém a importância qualitativa e quantitativa para um ou mais grupos constitutivos daquela; e o último refere-se ao interesse que o Estado assume como prevalente para a consecução do bem comum (RAGONE, 2005, p. 633-648). “O interesse público exige a subordinação das ações administrativas ao primado dos direitos fundamentais de todas as dimensões, notadamente ao direito fundamental e à boa administração.”<sup>66</sup>

Para o cumprimento dessa finalidade, a Constituição de 1988 consagrou os princípios básicos do direito administrativo, ao relacionar que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>67</sup> obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e efi-

---

63 “Interesse social é aquele que consulta à maioria da sociedade civil; o interesse que reflete o que a sociedade entende por bem comum; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo ‘coletivo’ num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos” (MANCUSO, 2004, p. 29).

64 Jacques Chevallier (1981 apud MANCUSO, 2004, p. 30) indica o *processus* pelo qual os interesses individuais, após terem se aglutinado nos diversos grupos sociais, podem ascender a um plano de maior amplitude, passando a integrar o interesse geral.

65 “Ao contrário do que se passa com o interesse ‘social’ e ‘geral’, ambos estreitamente afetados às noções de ‘coletividade’, ‘sociedade civil’, aqui, porém, predomina a presença do Estado [...]. Aliás, na gestão da coisa pública, a finalidade dos atos administrativos deve ser sempre informada pelo interesse público, pena de incidir a autoridade em desvio de poder. Tais considerações sugerem que, efetivamente, a expressão ‘interesse público’ evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediatamente, aqueles interesses que o Estado ‘escolheu’ como os mais relevantes, por consultarem os valores prevaletentes na sociedade” (MANCUSO, 2004, p. 32).

66 “Os direitos fundamentais dos ‘administrados’ somente se afirmam entrelaçadamente” (FREITAS, 2009, p. 40).

67 “Na organização administrativa brasileira há uma divisão vertical (que não significa hierarquia entre os níveis), decorrente da forma federativa. Segundo esse critério, existe a *Administração Federal*, a *Administração Estadual*, a *Administração do Distrito Federal* e a *Administração Municipal*. No aspecto horizontal, em cada uma dessas Administrações, quando o grau de complexidade admitir, reparte-se a administração pública em *direta* e *indireta*” (MEDAUAR, 2012, p. 59).

ciência<sup>68</sup>, além dos preceitos constantes nos 22 incs. e 12 parágrafos do art. 37 e das demais regras previstas nos arts. 38 a 42.

Nas palavras de Cármen Lúcia, o desempenho das atividades administrativas pelo Estado mostrou tamanha relevância na busca dos objetivos sociais, que pela primeira vez no constitucionalismo pátrio cuidou o constituinte de referir-se à organização político-administrativa:

O desempenho das atividades administrativas pelo Estado mostrou-se tanto mais importante na busca dos objetivos sociais que, pela vez primeira no constitucionalismo pátrio, cuidou o constituinte de referir-se à organização político-administrativa no Título III, da Carta Magna. A atenção à atividade administrativa no documento constitucional, na forma por ele prevista, significa o relevo oferecido à democratização da administração pública segundo o ideal contemporaneamente posto, quer-se dizer, segundo os parâmetros contemporâneos de legalidade, moralidade e materialidade das prestações de bens e serviços de que se considera devedor o Estado à sociedade (ROCHA, 1990, p. 80).

No contexto atual, ao Estado passou a ser atribuído o dever de prestar serviços considerados essenciais pela sociedade e vinculados à dignidade humana, como a assistência social, a educação, a saúde, a moradia etc. Essas pretensões, quando sofrem resistência, acabam gerando conflitos de massa.

Com efeito, no âmbito da função administrativa, concretizam-se os direitos fundamentais explícitos e implícitos no Texto Constitucional, vale dizer que o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa – que é diretamente relacionada à concretização dos direitos fundamentais – é um caminho eficaz para assegurar a construção da igualdade (VALLE, 2011, p. 76).

O Estado de serviço, orientado ao cumprimento dos compromissos constitucionais, tem por funções básicas não só aquelas de prestador de atividades jurídicas e socioeconômicas, mas também a de fomentar o desenvolvimento público em todas as suas modalidades (MOREIRA NETO, 2008). No instante em que a administração deixa de cumprir essa função primária, as demandas são repassadas ao Poder Judiciário, ge-

---

68 Redação do *caput* dada pela EC 19 de 4 de junho de 1998 (BRASIL, CF, 1988).

rando a judicialização massiva de prestações individuais embasadas em direitos fundamentais sociais. “O problema que decorre dessa expansão do Estado é uma contradição entre o fim (a igualdade) e os métodos (‘opressão burocrática e administrativa’) praticados pela administração pública.”<sup>69</sup>

Faz-se necessária, assim, a criação de mecanismos processuais e procedimentais para materializar e operacionalizar as normas constitucionais na seara administrativa, com especial urgência no campo da universalização<sup>70</sup> dos direitos fundamentais sociais com observância do princípio da igualdade.

### 3.1 Demandas repetitivas decorrentes de ações e omissões da administração pública

Não é somente por meio da prestação insuficiente de um direito fundamental social, ou de uma omissão da administração pública que se originam conflitos repetitivos a serem solucionados pelo Poder Judiciário.

Com efeito, muito embora os conflitos privados sejam numerosos, indubitavelmente o Estado é o maior violador de direitos, comparecendo, em razão disso, em grande número de feitos judiciais, em demandas marcadas pela repetitividade e pela própria previsibilidade de seu resultado.<sup>71</sup>

É fato notório que em muitas situações o requerimento administrativo prévio é dispensado e o Judiciário tutela, além dos direitos individuais, processos originariamente a cargo de autoridades administrativas, que, por muitas vezes, sequer precisariam do Judiciário para atuar

---

69 Dias (2003, p. 144). O texto faz alusão a Habermas (1990, p. 116).

70 Jorge Miranda distingue a igualdade do princípio da universalidade: “Este princípio (da universalidade), embora incindível do da igualdade, não se confunde com ele. Todos têm todos os direitos e deveres – princípio da universalidade; todos (ou em certas condições ou situações, só alguns) têm os mesmos direitos e deveres – princípio da igualdade. O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários da norma, o princípio da igualdade ao seu conteúdo. O princípio da universalidade apresenta-se essencialmente quantitativo, o da igualdade essencialmente qualitativo” (MIRANDA, 2000, p. 215-216).

71 Rogério Pacheco Alves (2007). Ver ainda: Perlingeiro (2005, p. 199-205). Ver também Vânia Cardoso André de Moraes (2012).

(PERLINGEIRO, 2015, p. 293-331), substituindo este a atuação administrativa em consequência da absoluta ineficiência do Poder Público e não pela existência de uma pretensão resistida.

Observando-se a origem dos conflitos que envolvem a administração pública, pode-se constatar que muitos deles poderiam ter sido solucionados na seara administrativa. Dois exemplos simbolizam a judicialização excessiva: decisões administrativas restritivas de direitos individuais, dentre elas a execução fiscal, e decisões relacionadas a um dever de prestação fundamentada na aplicação de normas, administrativas, legais, constitucionais ou convencionais (IDEM).

A respeito das pretensões individuais baseadas na interpretação das normas, “é comum os interessados ouvirem nos balcões das autoridades administrativas que suas pretensões são legítimas e que seguramente sairiam vitoriosos em processos judiciais, ainda que nada recebam, diretamente, daquela mesma autoridade” (IDEM).

Assim, o próprio Judiciário decide processos na esfera judicial, suprimindo deficiências formais e avançando no conteúdo e alcance de decisões administrativas. O processo administrativo acaba por ser dispensável, sendo que várias questões passam a ser decididas na seara jurisdicional de forma permanente.

Isto ocorre porque as autoridades administrativas não possuem independência suficiente a fim de colocar em prática o princípio da legalidade (império da lei), que não mais se limita à submissão a uma lei em sentido estrito ou literal, mas sim a normas constitucionais e convencionais (IDEM).

Nesse caso, diante de uma ilegalidade, inconstitucionalidade ou anticonvencionalidade de uma lei, há o direcionamento da questão para o Poder Judiciário, gerando o fenômeno das demandas repetitivas e a consequente pulverização de soluções relacionadas a um conflito único, em ofensa ao princípio da igualdade.

Não há como estudar as demandas repetitivas que assolam o Judiciário sem adentrar na seara administrativa em que se origina o fenômeno. Para melhor visualização dessa afirmação, é importante classificar em cinco subgrupos as ações e omissões da administração pública que acarretam a pulverização dos litígios, esclarecendo que podem in-

cidir várias hipóteses descritas em um único ato administrativo: i) ação oriunda de interpretação de lei federal, convenção ou Constituição; ii) atos gerais praticados pelo Poder Público que não são tecnicamente lei, como normas gerais e regulamentos; iii) ato administrativo concreto e individual fundado em um ponto comum de fato ou de direito com relação à coletividade; iv) ato administrativo concreto e individual que ocasione, direta ou indiretamente, vantagem ou prejuízo com relação a terceiros em quantidade suficiente que demonstre existir interesse de um grupo; v) omissão da administração.

A primeira hipótese – interpretação de lei federal, convenção ou Constituição – relaciona-se às dúvidas interpretativas e às consequentes discussões reiteradas no Judiciário que delas decorrem. É o que comumente costuma-se chamar de teses jurídicas<sup>72</sup> diretamente vinculadas ao princípio da legalidade que deve ser observado pela administração pública.

A finalidade das interpretações constitucionais é a inclusão dos grupos colocados à margem de vários segmentos sociais, razão pela qual se conclui que o princípio da igualdade é aquele que envolve tanto a igualdade diante da lei quanto a igualdade de oportunidades (MOURA, 2005, p. 120).

Quanto à segunda hipótese – objeção relacionada a atos gerais praticados pelo Poder Público que não são tecnicamente leis – é possível constatar que uma das qualidades básicas das leis, desde Montesquieu até os dias de hoje, é a necessidade de generalidade e abstração. Dessas qualidades, participam outras normas, atos gerais praticados pelo Poder Público que não são tecnicamente leis, mas detêm conteúdo geral, pois regulam a conduta dos habitantes e representam, dentro da esfera de competência, a exteriorização de uma vontade estatal. Forçoso concluir,

---

72 Um exemplo da extensão da tese jurídica encontra-se no Enunciado 19 aprovado no Seminário *O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*, que aconteceu nos dias 26 a 28 de agosto de 2015 na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, com a presença de 500 juízes federais e estaduais. Enunciado 19: “A decisão que aplica tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada” (SEMINÁRIO O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL).

de um ponto de vista lógico-pragmático, que esses atos têm a mesma capacidade de vulnerar a garantia da igualdade e gerar o fenômeno da postulação repetitiva (MORAES, 2012, p. 23).

Veja-se, como exemplo, o ato administrativo normativo denominado de regulamento. Com relação à natureza da situação jurídica que cria o ato, este pode ser chamado de ato-regra, pois, a partir de sua edição, surgem situações gerais, abstratas e impessoais, sendo que, em tudo, tal ato assemelha-se à lei, contudo dela difere, pois a tem como limite (MELLO, 2009, p. 34). Entretanto, pertinente ao estudo dos meios de impugnação processual de um regulamento que se entenda ilegal, este pode sofrer o controle incidental por centenas ou milhares de pessoas via ações individuais com efeitos concretos, acarretando o fenômeno processual das ações repetitivas e, em decorrência da desconsideração da origem do ato, grave ofensa ao princípio da igualdade a partir da prolação de decisões diversas num mesmo momento histórico e relacionadas a um mesmo fato jurídico.<sup>73</sup>

Também decorrente do direito administrativo, a terceira hipótese consiste em uma situação que potencializa a ocorrência de litígios repetitivos consubstanciados na impugnação de ato administrativo concreto e individual que estiver fundado em um ponto comum de fato ou de direito em relação à coletividade. Em realidade, isso ocorre porque a impugnação do ato está fundada em interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo<sup>74</sup>. O mesmo pode ocorrer com a impugnação de um ato administrativo concreto e individual que ocasione, direta ou indiretamente, vantagem ou prejuízo com relação a terceiros em quantidade suficiente que demonstre existir interesse de um grupo (PERLINGEIRO, 2005, p. 199-205).

73 Superior Tribunal de Justiça - STJ. Exemplo: REsp. 1102457 – “obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.577/2006 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)” (BRASIL, STJ, REsp 1102457).

74 No nosso sistema, os interesses coletivos estão definidos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor: *interesses difusos*, nos quais sua transindividualidade se determina pela sua natureza indivisível e por serem seus titulares pessoas indeterminadas, ligadas apenas por circunstâncias fáticas; *interesses coletivos*, nos quais sua transindividualidade se determina por sua natureza indivisível e por ser o sujeito titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base; *interesses individuais homogêneos*, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum (BRASIL, CDC, 1990).

A quinta hipótese refere-se à possibilidade de uma omissão administrativa resultar em dano jurídico ao administrado, o que poderá ensejar, em tese, responsabilidade patrimonial do Estado, bem como do próprio servidor, nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). E se essa omissão atingir uma coletividade de pessoas, também acarretará o surgimento do fenômeno das demandas repetitivas.

Quando a omissão é decorrente de ausência de lei que regulamente direito social previsto constitucionalmente, está-se diante da inconstitucionalidade por omissão, que tem a possibilidade de controle difuso e concentrado, gerando pulverização de demandas.

Por outro lado, se a omissão administrativa ocorre atrelada a um direito fundamental social previsto legalmente, está-se diante de uma objeção pela ausência ou ineficiência de uma política pública, entendendo-se esta última como o conjunto de procedimentos necessários à realização dos direitos sociais. Trata-se aqui de campo vinculado a um nível otimizado de prestações condizentes com a justiça distributiva de um Estado Social.

Outra questão que pende sobre a aplicação do princípio da igualdade refere-se à atuação administrativa envolvida por elementos ditos discricionários [...]. Tanto o conceito do princípio jurídico da igualdade quanto o da discricionariedade obedecem à exclusão da arbitrariedade. Igualação jurídica não pode ser arbítrio, como não o é a discricionariedade.<sup>75</sup>

Atesta-se, após a apresentação dessa classificação, o nítido caráter metaindividual das ações e omissões da administração pública, consequentemente, a racionalidade individualista precisa ser ultrapassada para que se alcance a efetividade dos direitos sociais sob o aspecto da titularidade coletiva.

---

75 “É necessário distinguir de modo mais preciso a igualdade perante a lei, da igualdade nos direitos (ou dos direitos, segundo as diversas formulações) e da igualdade jurídica. A expressão igualdade de direito é usada em contraposição à igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material. A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada; significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados [...]” (BOBBIO, 1997, p. 29-30 apud MOURA, 2005, p. 42).

### 3.2 O princípio da legalidade sob a ótica constitucional de transformação da igualdade jurídica em igualdade social

Efetuada, no item anterior, a relação entre demandas repetitivas, ações e omissões da administração e os direitos sociais, passa-se a analisar os instrumentos processuais e procedimentais dentro da seara administrativa que possam ser utilizados como elementos de construção da igualdade sob os aspectos formal e material. Nesse sentido, é necessário que o princípio da legalidade seja concebido a partir da ótica constitucional de transformação da igualdade jurídica em igualdade social.

Alexandre de Moraes salienta que o direito administrativo tem seu nascimento contemporâneo ao do direito constitucional, pois a mesma ideia que fez surgir o constitucionalismo contemporâneo consagrou a autoridade do direito administrativo, qual seja: “limitação e controle dos abusos do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado” (MORAES, 2002, p. 27).

Toda organização política apoia-se necessariamente em uma concepção determinada do direito. Uma vez que todo o poder pretende possuir legitimidade, todo poder é um poder jurídico, ou em termos mais categóricos, toda forma histórica de Estado é um Estado de Direito (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 423). Nesse sentido, o Texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.” Complementando o dispositivo pertinente à administração pública, o art. 37 estabelece que “A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade [...]” Em suma: consagra-se, em nosso direito constitucional, a aplicação plena do chamado princípio da legalidade.

O princípio da legalidade abarca dois outros princípios: o princípio da primazia (ou prevalência, ou supremacia) e o princípio da reserva legal. O primeiro determina que a administração deve obedecer à lei e o

segundo significa que os atos administrativos devem fundar-se em leis (SIRAQUE, 2005, p. 57).

Quando o Estado se dispõe a conceder um benefício social a determinada categoria, é importante que oportunize a outros grupos a discussão por meio de um procedimento legislativo democrático<sup>76</sup>. Disso decorre que a postulação de direitos fundamentais via requerimento administrativo deve observar o princípio da legalidade sob duplo aspecto: da reserva e da lei e da primazia da lei, para que não haja ofensa ao princípio da igualdade. O primeiro é um viés negativo da legalidade que diz respeito à proibição de atuar contra a lei e o segundo, um viés positivo que impede a atuação do administrador sem existência de lei prévia.<sup>77</sup> Por essas razões, num primeiro momento, pode-se afirmar que o administrador público não pode conceder benefícios sociais sem lei prévia.<sup>78</sup>

Nas palavras de Patrícia Moura:

A expressão 'igualdade perante a lei' pode ser entendida, de forma restrita, como sendo o tratamento igual da lei para com todos os homens, mas para uma abordagem mais ampla, a 'igualdade perante a lei' deve ser tratada a ponto de englobar, além do tratamento igual pela lei, a igualdade quanto aos direitos fundamentais enumerados numa Constituição, que, para Bobbio, trata-se da igualdade nos direitos ou na lei.<sup>79</sup>

---

76 Vide procedimento administrativo democrático na visão de John Rawls (1995).

77 Nesse sentido: "*La Administración Pública, en cambio, desempeña una función exclusiva en la ejecución de las leyes, siempre teniendo en cuenta el interés común. En el ejercicio de esta función está sometida al derecho y la ley (Artículo 20 Apart. 3 LF). Este sometimiento actúa como un mecanismo central que asegura que la voluntad del pueblo, representada en los órganos legislativos, sea ejecutada mediante el cumplimiento de la ley. El principio de la legalidad se sirve de dos mecanismos complementarios frente al poder ejecutivo para garantizar el imperio de la ley: por una parte la primacía y por otra parte la reserva de la ley, es decir, la prohibición de actuar en contra la ley o sin ella*" (JESTAEDT, 2010, p. 11 apud BLANKE, 2012, p. 22).

78 Aula ministrada por Ricardo Perlingeiro na disciplina *Acesso à Justiça* do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito - PPGSDS, Universidade Federal Fluminense, dezembro de 2013.

79 Patrícia Moura (2005, p. 42). Para Norberto Bobbio, "é necessário distinguir de modo mais preciso a igualdade perante a lei, da igualdade nos direitos (ou dos direitos, segundo as diversas formulações) e da igualdade jurídica. A expressão igualdade de direito é usada em contraposição à igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material. A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada; significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados [...]" (BOBBIO, 1997, p. 29-30).

A lei se faz necessária para limitar a atuação do Estado nas chamadas liberdades negativas e para que sejam reconhecidos os direitos sociais fundamentais. O que está por trás disso é o princípio da igualdade.

Nesses termos, toda ação do poder deve estar justificada em uma lei prévia. Tal exigência parte de duas premissas: uma geral, relacionada à ideia de que a legitimidade do poder procede da vontade comunitária, cuja expressão típica é a lei – e numa interpretação ampliada, a Constituição –; e outra específica, consubstanciada no pressuposto de que toda atuação deve estar coberta por uma lei prévia (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 425).

Noutra perspectiva, a reserva da lei explicita que o legislador está obrigado constitucionalmente a regular por lei determinadas matérias e só. Excepcionalmente, há autorização, também legislativa, para um reenvio normativo aos regulamentos (MORÓN, 2010, p. 59). Mas essa remissão tem limites materiais, pois é a lei que deve regular a matéria por si para que não haja degradação da reserva da lei (IDEM, p. 61). “A lei será igual para todos e a todos se aplicará com igualdade. Não haverá restrições à igualdade perante a lei. É um direito incondicional e absoluto”<sup>80</sup> (CAMPOS, 2013, p. 53).

Michel Morón delimita a profundidade da reserva da lei ao afirmar:

*Por lo tanto, en el ámbito material reservado a la ley no cabe el reglamento Independiente. No solo eso, sino que tampoco es constitucionalmente aceptable una remisión en flanco o completa de la ley al reglamento. Por el contrario, la ley debe contener su propia regulación sustantiva y el reglamento solo puede constituir un complemento indispensable de la regulación legal, por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las leyes.*

*Sin embargo, no basta con saber qué materias están efectivamente reservadas a la ley, sino hasta donde alcanza esa reserva en cada caso y qué hay que entender por complemento indispensable de la ley como limite material de la intervención del reglamento en estas materias* (MORÓN, 2010, p. 59).

Não é objetivo deste estudo distinguir entre uma reserva absoluta e uma relativa, considerando a intensidade ou os limites da reserva da lei, uma vez que, em realidade, a solução não é a mesma para cada caso, “*pero que hay una especie de escala de intensidad de las reservas de ley que se gradua*

---

80 Para o autor, o princípio da igualdade perante a lei se destinaria ao legislador, pois o aplicador, juiz ou administrador estaria obrigatoriamente vinculado à lei (CAMPOS, 2013, p. 47-85).

*en la práctica em función de critérios diversos, como son la tradición jurídica o el grado de afección de los derechos individuales [...]” (IDEM, p. 61).*

John Rawls esclarece que o princípio do império da lei limita, em grande parte, o arbítrio de juízes e administradores e implica também o preceito de que casos similares devem ser tratados de modo similar, sendo necessária a justificação razoável para possíveis distinções. A esse respeito, afirma o autor:

Os homens não podem regular suas ações por meio de normas se não seguem um preceito. Desde logo, esta idéia não nos leva muito longe, já que devemos supor que os critérios de semelhança sejam dados pelas próprias normas legais e por princípios utilizados para interpretá-las. Não obstante, o preceito de que se deem decisões iguais em casos iguais limita em grande parte a discricionariedade dos juízes e autoridades. O preceito os obriga a justificar as distinções que fazem entre as pessoas, com referência às normas e aos princípios jurídicos procedentes. Em qualquer caso particular, se as normas são complexas e necessitam interpretação, pode ser fácil justificar uma decisão arbitrária. Porém como o número de casos aumenta, é mais fácil justificar os juízos tendenciosos. A exigência da estabilidade se mantém para a interpretação de todas as normas e para as justificações de todos os níveis. Com o tempo, os argumentos razoáveis para justificar juízos discriminatórios se tornam mais difíceis de formular e as pretensões destes argumentos são menos persuasivas. Este preceito se mantém nos casos de equidade, significa dizer, quando exista uma exceção porque a norma estabelecida produz uma justiça imprevista (RAWLS, 1995, p. 224).

Quanto à aplicação dessas regras gerais aos casos particulares pelos administradores, recai-se em uma justiça processual quase pura: as leis e os programas são justos na medida em que estejam dentro do âmbito consentido e que o Legislativo, seguindo as formas autorizadas pela Constituição justa, haja promulgado as leis de fato (IDEM, p. 192). Constata-se, assim, que a legalidade não pode ser interpretada de forma restrita, mas está atrelada à Constituição Federal. O princípio da legalidade, a partir dessa perspectiva, tem grande força para universalizar os direitos; mas, para que encontre legitimidade, deve observar a supremacia da Constituição, posto que esta incide sobre todos os atos dos administradores e dos juízes.

O Estado democrático de Direito está orientado não somente para a garantia da liberdade, mas também para a igualdade, e a “vontade popular representada pelo parlamento não tem validade absoluta e sem limites, mas é válida unicamente na medida em que não se choca com um direito de nível superior, a Constituição.”<sup>81</sup>

Assim, para A. Baldassarre, o conceito clássico de “Estado de Direito” articula-se sobre três distintos princípios: a) o princípio da legalidade (supremacia e reserva da lei), como garantia da liberdade individual (liberdade e propriedade) e, ao mesmo tempo, como expressão imediata do princípio da maioria (soberania popular ou parlamentar); b) a regra da divisão de poderes e do recíproco controle-balanceado (*checks and balances*) entre os ramos do poder público; c) a independência dos juízes e a garantia jurisdicional dos direitos (também contra comportamentos ilegítimos do poder público) como corolário fundamental do supramencionado princípio da legalidade.

Nas palavras de Cármen Lúcia, o princípio da igualdade atinge inclusive os atos discricionários:

Entretanto, diante de uma circunstância que faça emergir o elemento discricionário na conduta do administrador público e que se repita em outra ocasião, não pode ele adotar atitude diversa daquela anteriormente acolhida, porque o tratamento igual do direito igual impõe a reiteração do provimento público. A igualdade por meio da lei é, em verdade, a igualdade por meio do Direito e o aperfeiçoamento deste está na lei, tanto quando na conduta do administrador público ou do julgador, que não podem frustrar o direito justo contido no princípio jurídico da igualdade em nome de qualquer fator discriminatório arbitrário, mesmo aquele areolado com tons da discricionariedade (ROCHA, 1990, p. 43).

Mantém-se hoje a mesma convicção comum a respeito da origem e do fim do direito, qual seja, “*la radical igualdad de los hombres, a la que la conciencia actual es especialmente sensible*” (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 424).

---

81 Sobre a possibilidade de a administração verificar a constitucionalidade das leis, *vide* considerações apresentadas no item 6.6, que trata do Código Modelo Perspectivas de *lege ferenda* da construção da igualdade via processo administrativo: Código Ibero-Americano de Processos Administrativo Judicial e Extrajudicial, e os princípios da legalidade, constitucionalidade e convencionalidade que devem estar adstritos à administração pública (PALU, 2004, p. 77).

Considerando os dispositivos constantes na Constituição Federal<sup>82</sup>, é possível concluir que o Estado tem a obrigação de intervir para que a igualdade jurídica se transforme em autêntica igualdade social (HACHEM, 2014). Trata-se de um relevante viés do interesse público que deve ser protegido pelo Estado e se configura a missão primeira do Executivo, “neste emaranhado de governo e administração.”<sup>83</sup>

A partir dessas considerações, pode-se afirmar que o princípio da legalidade que vincula a administração pública deve ser interpretado sob a ótica da supremacia da Constituição. “Diferentemente do pensamento que associa justiça, de modo exclusivo, ao Poder Judiciário, coloca-se aqui uma postura que atribui também à administração uma tarefa de justiça” (MEDAUAR, 2009, p. 71).

Com efeito, a concepção restrita do princípio da legalidade compreende a observância da lei formal como limite de sua aplicação e interpretação. Melhor interpretação, contudo, apresenta Di Pietro ao esclarecer que é possível falar-se em legalidade em sentido amplo, para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que formam a base do ordenamento jurídico<sup>84</sup> e têm seu nascedouro na Constituição Federal.

No entendimento de Hachem, não basta que a administração não agrida os bens jurídicos das pessoas.

Ela precisa também fornecer as condições materiais para que os direitos fundamentais sejam fruídos pelos cidadãos, além de criar normas jurídicas

---

82 Constam na Constituição Federal de 1988 vários dispositivos fundados neste princípio: art. 3º, incs. III e IV; art. 5º, *caput*, incs. I e XLI; art. 7º, incs. XXX e XXXI; art. 170, inc. VII; art. 193 e art. 206, inc. I (BRASIL, CF, 1988).

83 “Além do mais, no Brasil, coexistem, no vértice do Poder Executivo, funções governamentais e funções administrativas, o que dificulta também a nítida separação de ambas. Na prática da atuação do Executivo, ocorre, em geral, um emaranhado de governo e administração, o que, segundo alguns, permite evitar um governo puramente político e uma administração puramente burocrática” (MEDAUAR, 2009, p. 49)

84 “Hoje é possível falar em *legalidade restrita*, significando exigência de lei, em sentido formal, para a prática de determinados atos, em especial os que restringem direitos do cidadão, tal como decorre no art. 5º, II, da Constituição. Também é desse sentido restrito que se fala quando se exige lei para criação de cargos, empregos e funções (art. 61, parágrafo 1º, I, a), para fixação e alteração de vencimentos e subsídios para os servidores públicos (art. 37, X), para criação ou aumento de tributos (art. 150, I) e tantos outros previstos na Constituição. Todavia, também é possível falar em *legalidade em sentido amplo*, para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico” (DI PIETRO, 2002, p. 671).

para instituir organizações e procedimentos adequados ao exercício universalizado desses direitos (função de prestação normativa de organização e procedimento) (HACHEM, 2014, p. 68).

Embora norteadas pelo princípio da legalidade, a função administrativa desempenha amplo rol de atividades que propiciam serviços, bens, utilidades, dificilmente ‘enquadráveis’ na rubrica de mera executora da lei (MEDAUAR, 2012).

Há, no mundo contemporâneo, grande dificuldade para compreender a extensão do que venha a ser uma legislação justa ou injusta, especialmente em relação às políticas econômicas e sociais, existindo aí uma diferença razoável de opiniões.<sup>85</sup>

Nesse aspecto, adota-se como referência teórica o posicionamento de John Rawls no sentido de que as políticas sociais e econômicas devem ter como objetivo a maximização das expectativas a longo prazo dos menos avantajados, nas condições de uma igualdade equitativa de oportunidades, nas quais se mantenham as mesmas liberdades para todos (RAWLS, 1995, p. 191). Esse referencial está em perfeita sintonia com a Constituição Federal de 1988, conforme exposto neste trabalho.<sup>86</sup>

A administração pública tem, portanto, o dever constitucional de construir a igualdade formal e material, pois a violação desse princípio é muito mais grave que a violação de uma norma. Tal é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu

---

85 Evidente que algum tipo de marco teórico é necessário para acrescentar a aplicação dos princípios de justiça relacionados ao interesse público à atuação administrativa a partir do princípio da legalidade. Quanto a esse aspecto, conforme Rawls: em primeiro lugar, o cidadão tem que julgar a justiça da legislação e das políticas sociais; em segundo lugar, tem que decidir que disposições constitucionais são válidas para reconciliar as opiniões contrapostas a respeito da justiça e ponderar a respeito da justiça dos procedimentos que resolvem as controvérsias políticas. Idealmente uma constituição justa será um procedimento justo que assegure um resultado justo (RAWLS, 1995, p. 189).

86 Vide nota 82 sobre dispositivos da Constituição Federal relativos ao princípio da igualdade.

arcabouço lógico e correção de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada (MELLO, 1980, p. 230).

A administração pública no Brasil, baseada em uma interpretação restritiva do princípio da legalidade, muitas vezes utiliza-o não como uma garantia em favor do cidadão, mas como uma escusa para ofender, por ação ou omissão, seus direitos fundamentais. Entretanto, em um Estado de Direito, o princípio da supremacia da lei, isto é, a observância das normas constitucionais, convencionais e dos direitos fundamentais deve ser respeitada pela administração, o que em muito diminuiria o fenômeno das demandas massivas contra o Poder Público.

Daniel Wunder Hachem batiza essa corrente de direito administrativo social, “que se preocupa com os contornos de uma administração pública inclusiva por objetivar ações universalistas que alcancem todos os cidadãos necessitados e não aqueles privilegiados de recorrer ao Poder Judiciário” (HACHEM, 2014, p. 64).

Diante dessas considerações, cabe a busca da construção da igualdade nas postulações repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais na seara da administração pública, objetivando afastar a promoção institucional de um resultado diferenciado – por vezes um não resultado – das pretensões individuais (GOUVÊA, 2003) o que acaba por gerar consequências nefastas para o sistema social.

Pode-se concluir, preliminarmente, pela necessidade da observância do princípio da supremacia da lei para garantir o acesso igualitário aos direitos fundamentais sociais, considerando-se a função da não discriminação dos mencionados direitos, ressalvadas as discriminações positivas necessárias para proporcionar a igualdade material. “O conceito de Estado se modificou e, paralelamente, mudou a concepção do Direito e, na esteira deste, a do Direito Administrativo, modificou-se sob o enfoque contemporâneo o conceito de legalidade que recebeu novo delineamento.”<sup>87</sup>

---

87 “A legalidade metonímia jurídica traduz conteúdo muito mais extenso e profundo no Estado Social de Direito, que anteriormente se poderia supor. Afirma-se por ela a acomodação das entidades e atividades administrativas ao Direito. Não apenas à lei, tomada em seu sentido formal, mas ao complexo de normas jurídicas postas à observância. E também não apenas à sua letra,

Nesse sentido, Ernest Forsthoff assevera que “a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa [...]” (FORSHOFF, 1959, p. 41 e ss. apud OTERO, 2007, p. 15).

Uma reforma do Estado se faz premente para assegurar a promoção dos direitos prestacionais de forma a garantir que a igualdade jurídica se transforme em igualdade social. Nesse sentido, a realização dos direitos fundamentais consiste em um tema intimamente dependente das estruturas administrativas e procedimentais necessárias ao oferecimento de prestações estatais positivas.

Considerando o recorte vinculado aos instrumentos procedimentais que este trabalho se propõe a estudar, optou-se por analisar o devido processo administrativo como um instrumento de auxílio para a construção da igualdade, o que é tratado no item subsequente.

### 3.3 Da processualidade administrativa

Cabe à administração realizar o interesse público por meio de políticas públicas e ações administrativas fundadas em normas constitucionais<sup>88</sup>. “E de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificadamente prestigiado” (BARCELLOS, 2005, p. 9).

Atualmente adota-se a supremacia constitucional acima da lei formal, convertendo-se as normas constitucionais em parâmetro de validade do conteúdo material e formal de todas as demais normas, sendo aquelas de observância obrigatória não só para o legislador, mas também para o juiz e a administração (ZAGREBELSY, 1999, p. 93). Forma-se, a partir des-

---

mas identificadamente ao espírito e à sua finalidade é que se deve ater a administração pública” (ROCHA, 1990, p. 40, 81-82).

88 Aqui é importante fazer a distinção entre atividade primária e atividade secundária da administração pública, conforme os ensinamentos de Monroy: “[...] viene dada por el efecto primário y el secundário que producen respectivamente en el âmbito de las relaciones sociales. La actividad administrativa es primaria en tanto está prevista para ser cumplida de manera inmediata y directa respecto de los ciudadanos; en cambio, la actividad jurisdiccional es secundaria, es decir, solo se presenta cuando las normas jurídicas, previstas para ser cumplidas espontaneamente – entre ellas, las normas administrativas – son rechazadas e sua actuación por los ciudadanos y es necesario un mecanismo que asegure voluntaria o forzadamente sua eficácia o cumplimiento” (MONROY GÁLVEZ, 2009, p. 418).

te momento, um novo paradigma interpretativo fundado na efetividade dos direitos fundamentais e na valorização da dignidade do ser humano (DURÁN MARTÍNEZ, 2010, p. 38).

Partindo dessa premissa, constata-se que o processo administrativo configura-se, no mundo contemporâneo, como um instrumento concedido ao administrador para executar as leis, em busca do equilíbrio entre o interesse coletivo e o particular segundo o princípio da igualdade (BLANKE, 2012, p. 22). É, pois, um instrumento utilizado na seara administrativa com a finalidade precípua de garantir a realização do interesse público.

A ideia de sequenciar atuações como forma de tomar decisões é tão antiga como o próprio direito. A partir do momento em que houve a instauração da divisão dos poderes, surgiu a necessidade de se estabelecer um processo específico para cada um deles (BARNES, 2012, p. 119-148). “O fenômeno processual não é exclusivo da jurisdição, antes é característico das várias funções do Estado e do tipo de vontade que elas expressam” (SUNDFELD; MUNOS, 2001).

Para a compreensão desse tópico, é importante apontar as diferenças existentes entre procedimento, processo e requerimento administrativo, posto que há consequências jurídicas diversas em relação a cada um desses instrumentos, utilizados na seara administrativa.<sup>89</sup>

A primeira diferença está relacionada ao momento da postulação, pois tão somente após a decisão denegatória de um requerimento administrativo, com interposição de um recurso administrativo, é que se pode adentrar no chamado processo administrativo, sendo a partir desse momento que surge o conflito. Enquanto não há conflito, é preferível utilizar

---

89 “Sem embargo, é necessário não confundir ‘processo administrativo prévio’ com ‘requerimento administrativo prévio’. Pelo contrário, enquanto nas relações que incluem a administração, no âmbito do direito público, se faz obrigatório o requerimento administrativo para iniciar uma demanda judicial que se refira a certos deveres de prestação das autoridades. Exemplos dos direitos em que o requerimento prévio é obrigatório: direitos de participação para o acesso a cargos, bens e serviços públicos, direito laborais (servidor público), direitos sociais, como saúde, habitação e pensão; direitos cujo exercício, por força de lei, dependa de uma licença ou autorização do poder público (licença ambiental, construção, conselhos profissionais). De maneira geral, direitos que, para serem demandados judicialmente, dependam de um requerimento administrativo prévio são aqueles cujo exercício se condiciona à demonstração de fatos que se encontram ao alcance e dentro da esfera do interessado, e que implicam um dever de prestação instituído por decisões administrativas” (PERLINGEIRO, 2015, p. 295).

o termo “procedimento administrativo” (PERLINGEIRO, 2015, p. 297). Por consequência, ressalvadas as hipóteses em que a autoridade administrativa age de ofício, a maioria dos processos e procedimentos iniciam-se a partir de um requerimento administrativo prévio.

Além disso, no aspecto substancial, procedimento distingue-se de processo por, basicamente, significar a sucessão encadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes e faculdades na relação processual. Assim, segundo Medauar (2009), o processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados em contraditório, seja ante a própria administração, seja ante outro sujeito, administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo, todos, nesse caso, confrontando seus direitos ante a administração.

No entendimento de Fazzalari, a característica que delimita a existência do processo é a necessidade de contraditório dos interessados no curso de um procedimento e em busca de um resultado final. Nesses termos, esclarece que

[...] o emprego dos processos fora da jurisdição não é sem significado: o modelo processual (isto é, a participação dos ‘interessados’, em contraditório, ao *iter* de formação do ato final) é usado sempre que a atividade a ser desenvolvida deva lidar com interesses em contraste (FAZZALARI, 2006, p. 37).

A ressalva que ora se faz ao mencionado entendimento é que não se deve confundir jurisdição com esfera judicial. Com efeito, jurisdição é função do Estado que põe fim a um conflito e que, de certa maneira, pode ser realizada na seara administrativa.

Odete Medauar ressalta que a Constituição Federal de 1988 adotou a expressão processo administrativo, ou utilizou o termo processo, o que significa não só uma escolha terminológica, mas sobretudo o reconhecimento do processo nas atividades da administração pública. Isso demonstram diversos dispositivos constitucionais (MEDAUAR, 2008, p. 45), tais como o inc. LV do art. 5º, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, e os meios e recursos a ela inerentes”; o inc. LXXII do art. 5º, “conceder-se-á *habeas data* [...] b) para a retificação de dados quando

não se prefira fazê-lo por processo sigiloso judicial ou administrativo;”; o inc. LXXVIII do art. 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”; o inc. XXI do art. 37, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]”; o § 1º do art. 41, “O servidor público estável só perderá o cargo: [...] II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.”

A doutrina passou a reconhecer que o processo administrativo é uma espécie do gênero processo, termo mais abrangente que designa a relação jurídica travada entre as partes para a produção de uma decisão, tenha ela a natureza de ato administrativo, ato legislativo ou ato judicial (PETIAN, 2011). “Assim, o processo será, em qualquer circunstância, instrumento de exercício de poder, e se desenvolverá com todas as formalidades procedimentais” (GONÇALVES, 2014, p. 11).

A partir dessa perspectiva, ganhou relevo, no direito administrativo contemporâneo, a nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do devido processo legal, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração pública (IDEM). Pode-se falar aqui em “funções jurisdicionais da própria administração pública, destinadas à solução extrajudicial dos conflitos.”<sup>90</sup>

Num primeiro momento, o processo administrativo significou o meio de observância dos requisitos de validade do ato administrativo e o respeito aos direitos dos indivíduos. Na contemporaneidade, extrapola-se o perfil do processo administrativo para ligar a própria legitimação do poder. Parte-se da perspectiva interna para as perspectivas sociais e políticas da processualidade administrativa (MEDAUAR, 2012, p. 65).

O alemão Schmidt-Assmann (apud MEDAUAR, 2012, p. 65), em artigo publicado em 1993, afirma que a relação dos direitos fundamentais com o

---

90 Ricardo Perlingeiro aponta a distinção encontrada no Direito Administrativo contemporâneo entre as funções primárias da administração e as funções jurisdicionais, sendo as primeiras atreladas às funções meramente executivas e as segundas, do ponto de vista do processo administrativo, destinadas à solução extrajudicial dos conflitos (PERLINGEIRO, 2014, p. 6-7).

processo administrativo é capital; há um ângulo processual que, junto com a dimensão material, integra o conteúdo dos direitos fundamentais; o Tribunal Constitucional alemão assinalou este aspecto em decisão da época; menciona, ainda, direitos fundamentais sujeitos “à reserva do processo” e processos impostos pelos direitos fundamentais. Tais considerações são reiteradas e complementadas na obra *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, aí afirma: “os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e a importância do processo administrativo para os direitos fundamentais” (MEDAUAR, 2012, p. 68).

Com efeito, as decisões administrativas que possam vir a afetar os interesses ou os direitos dos administrados precisam estar submetidas previamente ao processo administrativo com todas as garantias constitucionais.

A partir de todas essas considerações, constata-se que a busca imediata das cortes de justiça nas demandas relacionadas aos direitos fundamentais sociais traz uma incongruência intransponível: a ausência de litígio. Com efeito, no caso dos direitos à prestação social, não existe como premissa o conflito sem um requerimento prévio, isto é, sem a oportunidade de manifestação à administração pública. Ressalte-se, sempre, a possibilidade de dispensa do requerimento, como no caso de precedente em sentido contrário, excesso de prazo e urgência.

O processo administrativo, por ser um instrumento, não tem uma finalidade em si, mas sua concretização persegue a proteção do direito material (CASSAGNE, 2012, p. 53), canalizado a partir de um conjunto de regras jurídicas que sirvam de base à outorga do ato administrativo, tendo, por tal razão, especial relevância no Estado de Direito baseado na separação de poderes (BLANKE, 2012, p. 25). Funciona, assim, como um canal de comunicação necessária para a realidade social regulada no direito administrativo, que encontra seu fundamento na Carta Constitucional.

A Constituição Federal de 1988 prevê o devido processo legal no art. 5º, incs. LIV e LV91, sendo que a garantia de defesa integra a “tutela

---

91 Art. 5º, incs. LIV, “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”; e LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recursos a ela inerentes” (BRASIL, CF, 1988).

judicial efetiva” (CASSAGNE, 2012, p. 53), não se limitando ao âmbito judicial, posto que se projeta no processo administrativo, filiando-se, assim, à tendência da atualidade de processualização da atividade administrativa.

Nesse contexto constitucional, foi editada a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que se destaca como um instrumento de concretização do processo administrativo, ao estabelecer normas de caráter geral no âmbito da administração pública federal, cuja essência normativa foi inspirada no modelo constitucional de processo. Em síntese, a Lei Geral de Processo Administrativo estabeleceu formas procedimentais para a efetivação do novo processo constitucional administrativo.

A Lei n. 9.784/99, aplicável subsidiariamente a todos os estados e municípios, ampara expressamente a observância do “interesse público” no art. 2º, parágrafo único, incs. II, III e XIII, ao dispor que nos processos administrativos serão observados o “atendimento a fins de interesse geral”, a “objetividade no atendimento do interesse público” e a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.”

Além da satisfação do interesse público, objeto máximo do processo administrativo, há reprodução<sup>92</sup> nos dispositivos da Lei dos Princípios Constitucionais na legislação infraconstitucional. De acordo com a Lei n. 9.784/99, aplicam-se aos processos administrativos os princípios da legalidade, da finalidade, do interesse público, da moralidade, da igualdade, da motivação, da razoabilidade, da segurança jurídica e da eficiência, assim como os princípios processuais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau, da duração razoável, da defesa técnica facultativa, da oficiosidade, da proteção dos interesses coletivos e difusos, da imparcialidade, da informalidade, da proibição da prova ilícita e as medidas cautelares (PERLINGEIRO, 2012, p. 318).

---

92 Art. 2º da Lei n. 9.784/99: “A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (BRASIL, LEI n. 9.784, 1999). Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

A partir da leitura dos dispositivos constitucionais e da Lei n. 9.784/99, pode-se falar na existência de um devido processo legal administrativo que assegura a submissão das questões a prévios ritos processuais e a observância de limitações substanciais, como o “núcleo objetivo visado pelo Estado ligado ao prestígio da dignidade humana” (MOREIRA, 2010, p. 289). Cabe, assim, ao processo administrativo “o contraste entre o interesse público definido pelos Poderes Administrativo ou Legislativo e os direitos fundamentais, tal como protegidos constitucionalmente” (IDEM).

Egon Moreira esclarece o alcance do denominado devido processo legal:

O adjetivo “devido” reporta-se à adequação da conduta administrativa. Atuação *adequada*, tal como exigida pela Constituição, é aquela que atende às expectativas mínimas de um Estado democrático de Direito, devendo corresponder e satisfazer o que se espera de uma administração aberta e participativa, em que se garante ao particular voz ativa, em condição de igualdade com o ente público e sem qualquer espécie de submissão e/ou supressão de expectativas.

A *adequação* confere ao cidadão segurança e certeza de que seus direitos serão respeitados. O processo será instalado e conduzido de maneira equitativa, com observância do rol de garantias constitucionais e legais. O núcleo do objetivo visado pelo Estado está no prestígio à dignidade da pessoa humana, não à máquina administrativa.

O controle substancial da adequação pode ser aferido diretamente nas previsões legais, bem como na conduta do agente público. Ou seja: o devido processo legal autoriza controle legislativo na prática da administração. Sob este aspecto, assumem especial relevância para aferição do conteúdo apropriado da lei ou ato administrativo os princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade (IDEM, p. 296-297).

Existindo no arcabouço constitucional e em lei infraconstitucional a previsão de um devido processo legal administrativo, questionam-se quais motivos levam à sua absoluta ineficiência e ao conseqüente abarrotamento do Poder Judiciário com demandas que poderiam ter sido solucionadas na seara administrativa. O item seguinte tenta esclarecer esse ponto.

### 3.4 Fragilidades do devido processo legal administrativo e a conseqüente explosão de litígios

“A judicialização exacerbada é sintoma de uma administração debilitada que, de fato, pode agravar-se quando os modelos de justiça administrativa forem adotados sem os ajustes necessários à realidade cultural de cada país” (PERLINGEIRO, 2015).

O Brasil adotou o sistema judicialista caracterizado pelo “fato de atribuir a um poder judicial independente o conhecimento das causas em que o Estado, ou os Estados e as Províncias, segundo os diferentes modelos constitucionais, são partes no litígio” (CASSAGNE, 2012, p. 41). Em contrapartida ao sistema judicialista puro, encontram-se os tribunais administrativos no âmbito da administração.

É indispensável, nas palavras de Daniel Wunder Hachem, a existência de uma tutela administrativa efetiva que pressupõe:

[...] que a tutela administrativa efetiva seja compreendida como o direito do cidadão: (1) de receber da administração pública, em prazo razoável uma tutela efetiva – espontânea, integral e igualitária – dos seus direitos; (2) que autoriza a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados para tanto, mesmo que para atender integralmente às determinações do bloco de constitucionalidade seja necessário, excepcionalmente, agir na falta de lei (*praeter legem*) ou contrariamente à lei (*contra legem*); (3) e que proíbe o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol dos seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais (HACHEM, 2014).

Neste ponto do trabalho, apresenta-se um breve resumo do estudo de Ricardo Perlingeiro (2015), que se propôs a analisar historicamente a jurisdição administrativa no Brasil e na América Latina como forma de demonstrar a origem das dificuldades enfrentadas na seara administrativa na atualidade.

Esclarece o jurista que o controle judicial dos atos administrativos no Brasil sofreu forte influência do sistema americano, embora desconheça a profundidade do *due process of law* aplicado na preparação de uma decisão administrativa e o sistema do *judicial review*. Nesse sistema, garante-se, na

fase preparatória das decisões administrativas, um contraditório efetivo. As fases investigativas e decisórias são conduzidas por agentes diversos e por instituições com uma independência semelhante à judicial. Como consequência, a possibilidade de revisão judicial (*judicial review*) é limitada.

No sistema brasileiro, entretanto, é comum os tribunais sanarem a ausência do devido processo legal prévio mediante uma revisão judicial com ampla e profunda cognição. Na prática, esvazia-se a lógica do devido processo legal no âmbito administrativo.

Assim, apesar de na legislação brasileira constar a expressão processo administrativo, na prática, os processos administrativos são, em regra, conduzidos por organismos ou autoridades administrativas sem prerrogativas para uma atuação com independência efetiva, o que se assemelha a um procedimento administrativo. Ademais, a realidade das administrações latino-americanas não é condizente com uma perspectiva de autoridades independentes ou quase independentes (PERLINGEIRO, 2015).

Na Europa continental, utiliza-se a expressão processo administrativo quando ocorre a apreciação da demanda de direito público por uma autoridade independente, pertença ela ao Judiciário ou não; já o procedimento administrativo consubstancia-se na presença de uma autoridade sem jurisdição independente que apreciará o pleito.

A indispensabilidade do processo prévio – recurso administrativo extrajudicial – deve ser proporcional à sua efetividade e, conseqüentemente, aos limites cognitivos de uma eventual e posterior revisão judicial.

Nesse aspecto, Ricardo Perlingeiro conclui que, no Brasil, o sistema judicial de jurisdição única adotou parcialmente o sistema americano, entretanto, não é compatível com o sistema europeu-continental (IDEM, p. 293-331).

Diante dessas considerações, percebe-se que a disfuncionalidade do processo administrativo é um dos fatos geradores do fenômeno das demandas repetitivas e da ofensa ao princípio da igualdade no que tange aos direitos fundamentais sociais, pois o próprio Judiciário chancela processos na esfera judicial, suprimindo deficiências formais e avançando no conteúdo de decisões administrativas, impedindo, assim, uma análise que resguarde a universalização do direito.

Na prática, no sistema brasileiro, o processo administrativo acaba por ser dispensável, e o Judiciário decide originariamente questões a cargo

de autoridades administrativas, que passam a depender dos comandos judiciais de forma permanente.

Não se pode afirmar, contudo, a impossibilidade do ajuizamento de demandas relacionadas aos direitos fundamentais sociais diretamente ao Judiciário, como os casos de urgência e de precedentes administrativos em sentido contrário à pretensão, por exemplo. O que precisa ser repensado é a necessidade de a administração cumprir sua função constitucional sob o aspecto procedimental e material e, tão somente quando isso não ocorrer, abrirem-se os caminhos para a judicialização.

Considerando que atualmente tramitam aproximadamente 100 milhões de demandas no Judiciário brasileiro e são ajuizadas em torno de 25 milhões de ações anualmente, é indispensável repensar a justiça brasileira de forma sistêmica a partir de uma cognição apropriada na seara judicial e a independência e estruturação das autoridades administrativas para a realização dos direitos fundamentais a partir de um devido processo legal que garanta a igualdade formal e material.

### 3.5 Requerimento/processo administrativo prévio e a construção da igualdade de acesso aos bens públicos

Muito se discute a respeito da necessidade de um requerimento administrativo prévio para a postulação em juízo.

À luz de uma mesma garantia constitucional de inafastabilidade da apreciação de lesões a direito pelo Poder Judiciário, a jurisprudência dos tribunais superiores já admitiu o condicionamento do acesso a uma decisão de mérito ao exaurimento da via administrativa, noutra fase dispensou até o prévio requerimento administrativo, e, em movimento pendular, começou agora a delinear as hipóteses em que a ausência de indeferimento administrativo implica inexistência de interesse processual de agir.<sup>93</sup>

---

93 “O aprimoramento gradual da legislação brasileira permitiu a superação de diversos obstáculos ao acesso à Justiça. Isto, somado à crise da administração pública, fez com que cada vez mais pessoas deixassem de pleitear direitos perante o Poder Executivo, buscando de imediato a tutela jurisdicional: pretendem que o juiz exerça o papel de administrador, sem se dar conta que assim sobrecarregam o Poder Judiciário e contribuem para que ele passe a padecer dos mesmos problemas que a administração. À luz de uma mesma garantia constitucional de inafastabilidade da apreciação de lesões a direito pelo Poder Judiciário, a jurisprudência dos Tribunais Superiores

Decisão recente do Supremo Tribunal Federal no RE n. 63.240, tendo como relator o Ministro Roberto Barroso, assinala o início de uma mudança de paradigma. O referido RE, para definir se seria legítima ou não a exigência de prévio requerimento administrativo tanto para a concessão inicial de eventual benefício previdenciário, quanto para sua revisão, teve sua repercussão geral reconhecida em dezembro de 2010. Em sua decisão, o Ministro Barroso asseverou que “não há como caracterizar a existência de lesão ou ameaça a direito sem que tenha havido o indeferimento (da pretensão do beneficiário pelo INSS).” Considerou, para tanto, que “a concessão de benefício depende de uma postulação ativa por parte do interessado”, não tendo o Instituto Nacional do Seguro Social o dever de concedê-lo de ofício, de modo que não há como caracterizar lesão ou ameaça a direito sem que tenha havido um prévio requerimento do segurado (BRASIL, STF, AÇÃO JUDICIAL...).

Um primeiro aspecto a ser identificado é que, na ausência de objeção por parte da administração ao requerimento administrativo, não há que se falar em processo administrativo, pois não há lide instaurada, o que já possibilita uma potencial diminuição da demanda excessiva na seara jurisdicional. Com efeito, somente após uma decisão denegatória com interposição posterior de recurso, é que se pode falar em processo administrativo, do contrário, está-se apenas diante de um procedimento.

Esse tema precisa também ser avaliado a partir do princípio da igualdade de acesso aos bens públicos. Na medida em que se autoriza a concessão individualizada de bens públicos para assegurar direitos fundamentais sociais, sem que haja uma postulação administrativa prévia; está-se, em tese, retirando do órgão competente a possibilidade de equacionar razoavelmente a distribuição desses bens.

---

já admitiu o condicionamento do acesso a uma decisão de mérito ao esgotamento da via administrativa, noutra fase dispensou até o prévio requerimento administrativo, e, em movimento pendular, começou agora a delinear as hipóteses em que a ausência de indeferimento administrativo implica inexistência de interesse processual de agir por falta de resistência por parte do réu à pretensão do autor, sem criar óbices intransponíveis à concretização dos direitos mas de modo que o acesso aos juízes não se converta, porque desmedido, em novo obstáculo ao acesso à Justiça” (FORTI, 2011, p. 14).

O que resta claro, neste primeiro momento, é que não se pode desconsiderar toda a sociedade na prolação de uma decisão relacionada à prestação de direito fundamental social.<sup>94</sup>

A ascensão da Constituição ao ápice do sistema normativo, com a irradiação, por todo o ordenamento, dos valores emanados do núcleo central formado pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais do cidadão, resultou no processo de constitucionalização do Direito Administrativo.<sup>95</sup>

A necessidade do prévio requerimento administrativo não se configura uma ofensa ao princípio do livre acesso à justiça, mas sim uma possibilidade ampliada de análise do contexto fático sob os aspectos individuais e coletivos, ressalvadas, logicamente, as hipóteses de urgência, que poderão sempre ser apreciadas *in limine* pelo Judiciário.

Ressalte-se que não se está a defender o exaurimento do processo administrativo, mas tão somente o requerimento prévio como oportunidade procedimental para que a postulação seja equacionada e implementada na seara originária. Para que esse instrumento seja efetivo, é necessário que a administração tenha independência para reconhecer os direitos fundamentais sociais porventura devidos. E, ao negá-los, deve fazê-lo a partir de argumentos e prova robusta por meio de um devido processo legal, de forma a exarar uma decisão com elementos e qualidade suficientes para esclarecer e publicizar as razões do indeferimento.

---

94 “Exemplo disso se denota de pesquisa empírica realizada pelo grupo PET (Programa de Educação Tutorial) da Faculdade de Direito da USP em 2004, na qual foram analisadas todas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre concessão de medicamentos para o tratamento da AIDS entre janeiro de 1997 e junho de 2004. O estudo constatou que ‘a despeito de alguns acórdãos reconhecerem a existência de políticas públicas específicas para DST/AIDS, nenhum deles trata pormenorizadamente do desenho institucional da política pública praticada pelo Estado’. E que nas situações, como a examinada, em que já havia a implementação de uma política, ‘o Judiciário ignora por completo o ‘modus operandi’ da mesma, não procurando adequar a essa posição quando possível!” (HACHEM, 2014, p. 59).

95 O autor faz alusão a essa tendência de constitucionalização do direito administrativo em vários países da América Latina, como Argentina, Brasil, Uruguai, Bolívia, Nicarágua, Venezuela, Equador e Colômbia (HACHEM, 2014, p. 56). Tal questão pode ser encontrada em algumas obras: Bacellar Filho (2007, p. 35-46); Ferrari (2010, p. 271-290).

Hermann Josef-Blanke interliga os direitos procedimentais<sup>96</sup> aos direitos fundamentais materiais. Significa dizer que há necessidade de realização do processo administrativo em conformidade com os direitos fundamentais para que seja oportunizada a efetivação do direito material.

Quanto ao papel condicionante do exercício prévio de um direito procedimental para satisfazer um direito substantivo em face da administração, a doutrina assinala que “os direitos materiais têm de penetrar no procedimento e que os direitos fundamentais devem ser realizados através do procedimento” (MAURER, 2012, p. 479 apud PERLINGEIRO, 2013, p. 525).

Entretanto, exigir requerimento prévio sem independência estrutural da administração e sem observância dos direitos procedimentais significará apenas uma protelação temporal por meio de um processo administrativo sem funcionalidade e desprovido de efetividade para o reconhecimento do direito.

Forçoso é concluir que o requerimento administrativo prévio à judicialização, no que diz respeito aos direitos sociais, é um instrumento necessário para constituir a extensão e a profundidade do próprio direito individual<sup>97</sup>. Observe-se ainda que sua regularidade se revela fundamental para um equacionamento do sistema de justiça, oportunizando a administração pública a exercer seu papel, sem delegá-lo ao Poder Judiciário.

No contexto desta tese, é evidente a importância do estudo do processo administrativo, pois este contém elementos que asseguram um maior controle da atuação administrativa, com a consequente realização da igualdade. Entre esses elementos, figuram a “prevenção e solução de

---

96 “[...] direitos procedimentais que se destinam a garantir a realização prática dos direitos substantivos; no plano dos direitos fundamentais, também se conhece essa abordagem, em que a conexão entre direitos fundamentais, organização e procedimento é conhecida como *due process* dos direitos fundamentais e é frequentemente considerada o único meio para produção de resultados em conformidade com os direitos fundamentais” (HABERLE, 1972, p. 49 e ss. apud PERLINGEIRO, 2013, p. 525).

97 Enunciado 3 da I Jornada de Direito à Saúde: «Recomenda-se ao autor da ação a busca preliminar sobre a disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária». Enunciado 13: «Nas ações de saúde que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor público do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar a solicitação prévia do requerente à administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas” (JORNADA DE DIREITO À SAÚDE, 2014).

litígios, ou o tratamento preliminar da questão que posteriormente será levada à Justiça” (MOREIRA, 2010, p. 2).

Na hipótese de objeção ao requerimento, um processo administrativo prévio às decisões administrativas que observe as regras do *due process of law*<sup>98</sup> (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal) é um caminho que, sem dúvida, diminuiria as demandas repetitivas, pois funcionaria como obstáculo à atuação estatal autoritária, colocando-se como intermediário necessário à incidência da norma jurídica e à universalização dos direitos.

Como os direitos fundamentais sociais têm incidência imediata, nos exatos termos do art. 5º, § 1º, da CF, é razoável que a administração pública tenha instrumentos procedimentais para realizá-los de forma integral e igualitária, independentemente do cumprimento de uma decisão judicial. “Portanto, é tempo de iniciarmos reflexões a respeito, conforme nossa realidade, de modo que a administração pública aumente sua credibilidade e deixe de prosseguir aguardando comodamente uma manifestação judicial para o reconhecimento de direitos” (PERLINGEIRO, 2014, p. 6).

Ressalta-se que tão somente um processo administrativo que observe os elementos nucleares do devido processo legal – especificamente o contraditório, a ampla defesa, a possibilidade de conciliação etc. –, além de uma razoável duração temporal, e seja realizado por autoridades que tenham legitimidade e independência (PERLINGEIRO, 2015) pode oportunizar com maior segurança a construção da igualdade pelos órgãos administrativos. Assim, é possível estabelecer um caminho para a diminuição das demandas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais e a conseqüente quebra da igualdade que esse fenômeno acarreta.

### 3.6 Processualização dos direitos fundamentais sociais na seara administrativa

A ausência de mecanismos legais para a proteção dos direitos fundamentais que devem ser prestados pela administração fomenta o fe-

---

98 “[...] o direito de defesa é indeclinável consequência do devido processo legal. Processo em que se anule o direito de defesa, colocando-se o réu em posição de inferioridade injustificável, não é o *due process of law*, e sim procedimento iníquo potencialmente capaz de violar e ferir direitos subjetivos” (WOLFF; BACHOF; STOBER, 2006, p. 424).

nômeno das “demandas repetitivas contra o Poder Público”, o que já foi demonstrado numericamente por recentes pesquisas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2011, 100 maiores litigantes). O crescente número de processos nessa seara, apesar da existência dos diversos instrumentos processuais criados especificamente para o seu enfrentamento (MORAES, 2012), demonstra que o problema não é jurisdicional, mas sim uma materialização da distorção do sistema de processo administrativo (PERLINGEIRO, 2012, p. 343).

Nos subtópicos seguintes, são apresentadas algumas proposições instrumentais para elaboração de uma atuação administrativa que auxilie na construção da igualdade formal e material.

### 3.6.1 Estruturação da administração pública

É tempo de (re) iniciar estudos e reflexões, conforme a realidade brasileira, a fim de que a administração pública aumente sua credibilidade e deixe de prosseguir “aguardando comodamente uma manifestação judicial para o reconhecimento dos direitos” (PERLINGEIRO, 2014, p. 5). É importante que se busquem soluções para conter o excesso de demandas judiciais e para construir a igualdade dentro da seara administrativa, deixando de se ter como foco central o Poder Judiciário. Sob esse aspecto, a estruturação adequada da administração pública, sem dúvida, traria às autoridades administrativas legitimidade para assegurar a proteção e a universalização dos direitos fundamentais sociais de maneira interdependente com o Poder Judiciário.

A atuação administrativa pode ser caracterizada como a função que visa ao atendimento concreto do interesse público, com visível semelhança à função jurisdicional, cabendo à função legislativa o atendimento abstrato (MEDAUAR, 2012, p. 55). Nesse conceito, a administração está vinculada à aplicação das leis, observando um mandado de otimização dos direitos fundamentais.<sup>99</sup>

---

99 “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário

Tal mandado deve orientar a formulação e aplicação de políticas públicas, no sentido de organização, procedimento e alocação de recursos que possam assegurar as condições materiais necessárias à observância do dever geral de respeito à dignidade da pessoa humana (FONTE, 2013, p. 332).

Para a concretização dos direitos fundamentais na seara administrativa, é necessária a existência de autoridades com independência e competência técnica para decidir, isto é, sem submissão a uma lei em sentido estrito ou literal, mas sim com observância das normas constitucionais e convencionais.

Assim, numa divisão interna de competências e atribuições, deve estar prevista a existência de autoridades diferentes para a instrução e o julgamento dos recursos administrativos. Dessa maneira, o princípio hierárquico<sup>100</sup> resta resguardado em equilíbrio com a supremacia da lei. O que não pode ocorrer é que a mesma autoridade que decida sobre o requerimento julgue o recurso, ou que uma autoridade de hierarquia inferior possa reformar decisão de seu superior hierárquico.

Lado outro, o conhecimento técnico a respeito do conteúdo material e formal da decisão a ser adotada pressupõe especialização e formação adequada dos agentes públicos que compõem a complexa estrutura da administração.

Verifica-se uma contradição flagrante em exigir-se prévio processo administrativo sem que existam autoridades administrativas independentes para decidir,<sup>101</sup> pois isso significa nada mais do que uma posterga-

---

um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico de normas de direito fundamental implica um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é dedutível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais” (ALEXY, 2012, p. 117-118).

100 Nas palavras de Odete Medauar: “A *hierarquia* ocorre quando há diferença de posição dos órgãos no escalonamento estrutural, de tal modo que o órgão superior, nas relações com o subordinado, exerce uma série de poderes aos quais o subordinado se sujeita. Trata-se de *relações de supremacia-subordinação*. Existe hierarquia entre órgãos inseridos na mesma estrutura, ou seja, no âmbito da estrutura interna da mesma pessoa jurídica [...]. A existência de hierarquia nas relações entre a estrutura administrativa leva ao exercício de poderes e faculdades, salientando-se os seguintes: poder de dar ordens; poder de controle; poder de rever atos dos subordinados; poder de decidir conflitos de competência entre subordinados e poder de condenação” (MEDAUAR, 2012, p. 64-65).

101 Conclusão alcançada pelo grupo de mestrandos e doutorandos em Justiça Administrativa e Sociologia e Direito que participaram do Curso *Five Models of Administrative Adjudication*, minis-

ção de um direito pelo sistema de justiça por meio de procedimentos de natureza meramente burocrática.

Nesse sentido, o direito norte-americano, que prevê agências reguladoras para a resolução dos conflitos decorrentes das ações e omissões administrativas, admite que a independência das autoridades encontra seu fundamento na própria previsão constitucional do devido processo legal.<sup>102</sup>

No caso do Brasil, o art. 5º, inc. LV, da CF, prevê o devido processo legal na seara administrativa e o art. 47 da Lei n. 9.784/99 dispõe a respeito da possibilidade de o órgão que participa da instrução não ser aquele que profere a decisão. “Ao transferir a competência decisória para outro órgão, a Lei n. 9.784/1999 prestigia a imparcialidade e a moralidade do processo administrativo” (MOREIRA, 2010, p. 326).

A independência das autoridades exige, em contrapartida, que seja assegurada garantia semelhante à existente na seara judicial: o princípio do juiz natural e da imparcialidade. Como leciona Ana Paula Oliveira Ávila:

[...] tanto as funções do processamento quanto a emissão de juízos críticos e decisões são desempenhadas pela administração, de modo que nada mais justo do que fazer incidir nessas atividades a garantia do juiz natural. E com ela, naturalmente, o dever de imparcialidade, pois seria inútil disciplinar previamente um sistema de distribuição de competências caso fosse permitido à autoridade legalmente constituída atuar com parcialidade.<sup>103</sup>

Além da independência, alguns caminhos são apresentados por Vanderlei Siraque para a estruturação dos serviços prestados pela administração pública:

---

trado pelo Professor Michel Asimow, nos dias 17 e 19 de agosto de 2015, na Universidade Federal Fluminense.

102 *The “due process” clause of the U.S. Constitution (U.S. CONST. art. V (for federal agencies), art. XIV (for state and local agencies) as well as the provisions of state or federal APAs, guarantee the procedural fairness of both the initial decision and the reconsideration, and the impartiality of the HO and agency heads* (ASIMOW, 2015, p. 13).

103 Ana Paula Oliveira Ávila (2004, p. 150). Na lição de Sérgio Ferraz e Adílson Dallari, há balizas a definir o juiz natural administrativo: “(a) se o conhecimento da matéria está atribuído ao agente *Five Models of Administrative Adjudication* de menor grau hierárquico, ou se a lei expressamente confere competência ao órgão de grau superior; (b) se há pluralidade de autoridades competentes no mesmo grau hierárquico (impondo-se a distribuição do processo); (c) se há prevenção firmada, aplicando-se a regra da distribuição por dependência e prorrogação da competência (conexão e continência); (d) as regras da delegação e avocação da competência” (FERRAZ; DALLARI, 2007, p. 141-146).

[...] a) desburocratização da administração pública; b) mecanismos de transparência e facilitação às informações; c) informações corretas aos cidadãos, como a divulgação de serviços públicos e como ter acesso a eles; d) critérios definidos para utilização dos espaços e serviços públicos a fim de garantir igualdade de acesso; e) qualificação e requalificação dos servidores a fim de serem sensibilizados de que eles são servidores da comunidade e não dos governantes do momento; f) estruturação da máquina administrativa; g) políticas públicas integradas de inclusão social; etc.<sup>104</sup>

A partir da independência, afasta-se uma questão relacionada à distorção da interpretação do significado jurídico do interesse público, que sugere, por exemplo, que os advogados públicos estão submetidos ao “dever de recorrer de ofício em face da ‘supremacia do interesse público’.” Ora, se os direitos fundamentais, no Estado, integram o cerne do interesse público, os advogados públicos não estão obrigados a recorrer em questões já pacificadas na jurisprudência em favor dos direitos dos cidadãos (HACHEM, 2014).

Além disso, cabe um controle institucional dentro da própria administração, pois, além de todos os benefícios relacionados ao controle social<sup>105</sup>, o controle institucional garante a igualdade na prestação dos serviços públicos<sup>106</sup>, ponto-chave deste trabalho.

---

104 A base dos elementos apresentados foi retirada da proposta de Vanderlei Siraque (2005, p. 152) para combater o clientelismo político. No caso, não adentramos no conceito de clientelismo – utilização dos órgãos públicos para prestar serviços a privilegiados em detrimento da coletividade –, pois para tal seriam necessários considerações e estudos que não poderiam ser desenvolvidos nos limites deste trabalho. Entretanto, as propostas básicas apresentadas pelo autor são suficientemente úteis para garantir a prestação de direitos fundamentais sociais com mais eficiência, transparência e observância do princípio da igualdade, objeto desta tese e aquilo que se busca ressaltar no momento.

105 De acordo com Vanderlei Siraque, são formas de controle social: “vistas a processos administrativos e judiciais nos órgãos públicos, leitura do Diário Oficial, requerimento ou petição, solicitando certidões ou informações junto aos órgãos públicos, carta, denúncias, representação, reclamação verbal à própria administração, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas, ao legislativo e ações judiciais” (SIRAQUE, 2005, p. 109).

106 “O controle institucional interno é uma autofiscalização, voltada, entre outros, aos seguintes objetivos: 1) preparar a prestação de contas e controle externo, social e institucional; 2) fiscalizar as atividades dos agentes públicos hierarquicamente inferiores; 3) fornecer informações à administração superior; 4) garantir a legalidade, eficiência, economicidade na aplicação dos recursos públicos; 5) identificar erros e fraudes; 6) preservar a integridade do patrimônio público; 7) acompanhar a execução do plano plurianual e demais planos e metas da administração pública” (SIRAQUE, 2005, p. 95).

### 3.6.2 Extensão dos efeitos da decisão favorável

A administração pública está fortemente atrelada aos princípios da igualdade e da legalidade. A respeito das decisões proferidas na seara administrativa (extrajudicial), Garay (1989) formula uma assertiva no seguinte sentido:

para que exista desmembramento da garantia constitucional da igualdade, é indispensável que a desigualdade resulte do texto da lei, e não das diferentes interpretações que tenham sido outorgadas pela autoridade administrativa na resolução de casos reputados similares.

O princípio da igualdade<sup>107</sup> deve nortear as decisões e os atos administrativos, que jamais devem implicar tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem em idêntica situação jurídica e fática. Referido princípio justifica a existência de motivação sempre que a administração pública deva aplicar a jurisprudência administrativa sobre a questão (art. 50, VI)<sup>108</sup>, ou deva seguir a súmula administrativa de adequar, quando seja necessário, nas súmulas vinculantes, as futuras decisões administrativas em casos semelhantes (art. 64-B)<sup>109</sup>. Sem dúvida, aqui se encontra um dos maiores desafios da atualidade relacionados à diminuição dos processos repetitivos em matéria de direito público.

A motivação pode ser compreendida como uma exposição das razões ou fundamentos da decisão, ou então como a recondução da decisão a um parâmetro valorativo que justifique: “em primeiro lugar, o aspecto formal da operação, associando-a à transparência da perspectiva decisória; em segundo, a relevância da idoneidade substancial do ato praticado, integrando-o num sistema de referência em que encontre base de legitimidade” (CAETANO, 1999, p. 124-125).

107 “[...] a impessoalidade administrativa, indicada no art. 37 da Constituição Federal de 1988, corresponde ao princípio da igualdade administrativa e não passa de uma especificidade do princípio geral da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, do texto constitucional” (MEDAUAR, 2012, p. 40).

108 Art. 50, inc. VII. “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais” (BRASIL, LEI N. 9.784/1999).

109 Art. 64-B. “Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal” (BRASIL, LEI N. 9.784/1999).

Outra questão relevante que precisa ser enfrentada diz respeito à situação das pessoas que têm sua esfera pessoal afetada por uma decisão administrativa, mas, por desconhecimento, ou mesmo ausência de condições materiais, não têm acesso aos recursos administrativos ou jurisdicionais para resguardar seus direitos. Nesse caso, está-se diante de uma ofensa ao princípio da igualdade, pois a administração pública e o Poder Judiciário acabam sendo agentes de estratificação social na medida em que determinados bens públicos só são garantidos àqueles que têm acesso ao sistema processual estatal. Questiona-se: não incumbe também à própria administração pública universalizar a concessão de direitos sociais que ela forneceu a determinados indivíduos, isoladamente, apenas porque eles obtiveram uma sentença judicial favorável? “É preciso afinar as concepções do direito administrativo e do direito processual civil com a perspectiva de um constitucionalismo igualitário, para lograr a materialização do conteúdo da Constituição em sua totalidade” (HACHEM, 2014, p. 12).

Ocorre aqui o que se chama de interdependência entre a seara administrativa e a judicial. Significa dizer que a administração, uma vez condenada, deve irradiar a decisão para todos em igual situação fática e jurídica, não ficando restrita apenas à questão individual do direito material, por tratar-se de caso de interesse geral. As decisões administrativas de natureza coletiva têm efeito *erga omnes* mesmo quando proferidas em casos individuais, pois a origem do conflito é única e advém de uma ação ou omissão administrativa que está constitucionalmente vinculada à isonomia.

Do mesmo modo, vai de encontro ao princípio da igualdade que aqueles que ingressam com postulação administrativa sejam os únicos beneficiados pela decisão quando se está diante de um pleito com fundo coletivo, como sói acontecer nas causas atreladas aos direitos fundamentais sociais, a exemplo do direito à saúde e do direito previdenciário. Nesses casos, a pretensão é individual tão somente na aparência.

Devido à pertinência da exposição, vale a transcrição do pensamento de Ricardo Perlingeiro (2012, p. 342):

A lei brasileira avançou ao admitir, no procedimento administrativo em sua fase recursal, a legitimidade de pessoas ou entidades para a proteção de interesses difusos ou coletivos (arts. 9º e 58), o que, todavia, não é suficiente, sendo necessário: 1. que tenhamos um sistema que não

tolere decisões discrepantes da administração sobre um mesmo tema, ainda que, para isso, seja necessária uma reestruturação das competências administrativas; 2. que a administração estenda automaticamente os efeitos favoráveis de uma decisão que haja reconhecido um interesse coletivo (ainda que incidentalmente) a todos que se encontrem na mesma situação de fato e de direito, ainda que não estejam representados no procedimento administrativo. Neste ponto, a postura que se espera da administração é um imperativo moral, não sendo imaginável que ela se valha do procedimento administrativo para promover uma exclusão social de minorias, não poucas no sistema latino-americano, as quais não são suficientemente instruídas ou tecnicamente preparadas para o exercício do direito de petição, defesa ou contraditório.

Para que ocorra a extensão dos efeitos da decisão favorável ao administrado, é necessário que uma autoridade superior com competência para efetuar a extensão o faça, considerando o princípio da hierarquia que vigora dentro da administração pública. Assim, uma questão de alcance geral não pode ser decidida por qualquer autoridade de grau inferior<sup>110</sup>, pois é competente para expedir um ato ou decisão a autoridade administrativa que tem o poder para decidir a questão de fundo da pretensão deduzida pelos interessados no procedimento correspondente (PERLINGEIRO, 2012, p. 342).

Sob a perspectiva de coletivização das decisões, afirma Luciane Moessa:

Sempre que se verificar a existência de conflitos coletivos ou repetitivos, tais conflitos não devem ser tratados, seja pelas agências reguladoras, seja pelo Judiciário, por meio de processos administrativos ou judiciais individuais, e sim por meio de processos coletivos, de maneira que: 1. Na esfera do Poder Executivo, quando forem apresentadas reclamações individuais, a fiscalização deverá, de ofício, apurar todas as situações de violação semelhantes por parte do ente privado denunciado e, inclusive, verificar se outros entes que atuam na área porventura estão cometendo o mesmo ilícito e, comprovada a materialidade do fato, instaurar o processo administrativo coletivo [...] (SOUZA, 2012, p. 23).

---

110 Ao contrário do disposto no art. 17 da Lei n. 9.784/99, se não existe competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

Como pressuposto para a extensão da decisão com a consequente concretização da igualdade de ofício, são importantes a independência e a estruturação da administração pública. Em realidade, sempre que a questão de fundo de uma pretensão individual estiver relacionada com os efeitos jurídicos de um comportamento administrativo de alcance geral, o resultado do conflito passará a ser de interesse da coletividade destinatária daquele comportamento e, portanto, a solução deverá advir de uma decisão administrativa, “única com efeitos *erga omnes*” (PERLINGEIRO, 2012, p. 342). Isso equivale ao cumprimento do princípio da igualdade.<sup>111</sup>

A extensão dos efeitos das decisões administrativas favoráveis aos administrados no que é pertinente aos direitos fundamentais sociais poderia afastar o que Bauman considera “uma das maiores chagas dos regimes democráticos considerada na contradição entre a universalidade formal dos direitos democráticos (garantidos de modo igual a todos os cidadãos) e a capacidade nem tão universal dos seus portadores de exercer esses direitos” (BAUMAN, 2011, p. 21).

### 3.7 Participação popular no processo administrativo

A construção da igualdade remete a uma reflexão associada à classificação do processo administrativo em “gerações”, termo adotado a partir dos textos de Javier Barnes (2012, p. 99) e cujo sentido faz referência à sucessão dos distintos modos de operar da administração pública, atrelando-os ao próprio modelo de governo. Nesse sentido:

*Una cosa es la Administración resolviendo como si de un juez se tratara (primera generación); otras, la Administración dictando normas en modo análogo a como lo hace el legislador tradicional (segunda generación); y otra, muy distinta, cuando la Administración, y*

---

111 O art. 10 do Código Colombiano de Procedimento Administrativo e do Contencioso Administrativo prevê que “Ao resolver os assuntos de sua competência, as autoridades aplicarão as disposições constitucionais, legais e regulamentares de maneira uniforme a situações que tenham os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos. Com este propósito, ao adotar as decisões de sua competência, deverão ter em conta as sentenças de unificação jurisprudencial do Conselho de Estado onde se interpretam e se aplicam ditas normas”. Na Itália, o tratamento desigual de situações idênticas (Disparità di trattamento) é considerado um exemplo de excesso de poder e uma ofensa aos arts. 2 e 97 da Constituição (CASETTA, 2010, p. 561).

*otros actores, se sirven de elementos o principios de procedimiento em las nuevas formas de gobernanza, marcadas por la colaboración entre Administraciones, y entre estas y el sector privado, tanto dentro de las propias fronteras, como más Allá del Estado (IDEM, p. 102).*

James Barnes (2012, p. 122-124) destaca que a administração pode atuar de duas formas distintas: imperativa ou cooperativa. A primeira caracteriza-se a partir de um processo hierárquico que consiste em aplicar o direito de forma verticalizada; a segunda, por sua vez, relaciona-se a novas formas de governança, num ambiente de cooperação entre os múltiplos atores em busca da melhor solução. Referidas gerações não se excluem; ao contrário, convivem no mesmo momento histórico de acordo com o direito material a ser decidido no processo.<sup>112</sup>

Não se trata aqui de categorizar os processos administrativos em espécies distintas, pois não há como analisar uma possibilidade dialógica de gerenciamento num processo disciplinar, por exemplo, cuja finalidade precípua é sancionar aquele servidor que deixou de observar os deveres do cargo. Nessa hipótese, sem dúvida, a aplicação da lei anterior pura e simples não deixa espaço democrático para discussões a respeito de sua incidência, presentes os requisitos fáticos para tal.

É importante trazer essas considerações a respeito da terceira geração dos processos administrativos, visto que, neste trabalho, busca-se trilhar caminhos que assegurem a construção da igualdade pelos sistemas da administração e da justiça no que é pertinente aos direitos fundamentais sociais. Com efeito, uma atuação cooperativa para a solução das questões traz em si, num primeiro momento, a possibilidade de obtenção de informações e perspectivas que assegurem uma decisão administrativa de acordo com o interesse público na sua forma mais legítima.

No caso específico dos direitos fundamentais sociais, a magnitude da questão precisa ser avaliada a partir de pontos diversos de enfrentamento, considerando que o processo de primeira geração prevê uma rígida separação de poderes, como se estivessem presentes “funções rivais”. Entretanto, no modelo de terceira geração, as funções dos poderes são complementares e aliadas, afastando-se das reduções e

---

112 Ricardo Perlingeiro (2012, p. 318). Com respeito à tipologia do procedimento administrativo, vale consultar Odete Medauar (2008, p. 134 e 140).

adentrando numa compreensão do procedimento que não responde apenas a uma estrutura processual e passa a abarcar todo o ciclo da política pública.<sup>113</sup>

Nessa nova perspectiva, a administração promove uma autorregulação sobre a prestação dos serviços a partir da suficiente representatividade, do consenso e da transparência, elementos estes de natureza procedimental. A partir daí a construção de prioridades, a fixação de agendas e a discussão a respeito das diversas alternativas possíveis são de extrema relevância na concretização dos direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente.

Com efeito, é necessário repensar os instrumentos processuais referentes à preparação das decisões administrativas atreladas às controvérsias que tenham origem nos efeitos concretos de atos gerais, de normas administrativas e da própria lei (PERLINGEIRO, 2012, p. 343).

Vanderlei Siraque, ao distinguir participação popular e controle social<sup>114</sup>, afirma que a primeira ocorre no momento da tomada de decisão, antes da elaboração do ato administrativo, ou concomitantemente a ela, circunscreve-se, pois, a um poder político de elaboração de normas. O controle social, por sua vez, acontece depois da concretização do ato administrativo, sujeitando a administração à fiscalização popular (SIRAQUE, 2005, p. 112).

Nesse sentido, afirma Gonçalves que a participação popular na formação do ato administrativo supre um hiato entre a lei e a sua aplicação:

A participação do administrado na formação da vontade administrativa é um importante mecanismo na luta contra o autoritarismo e uma ferramenta das mais relevantes para a concretização de um Estado Democrático de Direito, porque funciona como um hiato entre a lei e sua aplicação.

---

113 Nesse sentido: "*Desde la estrecha comprensión tradicional del principio de división de poderes, el ejecutivo (un término que en tantos sistemas jurídicos sirve para designar al Gobierno y a la Administración) se limita a 'ejecutar' y a 'administrar', y, em consecuencia, no formula políticas públicas. Como se trata tan sólo de eso, de aplicar, el procedimiento adquiere una estructura a imagen y semejanza del proceso, bien sea com la rubrica norteamericana del 'due process', de la británica 'natural justice' o francesa de los 'derechos de defensa'*" (BARNES, 2012, p. 155).

114 Para o autor, são formas de controle social: orçamento participativo, planejamento participativo, conselhos de políticas públicas, organizações não governamentais, organizações da sociedade civil de interesse público, ouvidorias e os meios de comunicação social (BARNES, 2012, p. 115-141).

Além disso, a participação do administrado no curso dos atos que ensejarão a decisão final a torna legítima. E à medida que as pessoas tomam parte no círculo de formação do ato conclusivo, submetem-se a ele, mesmo que voluntariamente não desejem fazê-lo. Essa submissão não se dá pela força da administração, mas pela legitimidade do processo, que vincula seus partícipes à decisão dele oriunda, ressalvada a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário (GONÇALVES, 2014, p. 11).

Essa participação popular pode dar-se por meio de audiências públicas, como também pode realizar-se a partir da representação da pluralidade de interesses da sociedade como um critério de margem da apreciação administrativa, como acontece na Alemanha. Nas palavras de Blanke:

Uma margem de apreciação que o legislador atribui a certos agrupamentos de representantes da sociedade ou a comissões de especialistas em vista de sua competência para valorizar assuntos específicos se justifica pelo aspecto da participação de representantes de interesses plurais da sociedade, distantes daqueles frente ao Estado e a formação plural de opinião pública. A participação de representantes de grupos não submetidos a instituições e dotados de perícia na matéria correspondente assegura que estes tenham concentrados todos os aspectos relevantes para a decisão do assunto, que investiguem os valores dos conflitos e haja uma ponderação dos interesses em jogo para lograr um compromisso. Um indício para tal capacidade é a decisão de um órgão colegiado que considera os valores em conflito e objetiviza assim a decisão a adotar [...]. Em qualquer caso, as decisões de agrupamentos representativos e de comissões de peritos são controláveis segundo os limites legais tradicionais do poder de apreciação para fiscalizar seus equívocos ou vícios encontrados no processo de tomada de decisão. Os critérios para examinar estes vícios constituem, na investigação precisa e completa dos fatos, a fixação das circunstâncias essenciais e relevantes que determinam a decisão de referência a parâmetros adequados de comparação e no respeito aos princípios e normas de direito procedimental, em particular o princípio da objetividade e da igualdade de oportunidades (BLANKE, 2012, p. 27-43).

A Lei n. 9.784/99 prevê, nos arts. 31 a 35, a possibilidade de audiência pública, quando houver interesse geral, antes da decisão, na hipótese de ausência de prejuízo da parte interessada. Da mesma forma, poderão ser estabelecidos outros meios de participação de ad-

ministrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.<sup>115</sup>

O processo pode ser chamado, como ressalta Vanderlei Siraque, de “planejamento inclusivo”, consistindo “em verdadeira revolução na formulação de políticas públicas, tendo em vista o seu caráter pedagógico e a inclusão de todos os interessados, sem exceção, na sua elaboração” (SIRAQUE, 2005, p. 25). Para o autor, a participação na elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, da Lei de Orçamento Anual deveria propiciar a participação popular e não apenas a de técnicos e autoridades governamentais. Além disso, sendo os cidadãos aqueles que pagam os tributos, a eles deveriam ser garantidos o acesso e o controle à sua forma de aplicação pelo Poder Público (IDEM, p. 118).

No que é pertinente à Lei do Orçamento, analisa-se, no item 4.5.2, a necessidade de sua realização observar o princípio da igualdade, com especial destaque aos mandamentos constitucionais atrelados à diminuição das desigualdades sociais a partir da implementação dos direitos fundamentais sociais, de forma a resgatar a justiça social prevista no texto constitucional.

A complexidade subjacente ao tema em estudo autoriza a entrada na seara da adoção de um processo de terceira geração para a construção da igualdade a partir da participação popular, principalmente, quando se

---

115 “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado. Art. 35. Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos” (BRASIL, LEI N. 9.784/1999).

está diante de políticas públicas, pois a efetividade destas vincula-se diretamente ao processo, ou ao procedimento administrativo que as precede e as implementa.

Isso ocorre porque a concessão dos direitos fundamentais se materializa em distribuição de riqueza e por tal razão está sujeita a disputas políticas. Tal contorno da realidade não pode ser desconsiderado ao se tratar da construção de uma sociedade justa e igualitária.

Nessa perspectiva, é indispensável a existência de um procedimento administrativo que permita a participação da sociedade quando da formulação e da execução das políticas públicas, em especial, aquelas relacionadas aos direitos fundamentais sociais.

Este é o entendimento de Luciane Moessa:

A solução ideal para incrementar a garantia e o respeito aos direitos fundamentais que dependam de políticas públicas reside, em realidade, no aperfeiçoamento dos meios de controle e de participação da população envolvida nos mecanismos decisórios do Estado encarregados da formulação e execução de tais políticas, quais sejam, o Poder Legislativo e o Poder Executivo (SOUZA, 2012, p. 22).

É indispensável reconhecer a importância da efetividade dos direitos fundamentais sociais de forma a concretizar o princípio da igualdade. Para isso, faz-se necessário aperfeiçoar as engrenagens jurídicas das políticas públicas como parte essencial da efetividade desses direitos.

A política pública nada mais é que o “Estado em ação” (JOBERT; MULLER, 1987), tendo como objetivo a satisfação do interesse público. Além disso, são as políticas públicas que visam a dar efetividade aos direitos fundamentais sociais em que se encontra a configuração prestacional do Estado. Entretanto, essa “ação” estatal tem características multidisciplinares e, por tal razão, é difícil seu controle pelo Poder Judiciário (FARIA, 2013, p. 11-21).

A materialização das políticas públicas dá-se a partir de procedimentos administrativos, sendo possível afirmar, em decorrência disso, que a observância dos princípios constitucionais atrelados a novas redes de cooperação e participação social e vinculados a paradigmas de universalidade e eficiência, poderá garantir a construção da igualdade material.

### 3.8 Perspectivas de *lege ferenda*: Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para a Ibero-América

Apresentadas algumas proposições relacionadas à participação popular, à estruturação da administração e independência das autoridades administrativas, ao requerimento prévio e devido processo legal administrativo, à extensão da decisão favorável, resta visualizar possíveis perspectivas legislativas da construção da igualdade a partir do estudo do Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para a Ibero-América.<sup>116</sup>

Referido Código configura-se como uma “proposta arrojada construída a partir de experiências recentes de sistemas nacionais ibero-americanos e europeus” (PERLINGEIRO, 2013, p. 103) e procura sistematizar em normas as regras gerais relacionadas aos processos administrativo e judicial, destinadas às causas de interesse da administração pública, portanto, diretamente atreladas à prestação de direitos fundamentais sociais por parte do Estado.

Observa-se que o Código adota a expressão “processo” como gênero, referindo-se, em seu Título I, ao processo administrativo extrajudicial como equivalente ao procedimento administrativo em contraditório; em seu Título II, a mesma expressão é empregada para referir-se a processo administrativo jurisdicional (INSTITUTO IBERO-AMERICANO..., 2012, p. 2). Nesta etapa do estudo, entretanto, é objeto de análise tão somente o Título I do Código, que trata do chamado processo administrativo extrajudicial.

De acordo com o item 4 da Exposição de Motivos do Código:

O processo administrativo extrajudicial é entendido como todo e qualquer procedimento, em contraditório, a) destinado a preparar decisões administrativas que possam incidir sobre interesses ou direitos dos *interessados*;

---

116 O Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para a Ibero-América foi aprovado pela assembleia geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual por ocasião das XXIII Jornadas Ibero-Americanas, ocorridas em Buenos Aires, em junho de 2012, cujo projeto foi concluído por comissão da qual participaram Ada Pellegrini Grinover, Ricardo Perlingeiro e Odete Medauar (PERLINGEIRO, 2013, p. 103).

b) em que se configure uma controvérsia entre a administração e o interessado; c) ou uma controvérsia entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, em que a solução possa advir da administração.

O Código Modelo de Processos Administrativos trata dos princípios aplicáveis à administração pública e reconhece, dentre eles, os princípios da constitucionalidade, da convencionalidade e da legalidade. Nesse aspecto, há uma clara extensão do princípio da legalidade para abarcar a constitucionalidade e a convencionalidade. Ressalta-se que o Código contém dispositivos que preveem que, diante de postulação administrativa relacionada a direitos sociais reconhecidos pela Constituição e nas convenções internacionais de direitos humanos<sup>117</sup>, “a autoridade administrativa poderá deixar de cumprir a lei ou o ato que considera inconstitucional ou anticonvencional, representando ao órgão competente para a declaração de inconstitucionalidade ou de anticonvencionalidade.”<sup>118</sup>

Tal possibilidade contida no Código Modelo pressupõe a existência de um quadro de agentes públicos dotados de independência e adequada qualificação, elementos necessários para o cumprimento da função precípua da administração pública de gerenciar e administrar os bens públicos em consonância com as normas constitucionais e convencionais. Traz-se, assim, para o órgão competente a real possibilidade de gerenciamento dos bens públicos coletivos em harmonia com as normas nacionais e internacionais que asseguram a igualdade entre os integrantes da humanidade.

---

117 Cabe, neste ponto, a citação do texto de Cármen Lúcia a respeito da igualdade e das obrigações do Poder Público, perfeitamente ajustado à hipótese prevista no Código Modelo: “Mais do que igualdade na lei, caminhou-se ao norte da igualdade no Direito, valendo, então, o significado de que ao Direito compete promover a igualação dos iguais e tratamento diversificado apenas daqueles que se diversificaram segundo critérios de Justiça racionalmente postos e suficientemente motivados. Amplia-se, então, a esfera de obrigações do Poder Público, porquanto pretende-se que o Direito seja pensado e elaborado e aplicado como instrumento realizador do princípio, que deixa de ser estático ou passivo para se constituir num princípio dinamizador de um Direito que somente será legítimo à medida que atenda e concretize a igualdade justa na sociedade” (ROCHA, 1990, p. 39).

118 (Principios aplicables a la Administración Pública) *La Administración observará, entre otros, los principios de constitucionalidad, convencionalidad, publicidad, eficiencia, motivación, proporcionalidad, razonabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima. Parágrafo único: La autoridad administrativa podrá dejar de cumplir la ley o el acto que considere inconstitucional o anti-convencional, representando al órgano competente para la declaración de inconstitucionalidad o de anti-convencionalidad* (Art. 2º. Código modelo de procesos administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América/ Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.)

O princípio da isonomia (igualdade formal), constante no art. 4º do Código Modelo, prevê um procedimento específico para sua concretização ao dispor que, sempre que a questão de fundo de uma pretensão individual estiver relacionada com os efeitos jurídicos de um comportamento administrativo de alcance geral, o desfecho do conflito gerará efeitos *erga omnes*, devendo a decisão administrativa ser única, nos termos do art. 5º:

Art. 5º (Isonomia)

Sempre que a questão de fundo de uma pretensão individual estiver relacionada com os efeitos jurídicos de um comportamento administrativo de alcance geral, o desfecho do conflito passará a ser do interesse da coletividade destinatária daquele comportamento e, portanto, a solução deverá advir de uma decisão administrativa, única, com efeitos *erga omnes*.

Um último aspecto a ser considerado diz respeito aos métodos alternativos de solução de conflitos administrativos e ao princípio da igualdade, constante no inc. II do art. 72 do Código Modelo:

Art. 72 (Princípios)

O uso de meios alternativos de solução de controvérsias com a administração está sujeito aos seguintes princípios:

[...]

II - Isonomia. Os acordos que envolvam normas administrativas ou atuações de alcance geral devem alcançar a todos aqueles que se encontrem na mesma situação fática, ainda que não tenham participado dos acordos.

Sem dúvida, o princípio da igualdade, que se transforma em princípio da isonomia, ou igualdade perante a lei, não admite que acordos entre o Poder Público e o cidadão em questões de direito público sejam realizados de forma a não garantir a universalidade da medida.

Conclui-se que o Código Modelo contém três previsões expressas para alcançar o princípio da igualdade. O primeiro relaciona-se à possibilidade de, na seara extrajudicial, reconhecer-se a inconstitucionalidade ou a anticonvencionalidade e, remetido o processo para a autoridade administrativa competente, solucionar-se a questão de forma a gerar efeitos para todos aqueles em igual situação fática. O segundo consiste em asse-

gurar os efeitos *erga omnes* quando presente ato administrativo que gere efeitos coletivos. O terceiro, por sua vez, compreende a extensão dos efeitos dos acordos administrativos a todos aqueles que possuam o mesmo suporte fático-jurídico em relação ao acordo, tenham ou não participado da avença.

É preciso, pois, equipar a administração com instrumentos adequados para que o Poder Público implemente de ofício as medidas necessárias para que os direitos fundamentais sociais sejam usufruídos de modo universal. Somente quando tudo isso deixar de funcionar satisfatoriamente é que entrará em cena a discussão sobre a legitimidade da intervenção judicial (HACHEM, 2014, p. 58).

No tópico seguinte, analisa-se a intervenção judicial nas causas relacionadas aos direitos fundamentais sociais, tendo sempre como referência o fenômeno das demandas repetitivas e a construção da igualdade formal e material.

## 4 Direitos fundamentais sociais e o princípio jurídico da igualdade na seara jurisdicional

### 4.1 Jurisdição administrativa – o controle da administração pública

O controle judicial da administração reveste-se de suma importância, inscrevendo-se como tema primordial entre as grandes teses de direito público do mundo moderno (CRETELLA JÚNIOR, 1993). Cumpre observar que tal controle só obterá sucesso se seus fundamentos processuais forem adequadamente concebidos. O princípio do contencioso, tradicionalmente caracterizado no direito civil, não é adequado aos interesses de um litígio que envolva o controle judicial da administração pública na prestação de direitos sociais (BROSS, 2006, p. 35-42).

Com efeito, não há como aplicar os princípios de direito privado às demandas de direito público, pois os

bens jurídicos em litígio possuem natureza absolutamente diversa, como sói acontecer nas demandas atreladas aos direitos fundamentais sociais. Nesses casos concretos, a utilização dos conceitos vinculados aos direitos individuais para a resolução de uma questão em que há um interesse me-taindividual acaba gerando o fenômeno processual da pulverização dos litígios, além da ofensa ao princípio da igualdade.

O interesse individual deve ser resguardado e protegido no Estado democrático de Direito; entretanto, é fundamental, para garantir o princípio da igualdade, que as dimensões dos direitos sociais sejam avaliadas na perspectiva da universalidade.

Noutra perspectiva, além do controle da administração, a homogeneização da decisão nas searas administrativa e jurisdicional é especialmente relevante em sede de direito prestacional, em especial no Judiciário, que analisa individualmente questões de fundo coletivo, “onde conceder-se em demasia para uns pode implicar o desamparo dos que não procuraram o Judiciário com tanta presteza” (SOUZA, 2012, p. 45).

A sobrecarga do Poder Judiciário e a constante ofensa ao princípio da igualdade bem demonstram a dificuldade na utilização dos institutos jurídicos existentes para a solução das demandas em que há questões afetas ao direito administrativo<sup>119</sup> a partir do processo civil tradicional.

Não existe uma legislação adequada aos litígios judiciais envolvendo o direito administrativo, pois é indispensável que o processo judicial seja concebido em função do direito material. A técnica deve adequar-se ao objeto litigioso, com vistas ao resultado final (BEDAQUE, 2009).

Atualmente não se tem buscado a origem dos conflitos, mas tão somente caminhos eminentemente teóricos, embalados em direito processual civil, hermenêutica constitucional<sup>120</sup> e aspectos da judiciali-

---

119 “[...] demandar o Estado sempre significou um desafio de maior magnitude, mesmo no caso das demandas individuais. Relativamente às lides de caráter patrimonial, a desesperança sempre foi representada pelas poucas expectativas de êxito concreto por conta do injusto sistema dos precatórios. Nas demandas de caráter não patrimonial, ou seja, naquelas relacionadas à tutela de valores como a liberdade e a dignidade humana, as dificuldades decorriam – e decorrem até hoje – da falta de celeridade do Poder Judiciário, pouco afeito, por outro lado, a arrostar a arbitriedade das estruturas burocráticas do poder” (ALVES, 2007, p. 43).

120 Conforme estudos orientados por Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro, a partir de uma “hermenêutica constitucional, responsável e comprometida com o social, o desvelamento do direito à irradiação dos princípios democráticos para todos os setores da vida nacional acabaram

zação da política (HACHEM, 2014, p. 43) para solucionar essas complexas questões.

A função da administração pública é satisfazer o interesse público. Entretanto, quando esta atua abusivamente, violando os direitos do cidadão, ou omite-se quando deveria atuar, cabe seu controle ao Poder Judiciário, via processo judicial. E aí reside o grande diferencial, pois não se trata de um conflito entre particulares, mas de um litígio entre o Poder Público e o cidadão, ou entre o Poder Público e a coletividade.

Vários autores tratam desse tema afirmando existir um processo civil de interesse público (SALLES, 2003) e ressaltando a característica do interesse da sociedade e a presença do Estado na demanda. Nesses casos, a justiça deixa de ser apenas corretiva (ou retributiva), para incidir sobre o campo da justiça distributiva, ligada à atribuição individual ou coletiva de recursos comuns (IDEM, p. 56).

Em realidade, pode-se afirmar que a maioria das demandas judiciais que questionam a atuação da administração pública têm vocação coletiva, já que seus efeitos tendem a transcender o litígio individual. Entretanto, o sistema processual brasileiro, carecedor de normas procedimentais específicas que assegurem soluções uniformes (MORAES, 2012), não tem garantido igualdade de tratamento entre as pessoas que recorrem ao Judiciário.

Além de ofender o Estado de Direito, não é razoável que a administração pública seja compelida, na seara judicial, a promover tratamentos diferenciados com relação a pessoas nas mesmas condições fáticas.<sup>121</sup>

---

por produzir um fenômeno novo: uma original forma de acesso aos direitos fundamentais com busca de efetivação plena desses via prestação jurisdicional já despregada de um caráter estritamente legalista e, pontuada por uma atuação que objetiva a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais” (SARLET; MOLINARO, 2011, p. 19-20).

121 A Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro bem descreve a problemática decorrente da divergência das decisões: “Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo prever, em alto grau, as consequências jurídicas da sua conduta. [...] A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário [...]. A preocupação com essa realidade não é recente. Alfredo Buzaid já aludia a ela, advertindo que há uma grande diferença entre as decisões adaptadas ao contexto histórico em que foram proferidas e aquelas que prestigiam interpretações contraditórias da mesma disposição legal, apesar de iguais as situações concretas em que foram proferidas. Nesse sentido, ‘na verdade, não repugna ao jurista que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regra a entendimento diverso, desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais; mas repugna-lhe que, sobre a

Configura-se ainda como quebra do princípio da igualdade a concessão de prestações sociais sem previsão legal a grupos que buscam o Judiciário em detrimento de pessoas em igual situação fática, mas com dificuldades de acesso à justiça.<sup>122</sup>

Lado outro, o princípio da igualdade autoriza a proteção desigual dos seres humanos mais fragilizados socialmente de forma a realizar a igualdade material, o que também deve ser resguardado pelo Poder Judiciário. Ressalte-se que a igualdade positivada na Constituição refere-se ao direito de ações positivas por parte do Estado (CITTADINO, 2004, p. 49) como garantia da dignidade humana e da diminuição das desigualdades sociais.

Nesse contexto, cabe ao moderno Estado canalizar e resolver, de forma racional e isonômica, os conflitos sociais, devendo ser constituído por uma administração democrática e eficiente<sup>123</sup> e por um Judiciário institucionalmente comprometido em garantir a realização da igualdade nos termos da Constituição Federal.

Em decorrência disso, pode-se afirmar que o Judiciário conheceu uma expansão de suas atribuições, passando a resolver questões em cumprimento de um papel antes relacionado a outros centros decisórios

---

mesma regra jurídica, deem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder Judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os Tribunais» (UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. Revista Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 34/139, jul. 1985). A preocupação com a ineficiência da Justiça mostra-se presente em recentes pesquisas coordenadas pelo Conselho Nacional de Justiça, como o “Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento de demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais e gerenciais à morosidade da Justiça”. Na mencionada pesquisa “Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira”, um estudo de caso previdenciário esclarece que, dentre as causas internas para a morosidade, estão a oscilação e a demora na formação dos precedentes, a operacionalização do contencioso de massa, a carência de recursos humanos e o julgamento padronizado por lote. Como mapeamento de soluções, são apresentados mecanismos processuais e gerenciais de racionalização de demandas repetitivas, uniformização de entendimentos jurisprudenciais (súmulas vinculantes e recursos repetitivos no STJ) etc.

122 “Quanto mais ricas e mais educadas forem as populações, mais litígios elas geram. Nem a mera existência de uma estrutura jurídica nem, inversamente, a impropriedade dos serviços básicos, são suficientes para o desencadeamento de uma revolução em torno dos direitos sociais” (FLORIAN; BENTES, 2008, p. 383-416).

123 Art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (BRASIL, CF, 1988).

existentes na sociedade (SALLES, 2003, p. 56). Tal questão precisa ser equilibrada com as atribuições da administração pública relacionadas à universalidade dos direitos fundamentais sociais.

Embora a administração pública esteja vinculada aos princípios da igualdade e da legalidade, é possível verificar, por muitas vezes, que essa vinculação acaba por ser afastada por determinação do próprio Poder Judiciário, ao proferir decisões divergentes, acarretando aos administrados, em situações fáticas idênticas, tratamento diferenciado por parte do Poder Público (PERLINGEIRO, 2010; PERLINGEIRO, 2007, p. 255-277).

A adoção de medidas legislativas apropriadas para a efetividade dos direitos fundamentais sociais compreende, além do reconhecimento do direito material, a criação de instrumentos processuais que assegurem sua efetividade.

Com efeito, as demandas contra a administração pública em que se discutem direitos sociais deveriam ser resolvidas por meio de um direito processual diferenciado denominado direito processual público, que observasse as especificidades do direito administrativo e as características próprias do direito material relacionado ao acesso igualitário aos bens públicos. Tal direito é conhecido na Europa e em países latino-americanos como “jurisdição administrativa” ou “justiça administrativa.”

As expressões “justiça administrativa” e “jurisdição administrativa” indicam, respectivamente, os órgãos jurisdicionais destinados ao julgamento dos litígios de direito público ou de interesse da administração pública e a natureza e o alcance da jurisdição prestada pelos mesmos. São expressões bem conhecidas na maioria dos países ibero-americanos e independem da natureza dualista ou monista do sistema de controle jurisdicional da administração pública<sup>124</sup>. Também são capazes de representar a área de conhecimento relacionada com os princípios fundamentais e as

---

124 No sistema dualista, convivem os tribunais administrativos e os tribunais judiciais, ambos com independência e autonomia, como na França. *Vide Code de Justice Administrative* (Código de Justiça Administrativa), R. 122-15, R. 122-18 e R. 122-20. Em tal caso, a jurisdição administrativa compreende funções consultivas e funções contenciosas. No sistema monista de jurisdição, também conhecida como “jurisdição una” – que compreende direito público e direito privado e eventualmente é dotada de órgãos especializados em jurisdição administrativa, típico dos sistemas de *common Law*, como na Inglaterra –, compete ao Poder Judiciário julgar as causas administrativas e cíveis (PERLINGEIRO, 2015).

regras gerais do direito processual destinadas às causas de interesse da administração pública (EDITAL DE SELEÇÃO...).

Não existe no Brasil um direito processual diferenciado para as causas de direito público, nem uma justiça administrativa estruturada a partir do primeiro grau até a Corte suprema. Adota-se tão somente o Código de Processo Civil para a solução das demandas de direito público e de direito privado. Em paralelo, há algumas leis esparsas (MORAES, 2012) que concedem prerrogativas à administração pública, bem como dispositivos específicos<sup>125</sup> no CPC que delimitam regras diferenciadas para a execução contra o Poder Público.<sup>126</sup> Nesse ponto, há uma grave lacuna no direito processual brasileiro exatamente no *habitat* natural das causas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais.

No item 4.6.3, apresenta-se o Código Modelo Euro-Americano como proposta de *lege ferenda* para estruturação do processo judicial em que há presença da administração pública, por entender-se que esse déficit instrumental é uma das origens do fenômeno das demandas repetitivas atreladas aos direitos fundamentais sociais.

Conforme já apontado no capítulo 3, o excesso de demandas em matérias de direito público, sendo muitas delas de natureza repetitiva, está vinculado a uma disfuncionalidade do sistema do processo administrativo e da revisão judicial. Além da ineficiência do processo administrativo, o processo civil utilizado no Brasil não distingue essa espécie de demanda daquelas relacionadas ao direito civil.

Conforme Siegfried Bross (2006), a formatação das normas processuais dessa jurisdição especial – administrativa – deve estar sujeita a regras também especiais, as quais deverão respeitar o interesse público e os interesses individuais relativos à observância estrita da Constituição.

---

125 Como exemplo, pode-se apontar o art. 475 do CPC, que prevê o duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito a sentença senão depois de confirmada pelo tribunal a sentença que for proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público (BRASIL, LEI N. 5.869/1973); e a Lei n. 6.830/80, que institui um processo diferenciado para as execuções fiscais (BRASIL, LEI N. 6.830/1980).

126 Art. 730 do CPC, o qual prevê que, na execução de sentença por quantia certa contra a Fazenda Pública, o pagamento será feito por precatório judicial na ordem de apresentação e à conta do respectivo crédito (BRASIL, LEI N. 5.869, 1973).

Revela-se, pois, imprescindível uma jurisdição diferenciada para a solução adequada das questões em que há presença do Estado.

Nesses termos, é fácil constatar que o tema da denominada justiça administrativa<sup>127</sup>, fundada em um direito processual público que garanta uma prestação jurisdicional efetiva, eficiente e isonômica quando presente o setor público em juízo, constitui uma das peças fundamentais para a correta configuração do Estado democrático de Direito.<sup>128</sup>

Feitas essas considerações preliminares a respeito da atuação jurisdicional nas demandas repetitivas relacionadas aos direitos fundamentais

127 Nessa obra, faz-se uma análise da existência da jurisdição materialmente administrativa no Brasil: “Reiteradamente se afirma que não há contencioso administrativo no Brasil. Aliás, esta é a concepção predominante na quase totalidade da doutrina. O fundamento principal é de que a jurisdição é uma e, portanto, o poder de dizer o direito em caráter definitivo pertence ao Estado [...] Infere-se desta última assertiva a nítida concepção tradicional sobre contencioso administrativo, focada, ainda, na ideia centrada do direito francês de justiça administrativa dentro de um conceito orgânico”. E conclui: “Do que foi exposto, pode-se afirmar a existência de uma jurisdição materialmente administrativa no Brasil, coerente com o sistema da jurisdição única, dentro de um pluralismo de órgãos jurisdicionais, visto que há situações específicas regidas pelas relações jurídicas administrativas, fruto de aplicação de normas ao abrigo do direito administrativo. No mesmo, viu-se que a tendência no sistema judiciário brasileiro, mormente no federal, é o da especialização das matérias de direito público, ou seja, daquelas afetas à jurisdição materialmente administrativa, resultando em uma organização interna da justiça federal, em todos os níveis, voltada para o que se denomina de contencioso administrativo na Europa. O desenvolvimento da jurisdição materialmente administrativa no seio da justiça federal, que tem vocação para o julgamento das matérias de direito público, faz deste órgão uma especialização imperfeita da justiça administrativa especificadamente, sendo justiça comum, é o foro competente onde se desenvolvem com vigor as ações que se amoldam ao contencioso administrativo judicializado. Ademais, além da competência dos juízes federais, nos tribunais federais e no Superior Tribunal de Justiça são detectadas Turmas e Seções especializadas no contencioso administrativo, embora a feição genérica dos tribunais seja de justiça comum, surgindo essas especializações na sua estrutura orgânica. Consequentemente, pode-se aquilatar, mesmo organicamente, um esboço de uma justiça administrativa também no Brasil em comparação com a nova roupagem judicial que lhe foi dada na Europa. Há necessidade de melhor regramento do Direito Processual Administrativo, na ótica judicial, não vinculado ao conceito de processo administrativo no significado da parte graciosa exercida extrajudicialmente, mas como disciplina própria, já que, a rigor, está mal inserido no campo do Processo Civil, uma vez que a relação substantiva que visa tutelar é de Direito Administrativo, e não de Direito Civil, com o intuito de organizar melhor este ramo do direito processual em face de suas peculiaridades existentes” (REZENDE, 2011, p. 563-650).

128 Conforme se depreende da exposição de motivos que justificaram a reforma da legislação espanhola aplicável ao contencioso administrativo (ESPAÑA. Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Boletín Oficial del Estado n. 311 de 14/7/1998), percebe-se a clara interligação entre um procedimento adequado para o controle do Poder Público com um elemento imprescindível para concretizar o Estado de Direito: “*La Jurisdicción Contencioso-administrativa es una pieza capital de nuestro Estado de Derecho. Desde que fue instaurada en nuestro suelo por las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, y a lo largo de muchas vicisitudes, ha dado sobrada muestra de sus virtualidades. Sobre todo desde que la ley de 27 de diciembre de 1956 la dotó de las características que hoy tiene y de las atribuciones imprescindibles para asumir la misión que le corresponde de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las exlramitaciones de la Administración*”.

sociais, passa-se, nos tópicos seguintes, a apresentar algumas proposições instrumentais para a construção da igualdade nessa seara, sem perder de vista que “a essência de qualquer política pública, levada adiante pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário, é distinguir e diferenciar, realizando distribuição dos recursos disponíveis na sociedade.”<sup>129</sup>

É pertinente apresentar uma breve avaliação a respeito de alguns instrumentos processuais do direito brasileiro que buscam garantir a igualdade formal ou isonomia. A ideia aqui não é esgotar a funcionalidade dos mencionados institutos jurídicos, mas tão somente descrevê-los e relacioná-los à efetividade de sua aplicação pelo sistema de justiça.<sup>130</sup>

Atualmente o Brasil se encontra em fase de alteração da legislação processual, pois promulgou-se o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, com término da *vacatio legis* previsto para março de 2016. Por tais razões, apresentam-se, nos tópicos seguintes, instrumentos processuais ainda em vigor e os acréscimos a eles relacionados constantes do novo diploma legal, bem como algumas considerações a respeito do chamado IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, este sim previsto integral e originalmente no novo CPC.

## 4.2 Institutos processuais brasileiros e a construção da igualdade formal

### 4.2.1 Sistema de uniformização

Há, no sistema judicial brasileiro, uma incongruência que causa perplexidade em relação ao número excessivo de demandas idênticas que alcançam as cortes superiores de uniformização (STF e STJ).

Podem-se apontar três institutos processuais que procuram uniformizar as interpretações e criam uma proposta de celeridade e busca da

---

129 Quanto à essência das políticas públicas, o autor cita as seguintes obras: 1) Neil R. Komesar (1964, p. 251); 2) Serge-Cristophe Kolm (1996, p. 3-4); 3) William H. Clune (1993).

130 Referidos institutos, apresentados na obra de Vânia Cardoso André de Moraes (2012) encontram-se transcritos nesta tese, acrescidos de atualizações e alguns dados estatísticos, bem como de uma análise crítica decorrente do próprio aprofundamento no estudo do tema, além de um estudo comparado entre tais institutos e as normas do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

igualdade formal: a súmula vinculante, a repercussão geral no STF e os recursos repetitivos no STJ.

O sistema da súmula vinculante foi instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que incluiu no texto constitucional o art. 103-A, estabelecendo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula com caráter obrigatório e vinculante para todo o Poder Judiciário e, ainda, para a administração pública direta e indireta. Nos termos dessa norma constitucional,

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma objeção corrente contra a adoção da súmula vinculante é a de que sua implementação fere o princípio da livre convicção judicial e a prerrogativa do juiz de dizer o direito conforme sua consciência.

Luiz Guilherme Marinoni (2007) rechaça a crítica ao fundamento de que a força vinculante somente incide sobre a interpretação do direito, e não sobre a apreciação dos fatos concretos. Objetiva-se, portanto, apenas dar força vinculante à análise jurídica feita pelos tribunais. O autor tece severas críticas às afirmações a respeito das alegações de que os juízes podem desconsiderar os entendimentos sumulados pelos tribunais superiores:

Ademais, afirmar que o juiz tem o direito de julgar de forma diferente da dos tribunais superiores constitui gigante equívoco. Se é o Superior Tribunal de Justiça quem dá a última palavra em relação à interpretação de lei federal, qual é a racionalidade de se dar ao juiz o poder de proferir uma decisão que lhe seja contrária? Basta perguntar quem tem razão, diante de um sistema judicial, diante de uma Súmula do Superior Tribunal de Justiça: é claro que aquele que tem o seu direito reconhecido pela Súmula. Portanto, decidir de forma contrária à súmula apenas obriga à interposição de recurso, consumindo mais tempo e despesas, seja da administração, seja da justiça, seja do próprio cidadão.

Sendo assim, a afirmação da prerrogativa de o juiz decidir de “forma diferente” do entendimento fixado pelos tribunais superiores, longe de ser algo que tenha a ver com a consciência do magistrado, constitui um ato de falta de compromisso com o Poder Judiciário, que deve estar preocupado, dentro do seu sistema de produção de decisões, com a efetividade e a tempestividade da distribuição da justiça. E não é só um ato de falta de compromisso com o Judiciário, mas também um ato que atenta contra a cidadania, pois desconsidera o direito à razoável duração do processo.

O recurso extraordinário<sup>131</sup>, previsto no inc. III do art. 102 da Constituição Federal, tem a finalidade de interpretar o alcance das leis e dos atos normativos federais e estaduais, tendo como paradigma a Constituição Federal. Referido recurso excepcional, por força de cognição restrita, caracteriza-se pela presença de requisitos de admissibilidade diferenciados, normalmente ligados às preliminares recursais.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, posteriormente regulamentada pela Lei n. 11.418/06<sup>132</sup>, ao consagrar a repercussão geral, criou um filtro restritivo de acesso ao Supremo Tribunal Federal a partir de um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado

---

131 Nos termos do art. 102 da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...]: “III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal” (BRASIL, CF, 1988).

132 A Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, acrescentou ao art. 543 do Código de Processo Civil a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão” (BRASIL, Lei n. 11.418/2006. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

na necessidade da presença de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (543-A, § 1º, CPC). Esse requisito de admissibilidade é exclusivo do STF, com competência para vinculação às causas repetidas da interpretação constitucional exarada para o caso em concreto (ARAÚJO, 2008, p. 359). “Apesar de ser feita análise no caso concreto, a transcendência e a eficácia da decisão atingirão, como consequência pan-processual, as causas constitucionais posteriores, espreado-se a interpretação aos demais órgãos do Judiciário” (IDEM, p. 357).

A redação do art. 543-B do CPC trata da questão da multiplicidade de recursos extraordinários. Nele discute-se a mesma questão constitucional, ou seja, os recursos repetitivos, esclarecendo as possibilidades procedimentais que podem ser adotadas: a) o tribunal de origem pode selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte; b) se o STF negar a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente não admitidos – decisão que será tomada no tribunal de origem; c) se a decretação for positiva quanto ao requisito de repercussão geral, os recursos sobrestados terão seguimento no STF; d) caso o(s) recurso(s) encaminhado(s) seja(m) julgado(s) em seu mérito, os recursos extraordinários sobrestados poderão ter as seguintes soluções no tribunal de origem: possibilidade de retratação, adaptando a decisão recorrida à interpretação vinculante do STF; ou, mantido o entendimento local, o STF poderá cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada no recurso paradigma. Verifica-se a clara vinculação vertical da interpretação da Corte constitucional. Quando a Corte decide o mérito de uma matéria em que foi reconhecida a repercussão geral, as demais instâncias do Judiciário têm de aplicar o entendimento do STF<sup>133</sup> (543-B, § 3º, CPC).

---

133 Código de Processo Civil. Art. 543-B. “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos

Analisando o instituto, é razoável concluir que a pretensão do constituinte reformador foi a de “ampliar o conceito de manutenção e verticalização dos precedentes do Supremo, mantendo-os com clara vinculação aos demais órgãos do Judiciário” (ARAÚJO, 2008, p. 350), pois acrescenta que sempre haverá repercussão geral quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.

Negada a repercussão geral, adotou-se um processamento para enfrentar a questão dos recursos repetitivos, posto que o STF não analisará novamente outros recursos idênticos, que serão indeferidos liminarmente diante da questão já julgada anteriormente. Ressalvada, logicamente, a revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Constata-se, portanto, que o sistema de apreciação de inexistência de repercussão geral é colegiado tão somente para o recurso modelo ou paradigma. Logo, para os recursos posteriores, com a mesma questão constitucional já julgada, na qual houve negativa de repercussão geral, a eficácia é vinculante e será declarada em julgamento monocrático.

A partir desse processamento vinculante, observa-se uma clara objetivação do recurso extraordinário, retornando-se a sua finalidade precípua de controlar a ordem constitucional, e não somente o caso concreto posto em julgamento.<sup>134</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem a competência constitucional para definir a interpretação do direito federal prevista no art. 105, III, da Constituição Federal e a inclusão do instituto do recurso re-

---

sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral” (BRASIL, LEI N. 5.869/1973).

134 Sobre a objetivação, Araújo cita manifestação proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 388.830-7/RJ (J. em 14.2.06, DJ de 10.3.2006): “a proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não estrita subjetivação ou de mais objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva” (ARAÚJO, 2008, p. 343).

petitivo no art. 543-C do CPC<sup>135</sup> demonstra um movimento no sentido de adotar-se a força obrigatória do precedente.

A Lei dos Recursos Repetitivos tem como principal característica a busca da uniformização de soluções para situações análogas, incorporando decisões judiciais em massa para disciplinar hipóteses idênticas.

O § 1º do art. 543-C do CPC trata da competência do presidente do tribunal de origem para admitir um ou mais recursos que representam a matéria controvertida e que serão encaminhados ao STJ, ficando suspensos os demais recursos até que esse tribunal decida sobre a matéria de direito que se repete. O dispositivo veio com a finalidade de evitar o inócuo procedimento de julgamento de inúmeros processos idênticos naquela Corte.

É importante observar que há um incremento de complexidade que os institutos processuais de uniformização criam, apesar da proposta de celeridade. Qualquer proposta que pretenda uniformizar não pode criar ilusões. Em um sistema jurídico no qual todos são intérpretes da

---

135 O art. 543 do Código de Processo Civil trata dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator do Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo” (Incluído pela Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008) (BRASIL, LEI N. 5.869/1973).

Constituição, ou seja, um sistema em que cada juiz tem a possibilidade de afastar qualquer norma no caso concreto, qualquer norma uniformizante pode tornar-se mais um obstáculo na argumentação, mais uma “norma, posição jurisprudencial, súmula, enfim” que pode ser afastada, contornada, superada. Além do limite de afastamento mesmo da súmula, as dúvidas sobre sua aplicação ao caso concreto e seu próprio sentido permanecem como questões interpretativas que podem entrar em disputa. Isso, entretanto, não retira a importância e a efetividade das soluções de uniformização (PENALVA, 2013, p. 16).

Constata-se, ainda, que a suspensão dos processos nos tribunais acarreta um represamento nas instâncias superiores que dificulta a gestão e a celeridade processual.<sup>136</sup>

No caso do novo CPC, há um grave risco do congestionamento nas Cortes aumentar de forma exponencial, considerando a previsão expressa de o juízo de admissibilidade dar-se diretamente no STJ e no STF (art. 1.037 do novo CPC). Referida preocupação foi exposta pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no Seminário *O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil* (agosto/2015), ao afirmar que a manutenção do dispositivo, na forma como se encontra, poderá gerar o aumento do número de processos nas cortes superiores em aproximadamente 50%, já no início de 2016.<sup>137</sup>

136 “O CNJ promoveu, nos dias 26 e 27 de março de 2014, a Reunião Preparatória do VIII Encontro Nacional do Judiciário, com a participação de representantes de todos os Tribunais. Tratou-se hoje pela manhã do macrodesafio ‘Demandas Repetitivas e Grandes Litigantes’, com a participação dos Juízes Clenio Jair Schulze e Carl Olav Smith, Juízes Auxiliares do CNJ, e a Dra. Vânia Cardoso André de Moraes, Juíza Federal do TRF da 1ª Região, além de representantes do Supremo Tribunal Federal (Aline Carlos Cardoso) e do NURER/STJ (Valéria Rita Conti da Costa). O NURER/STJ noticiou que, de acordo com as informações prestadas por diversos Tribunais (TJBA, TJCE, TJGO, TJMS, TJPE, TJPR, TJRJ, TJRO, TJRS, TJSP, TRF1, TRF2, TRF3 e TRF5), havia, no 4º Trimestre/2013, 216.137 processos suspensos na Segunda Instância pendentes de julgamento de recursos submetidos ao rito do art. 543-C do CPC pelo STJ. Com o objetivo de colaborar para a superação dos macrodesafios ‘celeridade e produtividade na prestação jurisdicional’ e ‘gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes’, o NURER/STJ sugeriu a implantação do projeto denominado ‘Classificação por Tese e Gestão de Acervo’, que tem como objeto a classificação de todas as teses recursais de acordo com a Tabela Unificada de Assuntos do Poder Judiciário. O referido projeto prevê a utilização de um sistema que, automaticamente, permita o agrupamento dos recursos que tratem das mesmas teses [...]” (CNJ, DEFINIDA A PROGRAMAÇÃO DA REUNIÃO PREPARATÓRIA PARA O VIII ENCONTRO DO JUDICIÁRIO, 2014).

137 Exposição realizada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Sanseverino, sobre o tema *Recurso Repetitivos* no Seminário “O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil”, realizado pela Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) em Brasília (DF), entre os dias 26 e 28 de agosto. Na definição do Ministro, as demandas repe-

O julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivo encontra previsão expressa no novo CPC, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, com aumento da verticalização do Poder Judiciário. A ideia geral é de que a controvérsia se transforme num tema e, a partir de sua afetação, todos os processos pendentes, individuais e coletivos com a mesma controvérsia são suspensos. Tal processamento deve observar o disposto no art. 1.036 e seguintes do novo CPC.

Os pontos que merecem destaque nos dispositivos mencionados são: o efeito vinculante (art. 1.040) e a regulação das audiências públicas (art. 1.038, II). O primeiro decorre da própria lógica constitucional da competência do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação da lei federal e do Supremo Tribunal Federal com as interpretações segundo a Constituição Federal. O segundo possibilita a oitiva de pessoas com experiência e conhecimento sobre o tema afetado, o que poderá trazer elementos legitimadores para a elaboração de decisão de abrangência nacional.

O novo CPC mantém a tradição processual brasileira, sem fazer distinção entre as demandas de direito público e as de direito privado, utilizando ritos procedimentais que não consideram a origem do conflito; reafirmando, assim, o tratamento individualizado para as demandas oriundas do direito administrativo que possuem efeitos coletivos. Em tais condições, a tendência natural é perpetuar-se a pulverização dos litígios e de todas as consequências que esse fenômeno acarreta.

A verticalização dos precedentes é, sem dúvida, uma regra essencial para a construção da igualdade formal, mesmo em um sistema adepto a *civil law* como é o brasileiro. Entretanto, a experiência na atualidade tem demonstrado que a simples verticalização não elimina a quebra da igualdade, sendo necessário que a solução da demanda de efeitos coletivos seja analisada de forma a solucionar o conflito originário do direito administrativo, levando em consideração todos aqueles que são afetados por ações ou omissões da administração pública.

---

titivas abrangem causas em que a ofensa a um direito individual ou coletivo atinge um grande número de pessoas de forma parecida, ensejando o ajuizamento de centenas ou milhares de ações semelhantes (texto não publicado).

A partir dessas considerações, verifica-se a necessidade de repensar o sistema de justiça para solucionar previamente questões atreladas aos direitos fundamentais sociais, posto que os instrumentos de uniformização processual possuem inúmeras fragilidades sistêmicas que não foram superadas pelo novo Código de Processo Civil.

#### 4.2.2 Processo civil coletivo<sup>138</sup>

Apesar do importante papel de destaque que possuem as ações coletivas no sistema processual em decorrência da facilitação do amplo acesso à justiça e do tratamento isonômico concedido pelos tribunais àqueles que se encontram em situação jurídica e fática idêntica, tais institutos jurídicos, da forma como são tratados no sistema processual, contém inúmeras dificuldades para a pacificação dos conflitos.

A relação entre a tutela coletiva e as causas envolvendo a administração pública em que há interesse público acarreta o surgimento de inúmeras causas individuais, asoerbandando o Poder Judiciário e acarretando uma demora na prestação jurisdicional (PERLINGEIRO, 2005).

As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente em cada uma das milhares de demandas propostas sobre o mesmo tema. Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, em massa, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito (CUNHA, 2010, p. 142).

Aluisio Gonçalves Castro Mendes (2007, p. 11-15) aponta várias matérias relacionadas ao direito público que foram objeto de ações individuais de forma repetitiva, demonstrando que as ações coletivas não cumpriram seu papel, como a dos expurgos inflacionários relacionados à caderneta de poupança e ao FGTS, inúmeros conflitos envolvendo aposentados, li-des que diziam respeito a tributos, como a CPFIM, reajuste de tabela de Imposto de Renda, progressividade do IPTU, etc.

---

138 Conforme exposto na nota n. 127, embora este item tenha sido apresentado em obra anterior, sua inserção nesta tese faz-se necessária como pressuposto lógico das conclusões que serão alcançadas nos itens seguintes em que são analisados possíveis instrumentos processuais que possam garantir a igualdade material nas demandas repetitivas por direitos sociais.

Constata-se, isto sim, uma restrição à utilização das demandas coletivas nas ações que envolvam pretensões coletivas contra a administração pública.<sup>139</sup>

No Brasil, o direito processual público não passa de uma proposta acadêmica (PERLINGEIRO, 2005) e há inúmeros riscos na resolução via ação coletiva dos processos de massa quando presente a administração pública em juízo<sup>140</sup>, destacando-se como os principais a legitimidade adequada e a extensão da coisa julgada.

De outro lado, é possível vislumbrar o possível conflito de interesses multissubjetivos entre si (*v.g.* o conflito entre trabalhadores de uma fábrica que postulam seu direito de trabalhar ainda que contaminando o meio ambiente e os difusos interesses a serem resguardados a um ambiente saudável). Os mecanismos orientados para solução das controvérsias envolvendo indivíduos em posições divergentes (interesses subjetivos) não são adequados para a solução das hipóteses em que há uma pluralidade determinada ou indeterminada de interesses livres, iguais e razoáveis em jogo, atuando coletivamente.

A questão da legitimidade *ad causam* apresenta suas maiores contradições, pois o sistema processual não garante a extensão da legitimidade para todos aqueles que estão sujeitos a situação material indivisível.

---

139 “Há inúmeras prerrogativas processuais em favor da administração pública que acabam restringindo a sua utilização: (1) vedação do cabimento das ações civis públicas em se tratando de créditos tributários ou previdenciários ou quais fundos institucionais (FGTS, por exemplo); (2) fragmentação territorial da coisa julgada; (3) a necessidade de expressa autorização para agir nas ações coletivas propostas contra o Poder Público; (4) a limitação da legitimação das associações ao ajuizamento de ações civis públicas; (5) a ampla possibilidade de suspensão de liminares pela cúpula do Poder Judiciário; (6) algumas proibições e restrições ao deferimento de medidas liminares. Pode-se também mencionar uma crescente ampliação de prerrogativas processuais aos agentes públicos quando demandados por seus atos administrativos, em ações coletivas de responsabilização” (ALVES, 2007, p. 153-154). “Constata-se, inclusive, vedação legal expressa para a utilização de ação civil pública em matérias de direito público, decorrentes da aplicação da legislação federal pelo Poder Público, com efeitos notoriamente coletivos. Conforme se depreende do parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, acrescido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (MORAES, 2012, p. 54).

140 Há autores que defendem com veemência a utilização da ação coletiva contra o Poder Público. (ALVES, 2007, p. 151) acredita que a utilização das ações coletivas “pode minimizar o desequilíbrio resultante da qualidade de ‘litigante habitual’ (*repeat players*) do Estado, um dos maiores violadores do ordenamento jurídico nos dias atuais, sobretudo no âmbito da Justiça Federal [...]”.

Oportuniza, isto sim, a coexistência de demandas coletivas e individuais, prestigiando a repetição de demandas e fragilizando as relações jurídicas. Significa dizer que não são considerados os efeitos dos atos administrativos na sua real extensão, posto que, processualmente, podem coexistir discussões coletivas e individuais a respeito de um ato administrativo único.

Além das restrições impostas pelo legislador quanto à possibilidade de discussão das demandas de direito público coletivamente, não há instrumentos legais no Brasil a autorizar que o juiz avalie a representatividade adequada quando do ajuizamento de demandas coletivas contra o Poder Público. Essa adequação deveria consubstanciar-se numa efetiva homogeneidade entre o grupo tutelado e aqueles que se apresentam como seus representantes, de modo a verificar, de maneira rigorosa, que aquele que agiu no interesse de todos seja efetivamente capaz de comunicar ao juiz a dimensão real dos interesses em jogo (GRINOVER, 2008, p. 242-243).

A coisa julgada, por sua vez, encontra-se disciplinada no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990). Nas ações coletivas de que trata o referido Código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* quando presente o interesse difuso, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova; *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, quando se tratar da hipótese de interesse coletivo; e *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese de interesse individual homogêneo (art. 103, incs. I, II e III, da Lei n. 8.078/90).

O sistema brasileiro, afastando-se do modelo norte-americano do *opt out* e do *opt in*, escolheu um critério aderente à sua própria realidade socioeconômica, levando em consideração as deficiências de informação e de politização do corpo social, as dificuldades de comunicação e a própria ausência de controle da representatividade adequada. Tal sistema confere ainda, conforme esclarece Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 242), tratamento legislativo ao transporte da coisa julgada do processo coletivo

para beneficiar as pretensões individuais, de modo que a existência de dano geral e do dever de ressarcir, reconhecidos pela sentença do processo de massa, torna-se indiscutível em relação às ações pessoais, que versaram exclusivamente sobre o dano individualmente sofrido e sobre o nexó etiológico.

Ressalta-se ainda que os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, de grupo, categoria ou classe. Na hipótese de interesse individual homogêneo, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem tido intervenção no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (§§ 2º e 3º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor).

Depreende-se, de uma primeira leitura, que os dispositivos mencionados acabam por eternizar os conflitos, na medida em que não têm caráter definitivo, existindo sempre a oportunidade de novas ações judiciais quanto à mesma situação de fato. Eis que existem limites quanto à extensão da coisa julgada, além da possibilidade de inúmeras ações individuais paralelas ao ajuizamento das ações coletivas.<sup>141</sup>

Quanto à litispendência, a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem entendido que “[...] inexistente litispendência entre a ação coletiva e a individual, podendo o demandante optar pelo prosseguimento da execução na ação coletiva, com a consequente desistência da execução individual [...]” (BRASIL, STJ, AgRg Exe MS n. 6.359). Da mesma forma, “não ofende o instituto da coisa julgada a propositura de ação individual, ainda que exista sentença imutável de improcedência proferida em sede de ação coletiva.” (BRASIL, STJ, AgRg REsp 1.048.972).

---

141 Siqueira enfrenta o problema analisando processos que tramitam perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual engloba os Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe, esclarecendo que “eram, até setembro de 2001, 439.388 processos tramitando perante um total de 46 Varas Federais em seis Seções Judiciárias, centralizadas por um único Tribunal, a maior parte delas repetidas, ou seja, ações de massa em que milhares de autores individualmente discutem a mesma questão de direito [...] A curiosidade é que tramitaram ou tramitam na Seção diversas ações coletivas ajuizadas por entidades interessadas, questionando o mesmo objeto das ações individuais, cujas sentenças bem poderiam aproveitar aos autores individuais, suspender a tramitação destas últimas ou atrair, nos termos da Lei, a competência para processo e julgamento dos feitos, centralizando as ações processadas pulverizadamente, que quase estão a explodir o nosso sistema judiciário. Esse fato se reproduz pelas demais Seções da 5ª Região e, mesmo, pelo Brasil afora” (SIQUEIRA, 2004, p. 173-208).

O instituto da litispendência só é útil ao processo coletivo se houver uma análise comparativa não relacionada somente à parte que está no processo, mas também a quem sejam os titulares do direito material deduzido.

Importante questão de fundo deve ser apreciada. Os interesses essencialmente coletivos, ou seja, os difusos e os coletivos *stricto sensu*, contam com a característica fundamental da indivisibilidade de seu objeto. A impossibilidade de fracionamento determina, assim, tratamento e solução uniformes para o litígio (MENDES, 2007). E essa é a principal característica de ações ou omissões da administração pública relacionadas a direitos fundamentais sociais, geradora de profunda dificuldade no que diz respeito à coisa julgada e aos efeitos *inter partes* e *erga omnes* das decisões judiciais que anulam atos administrativos. A lógica é que os efeitos da sentença alcançariam a relação material que os fundamenta, ou seja, um ato administrativo concreto e individual seria anulado tão somente para as partes envolvidas, enquanto um ato normativo geral, quando anulado, deveria alcançar efeitos *erga omnes*, sob pena de quebra dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Esse é o caminho inverso do nosso sistema processual, conforme se depreende do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com redação dada pela Lei n. 9.494/97, que condicionou inaceitavelmente “a coisa julgada aos limites territoriais do órgão prolator.” Ada Pellegrini Grinover (2005) consigna que “não se pode desconhecer que 20 anos de aplicação da Lei da Ação Civil Pública têm posto à mostra não apenas os seus méritos, mas também suas falhas e insuficiências, gerando reações, até legislativas, que objetivam limitar seu âmbito de aplicação”.

Sem embargo da necessidade de aprofundamento desse tema, forçoso é concluir que as ações coletivas, em vigor no ordenamento processual brasileiro desde 1985, a partir da promulgação da Lei n. 7.347/85, não tiveram o condão de diminuir os litígios repetitivos decorrentes de ações e omissões da administração pública. Percebem-se, ao contrário, graves dificuldades relacionadas às demandas em que há presença do setor público; pois, apesar do amplo acesso à justiça e da natureza metaindividual do interesse público, não há eficiência no sistema. É possível enumerar algumas dificuldades constatadas: i. limitação territorial

da coisa julgada; ii. possibilidade de ajuizamento simultâneo de ações coletivas e individuais; iii. dificuldades de delimitação da representatividade adequada quando há presença de interesse público; iv. absoluta ineficiência do sistema quanto aos destinatários dos atos administrativos e aos efeitos da coisa julgada; v. insegurança jurídica pela possibilidade de ingresso de inúmeras ações coletivas a respeito do mesmo ato administrativo; vi. possibilidade de interesses coletivos conflitarem entre si; e vii. limitação legal do ajuizamento de demandas coletivas relacionadas às matérias de direito tributário e previdenciário; típicos nascedouros de demandas de massa.

O sistema afigura-se perverso quando presente a administração pública em juízo, pois, além de inexistir solução definitiva de questões que, por sua própria natureza, acarretam ações repetitivas, surge a insegurança quanto à própria implementação de políticas públicas que podem ser alteradas e questionadas a qualquer tempo.

### 4.2.3 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no novo CPC

Vários estudos têm sido empreendidos a respeito do novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que passará a vigorar a partir de 16 de março de 2016. Cabe, neste espaço de pesquisa, aquilatar alguns dispositivos que tenham relevância metodológica relativamente ao escopo deste trabalho. Nesse sentido, sem dúvida, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto nos arts. 976 a 987 do CPC é de especial relevância.

O projeto inspirou-se no modelo alemão para as causas de massa<sup>142</sup> ou repetitivas. Entretanto, há severas críticas à adoção na Alemanha dos proces-

---

142 Na seara da jurisdição administrativa, interessante estudo foi apresentado por Hermann-Josef Blanke, sob o título *Demandas Repetitivas na Jurisdição Administrativa Alemã*, no Seminário “Demandas Repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais”. No texto, o professor de direito público e internacional público da Universidade de Erfut, Alemanha, analisa os procedimentos e as demandas repetitivas no direito administrativo e no direito do contencioso administrativo alemão, a origem e a codificação do instituto. Esclarece o autor que o ordenamento jurídico alemão define demandas repetitivas como aquelas que se referem a uma mesma medida da administração pública, isto é, a um ato ou a uma resolução que é inteiramente idêntica em relação a todos os destinatários (BLANKE, 2013, p. 67-81).

dos modelos dos investidores de capital (*Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz*), pois naquele país as experiências na utilização do processo-modelo não foram satisfatórias, conforme expõe o Ministro do Tribunal Constitucional da Alemanha, Rolf Stüner:

Para os colegas brasileiros, que cogitam na atual reforma para uniformização do Direito e celeridade processual, um incidente de resolução de demandas repetitivas, talvez, seja interessante analisar o sucesso desse processo alemão. Ele não é muito animador. Se se pretende garantir, nos processos-modelo, o contraditório de todas as partes que tiverem suas ações individuais suspensas, eles se tornarão muito lentos e complicados [...]. Os acórdãos-modelo dos tribunais superiores para uma série de casos semelhantes são – como já indicado – uma instituição com expectativa de sucesso muito incerta. Em última análise, a observância dos acórdãos dos tribunais superiores depende sempre do conhecimento e do raciocínio dos juízes. Não se pode esconder certo ceticismo em relação às perspectivas de êxito. Processos-modelo têm um efeito muitas vezes retardante, e os casos individuais diferenciam-se frequentemente do modelo. Uma racionalidade pragmática dos magistrados pode conduzir a resultados superiores (STÜNER, 2010, p. 50).

A instauração do IRDR é cabível quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e tal situação acarretar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.<sup>143</sup>

A primeira observação a ser feita diz respeito à correlação legal expressa entre a existência do fenômeno das demandas repetitivas e a ofensa ao princípio da isonomia – igualdade sob uma perspectiva formal –, o que tem sido afirmado por diversas vezes neste trabalho.

Percebe-se claramente a intenção do legislador em uniformizar a jurisprudência dos tribunais quando presentes teses de direito que acarretam o fenômeno das demandas repetitivas.

De forma resumida, o processamento do incidente gera a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou região. Entretanto, durante a suspensão, é cabível a concessão

---

143 Art. 976: “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (BRASIL, LEI N. 5.869/1973).

de medidas de urgência que deverão ser dirigidas ao juízo no qual tramita o processo suspenso (art. 982 do CPC). Há previsão expressa de ampla publicidade do incidente, bem como do direito de serem ouvidos todos os interessados na solução da causa (art. 983).

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito (art. 985).

Observa-se, quanto à extensão dos efeitos do incidente aos processos que tramitam perante os juizados especiais, o surgimento da possibilidade de um desvio da finalidade daquele procedimento especial<sup>144</sup>, vinculado a um microsistema próprio que não se relaciona com as decisões proferidas pelos tribunais de justiça e tribunais regionais federais.

Com efeito, considerando a existência de turmas próprias de uniformização na seara federal, as turmas recursais, regionais e uma turma nacional de uniformização, como poderá o IRDR ser iniciado se os recursos sobre determinadas matérias nem chegarão aos tribunais? Não se tem, no momento, uma resposta para essa indagação e acredita-se que muito dependerá da interpretação dada aos casos concretos quando estes forem levados às cortes de justiça.

Na hipótese de o incidente relacionar-se à interpretação de lei federal ou de questão constitucional, apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a idêntica questão de direito apreciada (§ 2º do art. 987). A decisão será, assim, um *leading case* a fundamentar as decisões dos casos repetitivos que tenham por fundamento a mesma tese jurídica e consistirá num paradigma para todos os demais processos. A exemplo do que sucede com a proclamação da inconstitucionalidade, o incidente de resolução de causas repetitivas provoca um julgamento abstrato da questão jurídica submetida ao crivo do tribunal.

---

144 Vide: Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995) e Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001).

Percebe-se, portanto, em nível de competência territorial, o efeito vinculante da decisão do incidente para as causas decididas pelos tribunais, e em nível de competência nacional, o referido efeito para as causas decididas pelo STF e pelo STJ.

Não restou expressa a vinculação da administração pública às teses decididas pelas cortes de justiça, ressalvando-se apenas no § 2º do art. 985 que se o incidente tiver por objeto prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada.

Nesse dispositivo, percebe-se claramente que o incidente só vincula aquele que presta serviço. Pode-se entender aqui serviço público, nas hipóteses em que há cessão, concessão ou delegação, mas o IRDR não se aplica à administração pública direta quando da prestação de serviços públicos.

Referida lacuna demonstra que o IRDR não enfrentou o maior foco de demandas repetitivas, ou seja, aquelas atreladas ao Poder Público, bem como relacionadas aos direitos fundamentais sociais, pois a vinculação da tese está adstrita tão somente ao Poder Judiciário.

### 4.3 Construção da igualdade via processo judicial

No capítulo 3, estudou-se a realização da igualdade por meio dos direitos sociais na seara administrativa; portanto sem intervenção judicial. No tópico 4.2, foram apresentadas as inconsistências dos instrumentos de uniformização, do processo coletivo em vigor no sistema processual e considerações a respeito do IRDR do novo CPC.

Este tópico, por sua vez, relaciona a postulação dos direitos fundamentais sociais e a construção da igualdade por meio do processo judicial, contudo, de forma interdependente com a seara administrativa.

A primeira premissa a ser considerada é a de que a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos atos dos poderes públicos (CANOTILHO, 1998, p. 256) alcançam a prestação jurisdicional, a qual deve garantir àqueles que se encontram em situação fática

e jurídica idêntica uma igualdade de tratamento (PERLINGEIRO, 2010), a denominada igualdade perante a lei ou igualdade formal. Contudo, o conceito de igualdade material amplia o conceito anterior de forma tal, que se faz necessário tratamento diferenciado a situações concretas dessemelhantes, para evitar o aprofundamento das desigualdades sociais.

A segunda premissa básica – e eixo central deste estudo – é a impossibilidade de desconsiderar-se toda a elaboração lógica do requerimento, do procedimento e do processo administrativos no momento da judicialização, sob pena de adentrar-se numa espiral de repetição de etapas, deixando de observar as atribuições dos poderes que compõem a complexa estrutura estatal.

O sistema federal brasileiro é detentor de uma pluralidade de órgãos judiciais, o que justificaria, num primeiro momento, o pluralismo na prestação jurisdicional. Todavia, a necessidade de aplicação do direito aos casos concretos e de igualdade de repercussão para os litigantes sob situações idênticas justifica a busca de caminhos processuais que mantenham a uniformidade da decisão em casos semelhantes. Noutra perspectiva, o tema alcança considerável relevância quando se está diante de direitos fundamentais sociais de natureza universal e indivisível e que necessitam, por muitas vezes, para a construção da igualdade material, de tratamento diferenciado via discriminações legítimas.

No dizer de Podlech: “O princípio jurídico da igualdade é um pré-requisito da decisão, não uma condição de justiça. Possui uma particular coerência lógica, não tendo conteúdo semântico, senão pragmático: é um esquema operativo de natureza condicional.” (PODLECH, 1971, p. 77-78 apud GIORGI, 2013, p. 77).

A complexidade deste estudo é imensa, pois permeia conhecimentos interdisciplinares e diversas áreas do direito – dentre eles, a teoria geral, a filosofia do direito e a filosofia política<sup>145</sup> –, além de estar fun-

---

145 Felipe de Melo Fonte conceitua direito fundamental em planos distintos: moral e jurídico. No plano moral, direito fundamental é aquele cuja proteção é exigida para garantir a dignidade e, por consequência, a liberdade do ser humano. No plano jurídico, o direito fundamental tem aplicação preferencial nos casos de colisão e possui viés contramajoritário, abrindo as portas para sua imposição coativa pela via jurisdicional. O argumento poderoso, no dizer do jurista, deve ser limitado aos direitos que realmente consistem no núcleo das prestações essenciais devidas pela sociedade. Daí a necessidade de se recorrer à filosofia política contemporânea (FONTE, 2013, p. 323-324).

dada num fenômeno social que se materializa na explosão dos litígios. Entretanto, na medida do possível, urge que tais conhecimentos possam ser entrelaçados nos limites do escopo desta tese, a fim de se avaliarem instrumentos procedimentais e processuais que busquem construir uma sociedade composta de iguais perante a lei e, ao mesmo tempo, gerem a igualdade de oportunidades de acesso aos bens públicos, observadas as discriminações legítimas nos termos da Carta Política do país.

Para tanto, mantendo a coerência metodológica com o objeto de pesquisa, divide-se o estudo dos instrumentos processuais relacionados à construção da igualdade nas demandas atreladas aos direitos fundamentais sociais em duas proposições distintas: controle difuso e controle concentrado, em analogia ao controle de legalidade e de constitucionalidade existente no sistema atual. Assim, há possibilidade de o controle da ação ou omissão da administração pública de efeitos gerais ser realizado por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto (difuso), ou de forma concentrada, resolvendo-se a questão abstratamente e com efeitos *erga omnes*.

O primeiro, controle difuso, diz respeito às ações individuais e referida metodologia de estudo apresenta tal formato porque efetivamente os direitos fundamentais sociais têm sido postulados, em sua maioria, individualmente, gerando o fenômeno da repetição. Nesse aspecto, são estudadas as questões incidentais que fundamentam essa modalidade de demanda, consubstanciadas em ações e omissões administrativas materializadas em ineficiência de políticas públicas e legislação orçamentária, bem como nas omissões inconstitucionais.

O controle concentrado, por sua vez, divide-se em três proposições distintas: i. controle das políticas públicas; ii. controle do orçamento e sua execução; iii. omissões inconstitucionais.

Quanto às políticas públicas, apesar de serem incidentalmente apreciadas nas ações individuais, entende-se que não é esse o meio apropriado para a impugnação de seu mérito substancial, devendo o controle dar-se na forma concentrada.

Embora com efeitos meramente concretos, o estudo da omissão inconstitucional costuma apresentar-se como questão incidental em muitas ações individuais, portanto, no item 4.5 deste trabalho, analisa-se, sob a perspectiva da construção da igualdade, a possibilidade de efetuar-se o

controle concentrado da omissão da administração pública relacionada aos direitos fundamentais sociais.

E, por último, mas não menos importante, surge o controle do orçamento e sua execução. Não há como trabalhar a construção da igualdade material sem apreciar a possibilidade de o Poder Judiciário efetuar o controle da criação e da execução da lei orçamentária. Em realidade, esse tema apresenta profunda relevância por configurar-se a base da justiça distributiva e da concretização da igualdade material.

Antes, entretanto, de adentrar nas modalidades de controle difuso e controle concentrado das ações e omissões da administração pública, é importante estudar dois conceitos usualmente utilizados nas demandas repetitivas vinculadas aos direitos fundamentais sociais: o mínimo existencial e a reserva do possível.

Apesar de os institutos mencionados desbordarem, em princípio, do núcleo central desta tese, não há como elaborar este estudo sem enfrentar a hermenêutica que se entende apropriada quanto à reserva do possível e ao mínimo existencial, eis que relacionam-se de forma visceral ao princípio da igualdade material e do acesso aos bens públicos de forma justa. A incursão nesses institutos é, pois, indispensável para tão somente após, contextualizá-los dentro dos tópicos relacionados ao controle difuso e ao controle concentrado da administração pública nas demandas repetitivas por direitos sociais.

### 4.3.1 Mínimo existencial: mínimo social necessário à construção da igualdade material

Os direitos fundamentais possuem um suporte reduzido, o chamado mínimo existencial, sobre o qual há consenso generalizado de que se trata de direito fundamental implícito no tecido constitucional. Esse conteúdo essencial está atrelado ao princípio da dignidade humana, que não pode ficar ao alvedrio tão somente do processo político (CLÈVE, 2003, p. 106); (BARCELLOS, 2002, p. 243). Não se trata de um mínimo necessário apenas à sobrevivência (mínimo vital), mas sim que assegure as condições necessárias a uma vida digna (IBRAHIM, 2008, p. 10.65).

Há um consenso social materializado na Constituição de que tal mínimo vinculado aos princípios da igualdade material e da solidariedade social (BITENCOURT NETO, 2010, p. 103-113) deve ser respeitado, cabendo ao Estado protegê-lo integralmente, conforme se depreende dos dispositivos relacionados à cláusula do Estado Social (LEIVAS, 2006, p. 133), aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tal como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, e aos direitos de liberdade – eis que, sem condições materiais de existência, as liberdades fundamentais não podem ser exercidas (TORRES, 2003, p. 8).

Costuma-se afirmar que o inédito reconhecimento de um direito fundamental às condições mínimas de existência digna deu-se jurisprudencialmente na Alemanha, onde ocorreu sua “primeira importante elaboração dogmática” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20). Percebeu-se que a ausência de direitos sociais na Constituição alemã contribuiu para uma convergência doutrinária em torno da ideia de que o Estado deveria garantir aos cidadãos um “mínimo social”, entendendo-se que seria possível extrair diretamente da Lei Fundamental e independentemente de previsão legislativa um direito subjetivo originário a prestações que proporcionassem condições mínimas de existência digna. E foi com base nisso que se reconheceu, de forma pioneira, o direito ao mínimo existencial, alicerçado nos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Social e do direito à vida (NOVAIS, 2010).

O tema do mínimo existencial pode ser conceituado a partir de um prisma negativo e de outro, positivo. O primeiro relaciona-se ao impedimento de intervenções estatais que retirem a dignidade do ser humano, segundo consubstancia-se no dever de o Poder Público conceder prestações materiais necessárias para propiciar condições dignas de existência.

Com efeito, embora com diferentes graus de vinculação, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, atrai o conteúdo dos direitos fundamentais, (SILVA, 2011, p. 247), exigindo e pressupondo o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de toda as espécies (SARLET, 2011, p. 85).

No entanto, é possível identificar uma linha abaixo da qual não há dignidade, o que pode decorrer não de uma violação ativa, mas omissiva, por parte do Estado, em proporcionar ao indivíduo garantias mínimas de

existência digna. É disso que se trata o mínimo existencial: “do núcleo material do princípio da dignidade humana” (BARCELLOS, 2002, p. 243). A dignidade humana não se esgota no mínimo existencial, mas corresponde ao seu núcleo essencial.

No que tange ao conteúdo do mínimo existencial, há também consenso doutrinário quanto à sua variabilidade temporal e espacial, ou seja, entende-se que as condições necessárias para garantir uma existência minimamente digna não são idênticas em todos os lugares e em todos os momentos históricos, devendo-se levar em consideração o padrão e o desenvolvimento econômico e cultural da sociedade em questão para identificá-las.

Foi no campo político-filosófico, por meio de John Rawls, que se consolidou uma linha de igualdade material a partir da teoria da justiça no início dos anos 70, abrindo-se caminho para uma articulação entre as noções de justiça e igualdade.<sup>146</sup> A concepção de John Rawls parte de um contrato hipotético realizado entre os indivíduos no estado de natureza para justificar a proteção a certos direitos. Com base nesse pressuposto originário, cria-se um ambiente de extrema igualdade em que as decisões a respeito do funcionamento básico da sociedade são tomadas. Em “uma teoria da justiça”, o autor aborda claramente a necessidade de prover um “mínimo social razoável” como condição para o exercício da liberdade, que é o primeiro princípio da justiça (BARCELLOS, 2002, p. 243).

Equação semelhante entre liberdade e justiça (igual a igualdade) encontra-se em Dworkin:

Liberdade (liberty) e igualdade (equality) não podem conflitar, como duas virtudes políticas fundamentais, porque a igualdade não pode ser definida senão assumindo o lugar da liberdade [...]. Liberdade e igualdade são aspectos da mesma virtude política porque a estratégia da ponte que as liga usa a liberdade para ajudar a definir a liberdade (DWORKIN, 2000, p. 182 apud TORRES, 2003).

Ricardo Lobo Torres enfrenta a complexidade da conceituação do mínimo existencial, interligando-o à questão da pobreza e da cobrança de tributos pelo Estado. Conforme o autor, a partir da superação do

---

146 No caso, menciona Bruce Ackerman e Anne Alstat (199) (VIEIRA, 2003).

Estado Patrimonial, em que a classe pobre da população estava sujeita ao pagamento de tributos, inicia-se no Estado de Polícia a previsão da imunidade do mínimo existencial em relação aos impostos, aliada à teoria da tributação progressiva, a qual se estende também às taxas, admitindo-se prestações estatais positivas, educação, assistência médica etc., independentemente da contrapartida pecuniária. No Estado Social Fiscal, correspondente à fase do Estado de Bem-Estar Social, a proteção deixa de limitar-se ao mínimo existencial, alargando-se no sentido de impor ao Estado mecanismos de proteção dos direitos sociais (TORRES, 2003).

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial pode ser definido como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 2003, p. 35).

Felipe de Melo Fonte divide o mínimo existencial em mínimo existencial *prima facie* e mínimo existencial *in concreto*. Nas palavras do autor:

(i) mínimo existencial *prima facie*: o mínimo é composto pelo: (a) direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88), que se decompõe no direito às prestações de saúde e alimentação necessárias à garantia da própria existência do ser humano; (b) vedação ao tratamento degradante (art. 5º, III, da CF/88); garantia do direito às condições básicas de higiene, ao abrigo e ao vestuário mínimo; (c) direito à educação básica (art. 5º, *caput*; art. 208, § 1º, da CF/88): assegura o acesso à educação infantil e fundamental, à creche e ao material didático-escolar; (d) acesso à justiça (art. 5º, XXXV e LXXIV, da CF/88): consiste no direito à existência de mecanismos hábeis à defesa dos direitos, e no direito à assistência jurídica integral e gratuita.

(ii) mínimo existencial *in concreto*: o mínimo existencial no caso concreto não pode ser conhecido de antemão, por isso a solução encontrada foi o fornecimento de dois parâmetros gerais que devem ser considerados pelo julgador no momento de delimitá-lo: (a) o mínimo existencial deve corresponder a prestações que sejam passíveis de universalização; (b) o mínimo existencial deve ter sua extensão delimitada pelo nível de tributação da sociedade, considerando o esquema do seguro hipotético de Ronald Dworkin (FONTE, 2013, p. 330).

A teoria do “mínimo existencial” tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição ou ausência da prestação de serviços sociais básicos que garantam sua existência digna. Pode-se delimitar que o “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico eficiente de saúde e o acesso a uma alimentação básica, a vestimentas, à educação de primeiro grau e à garantia de uma moradia. O conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país (KRELL, 2002, p. 63).

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, defende que o mínimo existencial compõe-se de quatro elementos, “três materiais e um instrumental a saber: a educação básica – assumindo-se nova nomenclatura constitucional –, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.” (BARCELLOS, 2011, p. 302).

Já Felipe de Melo Fonte delimita estes parâmetros para o reconhecimento do mínimo existencial: “(i) mínimo existencial deve corresponder a prestação que seja passível de universalização; (ii) o mínimo existencial deve ter sua extensão delimitada pelo nível de tributação da sociedade, considerado o esquema de seguro hipotético de Ronald Dworkin.” (FONTE, 2013, p. 215 e 332).

Eurico Bitencourt Neto relaciona a vinculação do mínimo existencial ao campo da discricionariedade administrativa (BITENCOURT NETO, 2012, p. 166-167).

No campo da discricionariedade administrativa, a vinculação ao mínimo existencial incide como dado de compreensão da liberdade de escolha administrativa. Não sendo mais possível afirmar a existência de competência inteiramente discricionária, é necessário fazer a distinção entre discricionariedade abstrata, aferida da norma que a prevê, daquela concreta, verificada no momento de aplicação da norma, em que, à vista das circunstâncias do caso, incidirão normas limitadoras. Nesse sentido, pode-se afirmar que essa margem de livre decisão administrativa encontra condicionantes no chamado bloco de constitucionalidade – vinculações legais expressas ou implícitas. Entre estas, avultam os princípios reitores da administração pública e a sujeição aos efeitos irradiantes dos direitos fundamentais, entre eles, o mínimo existencial.

Consigna-se, afinal, que não é o escopo desta tese delimitar a densidade do mínimo existencial, mas tão somente contextualizá-lo como elemento estruturante para a construção da igualdade material na seara jurisdicional a partir de sua vinculação ao mínimo material do princípio da dignidade humana a ser analisado no caso concreto.

### 4.3.2 Reserva do possível

A lógica da implementação dos direitos fundamentais sociais foi sempre a seguinte: como não há dinheiro suficiente para cobrir todas as necessidades da sociedade, os órgãos políticos, em representação à população, devem decidir quais prioridades, contemplar a partir de critérios de proporcionalidade e razoabilidade, tendo como referência básica a Constituição do país. Isso se dá tanto na seara legislativa como na administração por meio da escolha das políticas públicas a serem realizadas em determinado momento histórico.

Surge, no contexto em tela, a reserva do possível como argumento contrário à implementação dos direitos fundamentais na seara jurisdicional. Emerge, nesse sentido, como reiterada objeção contra postulação dos direitos fundamentais quando esses exigem prestações do Estado (FONTE, 2013, p. 133).

Conforme já exposto em capítulo precedente, tal discurso tem um viés ideológico, considerando-se que os direitos da liberdade também geram custos, entretanto, não costumam sofrer objeções fundadas em previsão orçamentária.

O conceito relacionado à reserva do possível advém de uma construção do Tribunal Federal alemão no sentido de que os “direitos fundamentais a prestações positivas que resultam diretamente da Constituição devem ser limitados aos casos em que o indivíduo possa racionalmente exigí-los da sociedade” (ALEMANHA apud PERLINGEIRO, 2013, p. 163-185). Na doutrina alemã, a reserva do possível tem seu conteúdo atrelado à democracia, ou seja, às opções de escolha dos tributos em relação às demandas da sociedade e não à existência de verbas financeiras para implementação de determinados direitos.

Diferentemente da Alemanha, no Brasil, a reserva do possível teve sua definição vinculada às possibilidades orçamentárias de realização dos direitos fundamentais, restando delimitada ao campo da discricionariedade administrativa das escolhas possíveis. Significa dizer que se adotou a chamada reserva do possível numa perspectiva genérica, podendo tal instituto servir de defesa quando presentes omissões estatais e deficiência nas prestações dos serviços públicos (FONTE, 2013, p. 133).

Andreas Krell faz uma crítica à transposição do conceito de reserva do possível da jurisprudência e doutrina alemãs para a realidade constitucional brasileira:

[...] parece difícil que um ente público não possa conseguir ‘justificar’ sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembléias Legislativas, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, etc.). Resta observar que não se trata definitivamente de ‘conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional’, mas simplesmente levá-lo a sério [...].

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza a sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um dos piores quadros de redistribuição de renda do mundo, o conceito de ‘redistribuição’ (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente (KRELL, 2002, p. 53-54).

Aprofundando o conceito, pode-se dividir a reserva do possível em jurídica e em fática. A primeira diz respeito à própria legalidade orçamentária, enquanto a segunda relaciona-se diretamente à ausência de recursos públicos (FONTE, 2013, p. 326).

Luciane Moessa percebe a fluidez dos conceitos relacionados à reserva do possível fática e ao mínimo existencial, ressaltando a utilização do primeiro de forma indiscriminada para furtar-se à implementação de direitos fundamentais:

A reserva do possível fática (ausência de recursos) é um conceito ainda mais problemático, ainda mais fluido, ainda mais polêmico que o de mínimo existencial. Tem sido invocada indiscriminadamente pelo Poder Público para se furtar à implementação de direitos fundamentais e não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la. Quando se trata de direitos fundamentais, contudo, é evidente a necessidade de se reconhecer a existência de uma maior restrição ao espaço de conformação do legislador e de se considerar a existência de limites à discricionariedade do administrador (SOUZA, 2012, p. 77).

A maior dificuldade surge quando há colisão, pelo menos argumentativa, entre o mínimo existencial e a reserva do possível. A alegação é afastada por Ricardo Perlingeiro, pois, para o jurista, a reserva do possível manifesta-se quando é ultrapassado o mínimo existencial e faz-se necessária a edição de lei para implementação do direito. Nesse sentido:

A reserva do possível não se refere à falta de recursos materiais; ela tampouco se confunde com a simples falta de orçamento público. Com efeito, a reserva do possível está intrinsecamente relacionada com as prerrogativas do legislador de escolher quais benefícios sociais considera prioritários para financiar, sem que isso, entretanto, implique limitação ou restrição de direitos subjetivos existentes e exigíveis. Portanto, não se cogita da reserva do possível em face de um *mínimo existencial* e tampouco de direitos instituídos por lei. Nestes casos, é zero a margem de discricionariedade do legislador, inclusive o orçamento, sob pena de ofensa ao princípio do Estado de Direito. Na verdade, a reserva do possível se manifesta quanto a direitos fundamentais sociais que ultrapassam a noção de um mínimo existencial, e que, para serem exigidos judicialmente, dependem de lei que ainda não existe (PERLINGEIRO, 2013, p. 163-185).

Dessa breve exposição, adotam-se as seguintes ponderações como pressupostos lógicos a serem considerados na judicialização – individual ou coletiva – dos direitos fundamentais sociais para que se observe o princípio da igualdade: i. a reserva do possível relaciona-se à discricionariedade do legislador de escolher quais benefícios sociais priorizar por meio de políticas públicas; ii. a reserva do possível jurídica não se confunde com a reserva do possível fática; iii. não é possível alegar reserva do possível quando se está diante do núcleo essencial da dignidade humana, ou seja, do mínimo existencial.

## 4.4 Do controle difuso: demandas individuais, direitos sociais e construção da igualdade

Na hipótese de demandas individuais, o controle difuso da constitucionalidade e da legalidade das decisões administrativas limita-se ao caso concreto. Nesse contexto, este tópico tem a finalidade de estudar as demandas individuais judicializadas em que se postulam direitos sociais sob a perspectiva da construção da igualdade formal e material, partindo dos pressupostos básicos desenvolvidos até então e recorrendo a vários conceitos gerais de forma simplificada. Para tanto, optou-se por apreciar a interdependência entre a seara administrativa e a judicial, analisando hipóteses de ação ou omissão da administração fundadas em lei ou norma administrativa e hipóteses de incidência direta da Constituição Federal, omissão legislativa. Entende-se também relevante, para a apreciação dos pontos mencionados, a apresentação de breves considerações a respeito do mínimo existencial e da reserva do possível, comumente alegados nas postulações individuais.

A dificuldade relacionada ao tema já se apresenta de início, pois, considerada a natureza coletiva do direito social, há quem entenda pela impossibilidade da utilização de ação individual para sua obtenção. Nesse sentido, Liane Cirne Lima afirma que os direitos fundamentais prestacionais foram instituídos para serem usufruídos coletivamente, pois a obtenção de demandas específicas em ações individuais impede a universalização do bem. Assim, a autora rejeita a existência de um direito subjetivo a prestações sociais, ressalvado o conteúdo do mínimo existencial (LINS, 2008, p. 223-262). Concorde-se em parte com a autora, entendendo-se, porém, a necessidade de detalhamento quando houver previsão de lei ou sua ausência, para tão somente a partir daí delimitar-se a questão da judicialização.

No que tange à concessão de benefícios sociais postulados em ações individuais, a função do Poder Judiciário é subsidiária, razão pela qual se pode constatar que há ausência de lide quando o cidadão não postula diretamente à administração pública a prestação pretendida antes de recorrer ao Judiciário. Isso garantiria à administração a oportunidade de analisar a questão com vieses de universalização. Ficam ressalvadas, con-

tudo, as situações em que o requerimento prévio pode ser dispensado, como nas hipóteses de precedente administrativo em sentido contrário à pretensão e de casos de urgência.

É de suma importância, para garantir o acesso igualitário aos bens públicos, mesmo nas demandas individuais por direitos sociais, que o juízo tenha elementos para analisar a regularidade do requerimento administrativo, do processo extrajudicial (se porventura existir) e da própria implementação e execução da política pública que operacionaliza o direito, ou os elementos fundamentais da omissão administrativa, se for o caso.

Referida proposição oportuniza que o juízo tenha amplo conhecimento da causa, sob os aspectos individual e metaindividual. Significa dizer que o processo deve trazer elementos para que seja apreciada, de forma incidental, a regularidade procedimental da ação, ou as causas da omissão administrativa que deram origem à demanda. “Não se combate a judicialização restringindo o acesso à proteção jurisdicional de direitos individuais. É a sua origem, no Executivo, que deve ser enfrentada.” (PERLINGEIRO, 2014, p. 3).

A necessidade de observar a regularidade procedimental da atuação da administração pública não significa limitação da jurisdição; pelo contrário, os procedimentos realizados na seara administrativa configuram-se como elementos indispensáveis para a construção da igualdade, núcleo desta tese, e não podem ser desconsiderados na seara jurisdicional. Referida afirmação só vem reforçar o sistema de jurisdição una adotado no Brasil.

Com efeito, o juízo, ao receber uma demanda em que se postula direito fundamental social, deverá observar, preliminarmente, os aspectos a seguir relacionados<sup>147</sup>, posto que asseguram a interdependência entre a seara administrativa e a judicial, a harmonia entre os Poderes e, conseqüentemente, o princípio da igualdade:

o requerimento administrativo prévio e sua regularidade, resguardadas as hipóteses de dispensa do requerimento;

a legítima participação popular na formação do ato;

---

147 Tais aspectos foram tratados nos itens 3.2, 3.3, 3.5, 3.6 e 3.7 desta tese, à exceção dos fundamentos discricionários da política pública adotada.

a possível extensão dos efeitos do ato administrativo na seara extrajudicial (perspectiva de *lege ferenda*);

a observância dos princípios constitucionais relacionados ao processo administrativo (*due process of law*);

o respeito ao princípio da legalidade numa perspectiva mais ampliada, isto é, sob a ótica da constitucionalidade e da convencionalidade;

os fundamentos discricionários da política pública adotada<sup>148</sup>;

os fundamentos de uma omissão administrativa (se porventura existentes).

Todos os aspectos descritos doravante passam a ser denominados de preliminares administrativas da lide, expressão que tem a função precípua de interligar as duas searas de atuação do Estado, judicial e administrativa, de forma a garantir uma comunicabilidade que assegure a realização do direito da forma mais universal possível. É relevante reafirmar que a efetividade dos conteúdos das preliminares administrativas pressupõe uma ampla reforma do Estado, com a implementação de uma administração independente e cuja atuação se dê em conformidade com a supremacia da lei.

Efetivamente, para que se possa garantir a supremacia da lei, é indispensável disponibilizar mecanismos processuais para sua aplicação uniforme a todos os que se encontrem na mesma situação (PERLINGEIRO, 2007), bem como haver a possibilidade de o Judiciário e a administração intervirem para a concretização da igualdade material. A importância desse controle dos procedimentos realizados pela administração pública aumenta geometricamente a universalização dos bens públicos e evita a degradação dos serviços essenciais.

Há casos, entretanto, em que não há política pública incidental ou lei alguma a ser apreciada, pois o pleito relaciona-se à própria e direta im-

---

148 Distinção tradicional no Direito Administrativo diz respeito aos atos administrativos vinculados e aos discricionários. O primeiro encontra previsão expressa na lei e, se não editado, fere direito líquido e certo. O segundo, por sua vez, encontra-se na esfera flexível do Poder Executivo e diz respeito a oportunidade e conveniência de sua edição (CRETELA JÚNIOR, 1993, p. 149) Conforme Oswaldo Luiz Palu: “A discricionariedade, afinal, não é mais que uma competência, sendo um ‘resíduo de legitimidade para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução, para atender a um interesse público, sendo ‘resíduo de legitimidade’ a indicar que a discricionariedade tem ‘natureza material de uma opção política, sendo um ato de criação e não de mera execução” (PALU, 2004, p. 223).

plementação do direito fundamental social previsto constitucionalmente. Aqui não se pode falar em omissão da administração, mas sim em omissão do legislador. No caso, pelo fato de o direito fundamental social encontrar-se previsto na Constituição Federal, a ausência de lei que o regulamente torna essa omissão inconstitucional e pode ser reconhecida incidentalmente nas ações individuais. Nesse caso, contudo, devido aos limites da jurisdição ao caso concreto, esta decisão deve resguardar tão somente o chamado mínimo existencial, ou seja, a vinculação ao mínimo material do princípio da dignidade humana.

Com efeito, a inconstitucionalidade por omissão como matéria incidente para a concessão das prestações sociais mínimas que não estejam previstas em lei depende, na prática, “de uma jurisdição constitucional prévia” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Significa dizer controle incidental de constitucionalidade com efeitos *inter partes*, que pode ser realizado por qualquer juiz no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Referida assertiva é analisada com pertinência por Marinoni ao esclarecer que as normas de direitos fundamentais não definem a forma e a intensidade de proteção de um particular em detrimento de outro. Significa dizer que os direitos fundamentais geram o dever de proteção por parte do Estado, mas não há delimitações precisas de como isso deve ser feito. Quando o parlamento é omissor nesse dever de proteção, cabe ao Judiciário assegurar o adequado grau de tutela do direito fundamental. Nesse sentido:

Não obstante, problema de grande importância para o tema do controle da omissão inconstitucional está na circunstância de que a ação do juiz, diante da falta de lei, não tem a elasticidade ou mesma latitude do legislador. Para ser mais claro: o legislador tem ampla esfera de liberdade para a definição da providência ou meio para a tutela do direito fundamental, enquanto o juiz, exatamente por não ter a mesma latitude de poder do legislador, deve atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas da sua eficiência. Assim, incumbe-lhe atuar de modo a impor não mais do que o mínimo necessário à proteção do direito fundamental (IDEM, p. 1.042).

Não há como negar o mínimo existencial quando não há lei regulamentando o direito fundamental constitucionalmente previsto. Trata-se de justiça distributiva que garante a igualdade material e precisa ser assegurada pelo Poder Judiciário. Rawls trata do tema relacionando-o à distribuição de bens primários numa sociedade justa:

Todo o tempo é dado por certo que em uma sociedade bem ordenada, as concepções dos cidadãos a respeito do seu próprio bem se adéquam aos princípios de direito publicamente reconhecidos e incluem um lugar apropriado para os diferentes bens primários. Fala-se aqui em bondade como racionalidade. Chamamos a esta descrição do bem a teoria tênue: seu propósito é assegurar as premissas acerca dos bens primários requeridos para chegar aos princípios da justiça. Ademais, o índice de bem estar e as expectativas dos homens representativos se especificam em termos de bens primários. Independentemente de outras coisas que necessitem, os indivíduos racionais desejam certas coisas como requisitos para realizar seus planos de vida (RAWLS, 1995, p. 360).

Na hipótese de existir conflito entre direitos fundamentais, devem-se proteger aqueles que digam respeito ao mínimo existencial e dos quais seja titular o maior número de pessoas possível (SOUZA, 2012, p. 73). O mínimo existencial deve ter a característica básica da universalização, isto é, todos têm direito a esse mínimo. É um direito que assegura a igualdade material de oportunidades para a concretização da liberdade.

Com efeito, a preservação de certas condições de vida digna mínima pode ser exigida da sociedade, pois a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental. “Nessa linha de raciocínio, existe fundamentação normativa para que seja possível exigir, com base neste princípio, ao menos aquilo que compõe a zona de certeza positiva quanto à própria noção de dignidade, compreendida como o mínimo existencial.” (FONTE, 2013, p. 323-324).

Diante do mínimo existencial, não há que se falar em reserva do possível jurídica (legalidade orçamentária), conforme entendimento majoritário da doutrina brasileira (BARCELLOS, 2011, p. 306); (TORRES, 2009, p. 84). Esse entendimento decorre de o mínimo existencial ter natureza de regra, não de princípio. “A ideia é a de que o argumento da reserva do possível não pode ser suscitado contra a exigibilidade do mínimo existencial, pois

seu conteúdo descreve o conjunto de prioridades constitucionalmente definidas na ação estatal.” (BARCELLOS, 2011, p. 274 e ss.).

Situação totalmente diversa ocorre quando existe previsão legal, isto é, não há incidência direta da norma constitucional, pois houve regulamentação para concessão do direito fundamental social e a administração não propiciou condições para sua efetividade. Aqui não se questiona se o direito fundamental está atrelado ao mínimo existencial, pois o princípio da legalidade deve ser observado e a igualdade formal exige sua extensão para todos em igual situação fática. Nesse caso, também não há que se falar em reserva do possível jurídica, pois houve a opção política democrática quanto ao tema, devendo o orçamento assegurar a pretensão.

Sabe-se que o princípio da isonomia vincula tanto o legislador, impondo-lhe a edição de normas cujos dispositivos não encerrem discriminação desarrazoada, quanto a atividade judiciária, pois incumbe ao juiz conferir tratamento igualitário às partes<sup>149</sup>, cabendo-lhe também dar solução idêntica a casos iguais. Nesse ponto, destaca-se o princípio da legalidade (WAMBIER, 1997, p. 298).

Ora, se o ordenamento jurídico deve manter unidade e coerência, forçoso é concluir que questões fáticas idênticas merecem igual tratamento por parte do Estado, o qual detém a função de prestar jurisdição. Daí a razão pela qual Teresa Arruda Alvim Wambier (IDEM, p. 298) defende que os princípios da isonomia e da legalidade tenham aplicação “engrenada”, funcionando ambos como pilares fundamentais da concepção moderna de Estado de Direito.

A última hipótese a merecer considerações diz respeito à impossibilidade de concessão judicial de direitos fundamentais sociais além do mínimo existencial sem existência de lei prévia. Nessa situação, está-se diante do limite da reserva da lei, pois há uma reserva política não controlável pelo Judiciário. No caso em tela, haverá a quebra pelo Poder Judiciário do princípio da igualdade de acesso aos bens públicos, ao conceder-se um direito prestacional sem previsão legal e sem

---

149 Art. 125: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; [...]” (BRASIL, LEI N. 5.869/1973).

oportunidade de participação social<sup>150</sup>. Com efeito, “o atendimento das necessidades individuais sem considerar a possibilidade de universalização da medida para os hipossuficientes representa redistribuição de renda não informada por critérios publicamente justificáveis” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2008, p. 541). Entendimento contrário, na concepção deste estudo, poderia materializar uma afronta direta ao princípio da igualdade em sua perspectiva material e formal.

Finalmente, a maioria dos autores entende que a delimitação do mínimo existencial deve ser realizada em cada caso concreto, submetido à apreciação do Estado. O que precisa ficar consignado é que o mínimo existencial e os direitos fundamentais inserem-se num campo considerado contramajoritário, isto é, devem ser garantidos mesmo contra a vontade das maiorias, investidas democraticamente no exercício do poder (IDEM, p. 542).

## 4.5 Do controle concentrado

### 4.5.1 Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário

As mudanças processuais e de hermenêutica no Judiciário são essenciais para a efetividade dos direitos a partir de uma organização institucional e de uma análise interdependente da seara administrativa de forma a melhor solucionar a explosão de demandas originárias dos direitos fundamentais sociais, os chamados direitos à igualdade.

O Estado encontra-se permanentemente no dever de repensar seu papel e seus objetivos em relação à sociedade e desempenha, por meio de seus órgãos, complexas atividades voltadas para o bem comum, sob o impulso de políticas públicas, as quais são implementadas conforme o enfoque de determinada ideologia e mediante escolhas feitas pelo poder político dominante (TAMER, 2005).

---

150 De acordo com Ana Paula de Barcellos, ao determinar o fornecimento de outras prestações de saúde além do mínimo existencial, sem fundamentar-se em uma decisão política pública, o Judiciário também não está contribuindo para a generalização da saúde básica (BARCELLOS, 2011, p. 358).

Em decorrência da fortificação dos direitos fundamentais sociais<sup>151</sup> e com apoio na Constituição Federal, posições individuais e coletivas passaram a confrontar-se com os poderes públicos, resultando num êxodo das exigências para instâncias diferentes da seara administrativa, mais precisamente para o processo judicial (SALLES, 2003). Entretanto, essa alteração da arena de discussões precisa ser revista sob uma perspectiva sistêmica, considerando a integralidade dos seres humanos que compõem o Estado e a titularidade coletiva dos direitos fundamentais sociais.<sup>152</sup>

As políticas públicas resultam de decisões governamentais e referem-se a ações de governo. Não são, portanto, um fenômeno estritamente ligado aos direitos fundamentais prestacionais, muito embora estejam com eles fortemente relacionadas (FONTE, 2013, p. 45). Além disso, “as políticas públicas não representam elementos constitutivos dos direitos individuais: elas correspondem tão somente à facilitação do seu exercício, especialmente do ponto de vista da coletividade.” (PERLINGEIRO, 2014, p. 8).

No âmbito da produção legislativa, o termo política pública tem sido reservado para definir os sistemas legais com pretensão de extensa amplitude, os quais definem as competências administrativas, princípios, diretrizes e regras e, em alguns casos, impõem metas específicas e preveem resultados (SILVA, 2007, p. 34).

Em realidade, as políticas públicas são reconhecidas pelos atos e normas que lhes dão efetividade e pelo suporte normativo que as sustenta. Nessa linha de raciocínio, as políticas públicas materializam-se em ações, ou mesmo omissões da administração a partir de critérios de proporcionalidade e discricionariedade que devem estar de acordo com a Constituição Federal. Significa dizer que, em grande medida, o controle judicial das políticas públicas confunde-se com o controle de constitucionalidade da execução ou omissão de serviços, da entrega

---

151 As normas constitucionais relativas à Justiça Social eclodem de imediato, *vide* Cláudia Vechi Torres; Maria dos Remédios Fontes Silva, (2014, p. 19); e Celso Antonio Bandeira de Mello (2010).

152 No Brasil, não há dúvida de que os direitos previdenciários e ambientais possuem um histórico de precedentes a autorizar sua proteção via judicial, entretanto “por que razão os direitos fundamentais à saúde, educação, proteção à criança e ao adolescente seriam menos ‘justiciáveis’ do que os direitos de natureza previdenciária e proteção ambiental?” (SOUZA, 2012, p. 63).

de bens e dos atos administrativos e legislativos que lhes dão suporte (FONTE, 2013, p. 45), isto é, um controle da legalidade e da constitucionalidade dos procedimentos que as materializam (BARCELLOS, 2005, p. 90). É nesse sentido que Ana Paula de Barcellos define as políticas públicas:

[...] compete à administração pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas (IDEM, p. 90).

A construção do princípio da igualdade, sob a perspectiva material, torna-se, contudo, de difícil compreensão quando se adentra nesse campo. O próprio termo “política”, num primeiro olhar, poderia afastar sua apreciação pelo direito e o respectivo controle jurisdicional, pois há entendimento de que “os direitos sociais comportam mandatos para políticas públicas e os juízes não podem fazer política.” (ROSSETTI, 2013, p. 324).

Nessa linha, o controle das políticas pelo Poder Judiciário foi por muito tempo orientado pela herança da concepção formalista do direito constitucional e da concepção legalista do direito administrativo, acarretando uma interpretação restritiva do princípio da separação dos poderes, nos moldes originários da Revolução Francesa. “Questionava-se a legitimidade democrática do Poder Judiciário para concretizar normas de caráter abstrato, pois ainda se entendia que essa função – a de fazer as escolhas políticas e morais da sociedade – cabia aos representantes eleitos pelo povo” (HACHEM, 2014, p. 43).

O interesse público materializa-se na forma de realização de políticas públicas que expressem escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal, entretanto, é possível que essas decisões não atendam o objetivo do corpo social em virtude da influência de grupos de interesses especiais (SALLES, 2003, p. 61). Além disso, tais políticas estão sujeitas ao que dispõe a Constituição e os tratados e convenções ratificados pelo direito brasileiro (IDEM, p. 324). A igualdade associada ao princípio da dignidade humana é valor paradigma de qualquer atuação estatal nos termos da Constituição Federal de 1988, do que deriva a pos-

sibilidade do controle jurisdicional da política pública adotada quanto a esse aspecto nuclear.

Nesse sentido, é possível afirmar a absoluta preferência pelos processos político e administrativo na formulação e implementação de políticas públicas, pois materializam-se em consensos sociais e procedimentos que dificilmente seriam realizados na via judicial (HACHEM, 2014, p. 43). Entretanto, o controle judicial da implementação e execução das políticas públicas é perfeitamente defensável com fundamento no princípio do Estado democrático de Direito e da cláusula de acesso à justiça.<sup>153</sup>

Atualmente o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, tendo os direitos fundamentais como paradigma.<sup>154</sup>

Considerando a extensão do catálogo de direitos formalmente fundamentais adotado pelo constituinte de 1988, permite-se que qualquer política pública seja controlável quanto ao seu mérito (FONTE, 2013, p. 322), o que deve ocorrer com a observância do princípio da igualdade sob as perspectivas formal e material. Significa dizer que, resguardando-se a igualdade perante a lei e a concessão de “prestações estatais positivas para que sejam minorados os efeitos mais perversos das desigualdades de fato – as condições de miserabilidade impostas aos grupos menos favorecidos” (SILVA, 2007, p. 34).

A amplitude da efetividade da tutela jurisdicional, materializada na Constituição Federal, demonstra uma evolução do conceito de Estado de Direito, conforme enfatizado por Karl-Peter Sommermann. Tal missão corresponde a um conceito que, em sua vertente material, refere-se à proteção da dignidade humana e da liberdade individual frente aos poderes públicos e, por conseguinte, em sua vertente for-

---

153 Art. 5º, inc. XXXV (BRASIL, CF/1988).

154 “O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão desta quinta-feira (13), que o Poder Judiciário pode determinar que a administração pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 592.581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS) contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS). A Corte gaúcha entendeu que não caberia ao Poder Judiciário adentrar em matéria reservada à administração pública” (BRASIL, STF).

mal, baseia-se num sistema de garantias e princípios que servem para realizar esse fim<sup>155</sup>.

Em relação ao Poder Judiciário, diversos cientistas políticos afirmam que estaria ocorrendo a “expansão do direito” ligada à falência do Estado-Providência, que, para estabelecer o controle da sociedade, tem procurado ampliar os direitos sociais mesmo sem ter certeza da existência de recursos financeiros para tanto, o que acaba por acarretar a “fragmentação dos conflitos” (WATANABE, 2003, p. 13-21), originando demandas repetitivas. Assim, “a maioria dos conflitos envolvendo políticas públicas dizem respeito, em maior ou menor grau, à efetividade dos direitos fundamentais.” (SOUZA, 2012, p. 45).

O controle pelo Poder Judiciário das políticas públicas vinculadas aos direitos sociais é um tema permeado de controvérsias. Luciane Moessa enumera as várias desvantagens e vantagens institucionais para a realização desse controle. Quanto aos aspectos negativos, observa a autora

---

155 Os comentários de Karl-Peter Sommermann (2009) ao art. 20 da Lei Fundamental Alemã são perfeitamente adaptáveis à Constituição Federal do Brasil, conforme se depreende da leitura do preâmbulo da Constituição de 1988, bem como de alguns de seus artigos, os quais merecem transcrição: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004) [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/98) [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, CF/1988).

a falta de legitimidade democrática<sup>156</sup>, a falta de conhecimentos técnicos necessários para a efetivação dos direitos envolvidos, bem como a falta de visão do todo, necessária para a eleição de prioridades, e, ainda, a impossibilidade de calcular o impacto, especialmente financeiro, das decisões. De outra parte, quanto ao aspecto positivo, o Poder Judiciário apresenta como vantagens institucionais sua relativa independência política, que o habilita a corrigir os erros dos demais Poderes, e sua prática de aplicar critérios democraticamente escolhidos – Constituição e leis – para a solução dos conflitos (SOUZA, 2012, p. 59).

Felipe de Melo Fonte, ao valorar os aspectos positivos e negativos em termos da produção de resultados sistêmicos do processo político (administração pública e Legislativo) e do processo judicial quanto às políticas públicas esclarece:

[...] O primeiro possui duas vantagens básicas: (i) permitir o direito à participação no processo político em igualdade de condições; (ii) garantir, via de regra, o direito à igualdade de tratamento no acesso aos bens e serviços providos pelos poderes públicos, estabelecendo critérios de fruição. O processo judicial jamais terá a mesma capacidade do processo político na inclusão dos destinatários das políticas públicas [...]. Por outro lado, são vantagens do Poder Judiciário: (i) amplificar as demandas individuais, permitindo o debate público em ocasiões em que ele se encontra obstruído, ou quando o indivíduo é, por si só, incapaz de mobilizá-lo e (iii) a blindagem institucional permite que o Poder Judiciário possa tomar decisões contramajoritárias com segurança (FONTE, 2013, p. 328).

Noutro lado, a complexidade relacionada aos aspectos da justiça distributiva e dos valores socioeconômicos envolvidos na decisão é bem relatada em parte do Projeto Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa (PPGJA) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Dada sua pertinência temática, segue sua transcrição:

A ofensa ao interesse público é considerada um limite à execução das decisões judiciais contra a administração pública e, não raras vezes, leva o juiz, quando se trata de julgamento sobre a procedência dos direitos do

---

156 Parcela da doutrina atrelada a concepções procedimentalistas defende a contenção judicial como forma de respeito aos espaços democráticos das decisões, justificando-se a interferência tão somente quando se fizer necessária para assegurar o exercício da democracia. *Vide* Jürgen Habermas (1997).

cidadão, ao dever de ponderar o interesse público e, por isto, confunde-se com o poder estatal de realizar valores constitucionais (políticas públicas). Chega, ainda, ao juiz, a missão de exteriorizar o papel atual do judiciário, que deixa de ser apenas corretivo (retributivo) para também transitar pelo campo da justiça distributiva. A isso se acrescenta a indeterminação das expressões jurídicas ‘interesse público’ e ‘valores constitucionais’, intimamente vinculadas à ordem socioeconômica, chegando à insegurança e falta de previsibilidade dos julgamentos, diante da idéia de que valores socioeconômicos podem influir diretamente no esforço hermenêutico do julgador, ainda que não tenham sido prévia e suficientemente consagrados pela norma. Para tanto, parte-se de uma premissa metodológica: a de que toda sequela nas relações socioeconômicas provocada pela jurisdição administrativa pode ser traduzida como uma consequência jurídica e, como tal, desconsiderada pelo julgador. Parte-se, ainda, da premissa de que o juiz administrativo, diante da alegação de interesse público, vale-se de aspectos socioeconômicos de ponderação de valores constitucionais de aplicação dos postulados de proporcionalidade ou de razoabilidade para fundamentar suas decisões, seguindo as garantias do devido processo legal e do processo justo. De fato, uma decisão que ignore a realidade socioeconômica, em certos casos, poderá ser considerada ‘ilegítima’, ‘injusta’, ‘insustentável’ desde o ponto de vista socioambiental, ou ainda rotulada de ‘decisão materialmente impossível’, contribuindo para o descrédito do poder judicial. Todavia, admitida essa influência socioeconômica sobre o julgador, se de um lado se busca um processo justo, de outro mantém-se e estimula-se a falta de segurança e de previsibilidade das decisões judiciais, em especial, em razão do quase inexistente, apesar de necessário, diálogo entre juristas, sociólogos e economistas, única forma capaz de propiciar aos julgadores o conhecimento dos axiomas de natureza socioeconômica. Neste contexto, o diálogo, a partir de uma concepção de justiça distributiva e de desenvolvimento sustentável, de uma nova visão do conceito de interesse público e de situações concretas, deve buscar um referencial e tentar identificar critérios (impessoais e abstratos) claros e objetivos que sejam capazes de dimensionar economicamente os valores constitucionalmente tensionados dos conflitos de interesses da administração (EDITAL...)

A questão da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais coloca-se numa esfera diversa dos chamados direitos subjetivos, distinguindo-se aqueles por serem coletivos e exigirem remédios distintos para sua

concessão. Permitem, ainda, uma discussão inovadora a respeito da justiça distributiva adotada no país.<sup>157</sup> “São estes direitos que dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo.” (LOPES, 2002, p. 130).

Nas palavras de John Rawls:

Assim, a Constituição estabelece um *status* geral de igualdade cidadã e realiza a justiça política. O segundo princípio intervém na etapa legislativa. Prescreve que as políticas sociais e econômicas tenham como objetivo a maximização das expectativas a longo prazo dos menos avantajados, nas condições de uma igualdade equitativa de oportunidades, na qual se mantenham as mesmas liberdades para todos. Nesta altura começa a funcionar todo o âmbito de direitos sociais e econômicos (RAWLS, 1995, p. 190).

No que tange especificamente ao escopo deste trabalho, o fenômeno das demandas repetitivas relacionadas a políticas públicas atreladas aos direitos fundamentais sociais encontra um acolhedor ambiente para expandir-se na seara judicial devido à cláusula de acesso à justiça, bem como à possibilidade do controle difuso e concentrado da constitucionalidade de normas e atos administrativos.

Interessante pesquisa empírica foi realizada por Florian F. Hoffmann e Fernando R. N. M. Bentes, baseada num levantamento quantitativo e qualitativo de litígios envolvendo a saúde e a educação em cinco Estados brasileiros – Bahia, Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul –, além do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de acórdãos dos tribunais de justiça dos mencionados Estados<sup>158</sup>. Em tal estudo, afirma-se que o processo de litigância individual causa consequências perniciosas, segundo impressões do Ministério Público do Rio Grande do Sul,

---

157 “Os novos direitos, que aliás nem são tão novos visto que já se incorporaram em diversas constituições contemporâneas, inclusive brasileiras anteriores a 1988, têm característica especial. E esta consiste em que não são fruíveis, ou exequíveis individualmente. Não quer isto dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem caráter de generalidade e publicidade” (LOPES, 2002, p. 127-129).

158 Para acessar a íntegra da metodologia de pesquisa utilizada, *vide* F. Hoffmann Florian; Fernando R. N. M. Bentes (2008).

pois um Judiciário mais propenso a deferir ações individuais do que coletivas atua discriminando interesses de populações pobres e indigentes, ao privá-las do acesso indireto à justiça a que fariam jus numa decisão judicial concessiva de mudança estruturante na saúde e na educação pública.<sup>159</sup>

Nesse sentido, a sentença padrão original envolvendo direitos sociais costuma apresentar “uma argumentação jurídica formalista; individualização da questão jurídica com a presença de vítimas, personalização da sentença com relação ao juiz; ausência de qualquer viabilidade custo-benefício etc.”<sup>160</sup>

Efetivamente há que se dar preferência aos processos político e administrativo na formulação e implementação de políticas públicas para atender ao princípio da igualdade de acesso aos bens públicos. Contudo, se houver necessidade de intervenção judicial devem-se priorizar as soluções coletivas sobre as individuais. Esse ponto de vista é defendido por Luís Roberto Barroso no que diz respeito às políticas de saúde, sob o fundamento de que nas ações coletivas é possível levar a cabo uma visão sistêmica das políticas públicas destinadas à melhoria da saúde. Pode-se inclusive avaliar a quantidade disponível de recurso, bem como a produção de efeitos *erga omnes* que decorre do manejo das ações coletivas ou abstratas, permitindo que não seja violado o princípio da isonomia no acesso aos bens e serviços públicos (FONTE, 2013, p. 189; BARROSO, 2007).

Neste trabalho, firma-se entendimento diverso do apresentado pelo autor citado, pois o manejo do direito processual coletivo em matéria de políticas públicas não tem se mostrado eficaz para diminuir os litígios repetitivos e promover o princípio da igualdade. Conforme exposto anteriormente, percebe-se, ao contrário, graves dificuldades relacionadas às demandas em que há presença do setor público, pois, apesar do amplo

---

159 Entrevista com o promotor de justiça Mauro Luís Silva de Souza, coordenador do Centro de Apoio dos Direitos Humanos do MPRS, em 9 de junho de 2005. Para acessar a íntegra da metodologia de pesquisa utilizada, *vide* F. Hoffmann Florian; Fernando R. N. M. Bentes (2002, p. 387).

160 Para acessar a íntegra da metodologia de pesquisa utilizada, *vide* F. Hoffmann Florian; Fernando R. N. M. Bentes (2002, p. 406).

acesso à justiça e da natureza metaindividual do interesse público, não há eficiência na utilização das demandas coletivas.<sup>161</sup>

O sistema processual coletivo, da forma como estruturado na legislação brasileira, configura-se como um instrumento processual que não leva em consideração as matérias próprias do direito administrativo, absorvendo conceitos do direito privado, resultando daí a possibilidade de várias incongruências sistêmicas e de uma eternização dos conflitos.

O escopo desta tese procura demonstrar que todos esses marcos processuais e procedimentais precisam ser reexaminados, tendo como foco central a construção da igualdade formal e material a partir da interdependência e da harmonização entre a seara administrativa e a judicial. Tal interdependência deve ocorrer, conforme já exposto, numa estrada de mão dupla, ou seja, da mesma forma que na seara judicial devem ser consideradas as etapas procedimentais que materializam a política pública com base fundamental na Constituição Federal, na seara administrativa deve-se proceder à extensão dos efeitos da decisão favorável aos demais administrados que não postularam, judicial ou administrativamente, direito fundamental social reiteradamente concedido judicialmente.

Não se pode negar a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, nascedouros dos conflitos que originam as demandas repetitivas em que se postulam direitos fundamentais sociais. Contudo, tal controle deve ser realizado a partir de um processo que oportunize a extensão de seu resultado a todos aqueles que se encontrem na mesma situação fático-jurídica. Faz-se isso por meio do acesso integral ao complexo procedimento que originou a política pública e da análise do aspecto discricionário do administrador que implicou desproporcionalidade ou inconstitucionalidade, garantindo-se assim a universalidade dos bens públicos.

---

161 Nesse sentido, vale a pena reapresentar as dificuldades apontadas por esta tese: limitação territorial da coisa julgada, possibilidade de ajuizamento simultâneo de ações coletivas e individuais; dificuldades de delimitação da representatividade adequada quando há presença de interesse público; absoluta ineficiência do sistema quanto aos destinatários dos atos administrativos e os efeitos da coisa julgada; insegurança jurídica pela possibilidade de ingresso de inúmeras ações coletivas a respeito do mesmo ato administrativo; possibilidade de interesses coletivos conflitarem entre si; e limitação legal do ajuizamento de demandas coletivas relacionadas a matéria tributária e previdenciária, típico nascedouro das demandas repetitivas (*vide* item 4.2.2).

Quanto ao aspecto da discricionariedade, nas palavras de Hartmut Maurer, é possível ocorrerem vícios na execução das decisões políticas que não tenham um fim em si mesmas, mas estejam vinculadas a uma finalidade, podendo haver uma violação de direitos fundamentais e dos princípios gerais do direito. “Se os princípios fundamentais e os princípios gerais do direito regem a ação administrativa, como a *razoabilidade* e a *proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeit*) e a *igualdade*, são eles também limites do poder discricionário.” (MAURER, 1994, p. 133 apud PALU, 2004, p. 222).

Levando em consideração a origem do conflito e a natureza de direito público do objeto litigioso, Ricardo Perlingeiro apresenta os pressupostos que entende devidos na judicialização das políticas públicas: i. existência do direito material; ii. omissão ou insuficiência legislativa ou administrativa em favor de outros interesses que impliquem desproporcionalidade; iii. competência administrativa impugnada para decidir sobre a política almejada.<sup>162</sup>

Atualmente não há uma revisão substantiva da política pública, pois os tribunais limitam-se a outorgar ou negar direitos de forma individualizada, em frontal descompasso com o princípio da igualdade.<sup>163</sup> Deixam de ser observados pelas cortes de justiça os elementos estruturantes das ações e omissões da administração pública, examinando-se tão somente a postulação individual como se ela estivesse desconectada de uma política coletiva, em frontal ofensa à universalização dos bens públicos.

Conforme Mariana Barbosa, a despeito da política de distribuição de medicamentos ser extremamente complexa, pois tem-se que a decisão pela concessão dos medicamentos pleiteados gera uma situação desigual, especificamente aqueles que têm possibilidades financeiras e so-

---

162 “Desde que as garantias do devido processo legal e a produção de uma complexa prova sejam observadas, a justificativa constitucional para omissão do Estado no estabelecimento de políticas destinadas a direitos reconhecidamente existentes e exigíveis pode decorrer da conclusão de que outros interesses, bens ou serviços sejam tão ou mais essenciais à sociedade do que os objetivados pelas políticas de saúde judicializadas naquela ocasião. Contudo, a improcedência da demanda coletiva por tal fundamento – omissão ou insuficiência de políticas constitucionalmente justificadas – não afasta a possibilidade de exigibilidade individual do direito à assistência terapêutica: encerra apenas uma demonstração de ausência ocasional (decisão de natureza continuativa) da disponibilidade financeira do Estado para arcar coletivamente com o dever da prestação social intencionada. Isso nada tem a ver com reserva do possível, que não se confunde com a ausência de recursos orçamentários ou de recursos financeiros” (PERLINGEIRO, 2014, p. 9).

163 Para acessar a íntegra da metodologia de pesquisa utilizada, *vide* F. Hoffmann Florian; Fernando R. N. M. Bentes (2002, p. 401).

ciais para ingressar no Judiciário e manter sua demanda até a mais alta Corte do país, percebe-se que os ministros do STF não se preocupam em examiná-la (BARBOSA, 2008, p. 60).

Para que o controle das políticas públicas tenha efetividade, devem ser considerados todos os atos administrativos que lhes dão origem e que são produzidos no decorrer de sua formação<sup>164</sup>. Faz-se também necessário o controle da omissão na execução de uma política pública. Não é cabível, entretanto, que o Judiciário determine a criação de uma política pública específica em substituição à administração, ressalvado sempre quando a controvérsia de tratar de mínimo existencial com observância da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>165</sup>

Quanto à afirmação precedente, utiliza-se o mesmo raciocínio lógico quanto ao processo individual, pois a proteção do mínimo existencial atrelado à dignidade humana ultrapassa o marco da separação dos poderes e alcança a própria manutenção do Estado de Direito em seu aspecto nuclear: a igualdade entre todos os seres humanos.

Uma determinada política pública configura-se como uma situação fático-jurídica que gera efeitos coletivos, devendo ser apreciada em toda a sua extensão, seja no aspecto do direito material da escolha realizada, seja no aspecto procedimental, gerando efeitos para todos aqueles que se encontrem na mesma situação. Quando se trata, portanto, do princípio da igualdade, não há como tratar questões afetas à coletividade de forma individualizada, pois isso acarreta o fenômeno da pulverização dos litígios e a quebra absoluta do mencionado princípio.

Referida assertiva sem dúvida diminuiria em muito a pulverização de demandas e contornaria a grave afronta à igualdade que o julgamento individual de matérias que possuem como fundamento uma política pública tem gerado na atualidade.

Quanto ao controle das políticas públicas, a maior dificuldade que pode ser apontada no direito processual brasileiro diz respeito à compe-

---

164 *Vide* observações realizadas a respeito do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa e o controle dos atos administrativos que compõem a política pública no item 4.6.2.

165 *Vide* controle das políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial no Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa, item 4.6.3.

tência para a análise de uma demanda nos moldes propostos. Sem dúvida, a concentração seria necessária para que a solução da controvérsia originária fosse apreciada uma única vez, como, por exemplo, uma ação administrativa com efeitos em todo o território brasileiro.

A atuação do Poder Judiciário por meio do devido processo legal e de sua vinculação à Constituição o define como um poder contramajoritário em defesa das minorias e do valor da igualdade, atribuindo-lhe legitimidade própria para o controle das políticas públicas sem ofensa à separação dos poderes (CLÈVE, 2003, P. 296).

Com efeito, conforme Felipe de Melo Fonte, a política pública possui três elementos básicos a exigir uma forma diversa de controle: orçamento público, planejamento público e discricionariedade administrativa. Todos esses elementos devem observar a lei em sentido *lato*. Assim, a discricionariedade administrativa e a legislação orçamentária são instrumentos, por excelência, da manifestação jurídica das políticas públicas (FONTE, 2013, p. 65-89).

Neste estudo, opta-se por enfrentar de forma destacada duas situações jurídicas específicas que acarretam inúmeros conflitos relacionados aos direitos fundamentais sociais e integram o controle das políticas públicas, quais sejam: omissões legislativas e escolhas orçamentárias. Com efeito, o controle judicial do orçamento e das omissões legislativas poderia melhor resguardar o princípio da igualdade e a diminuição da litigiosidade relacionada aos direitos fundamentais sociais.

Não se desconhece a existência de outras possibilidades que possam se servir ao controle das políticas públicas, mas, por ser necessário delimitar o escopo e os limites desta tese, opta-se por desenvolver apenas aquelas apontadas no parágrafo anterior, eis que atingem o cerne da construção da igualdade formal e material.

#### 4.5.2 Controle judicial do orçamento

Como visto no tópico precedente, o orçamento é um elemento integrante das políticas públicas, sendo peça central para efetivar as escolhas efetuadas sobre recursos escassos de forma democrática. Resta clara sua profunda ligação com a realização da igualdade material, pois é a partir do

dinheiro público que são realizadas as metas constitucionais relacionadas à diminuição das desigualdades sociais e à universalização dos bens públicos. Na atualidade, os orçamentos devem constituir instrumento democrático de política econômica e de planejamento financeiro.

A questão relativa ao controle judicial da lei orçamentária é matéria complexa e ensejaria, sem dúvida, um estudo específico. Entretanto, não se pode deixar de tecer breves observações a respeito, sob pena de desconsiderar-se a base factual e jurídica sobre a qual se embasam muitas das controvérsias da atualidade relacionadas à construção da igualdade nas demandas atreladas aos direitos sociais, postulados massivamente perante o Judiciário.

As concepções contemporâneas de orçamento público enquanto sistema de planejamento, gestão e controle da administração pública decorrem da crescente intervenção estatal na economia e a assunção cada vez maior de responsabilidades sociais pelo Estado. “Para a correção de distorções econômicas ao longo do tempo e o atendimento mínimo dos novos encargos sociais, fez-se necessário um planejamento criterioso e eficiente” (SABBAG, 2007, p. 21).

Os orçamentos no Brasil são formados por três peças: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. O primeiro encontra-se no topo do sistema de planejamento e diz respeito às formulações estratégicas relacionadas às diretrizes para as finanças públicas do Estado. As diretrizes orçamentárias, por sua vez, constituem peça essencial do modelo de planejamento brasileiro e destinam-se a viabilizar, nos orçamentos anuais, as importâncias estratégicas e os programas do plano plurianual (IDEM, p. 54).

Diferentemente das leis de diretrizes orçamentárias, que indicam os programas prioritários e as metas por unidade de medida sem apontar o peso orçamentário relativo às ações, os orçamentos anuais quantificam as programações, expressando a política orçamentária materialmente em números (IDEM, p. 54).

Há, na atualidade, uma espécie de inércia política e de ausência de controle social sobre o orçamento, que se configura na efetiva alocação de meios para a realização das políticas públicas e a consequente concretização do princípio da igualdade material.

Aqui se enfrenta o maior problema da justiça distributiva que é a eleição de um sistema social que se estruture de maneira que a “distribuição de bens públicos resultante seja justa, ocorra o que ocorra.” (RAWLS, 1995, p. 260). Para tal fim, devem ser consideradas as desigualdades admitidas no direito como requisitos estruturais do próprio sistema e necessárias à busca da igualdade material.

Bem demonstra a necessidade da supressão das desigualdades artificiais na sociedade o pensamento de Cármen Lúcia (ROCHA, 1990, p. 36):

O essencial é igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana. E para igual oportunidade é preciso igual condição. Igual oportunidade e igual condição entre homens desiguais pela capacidade pessoal de ação e de direção. Porque a igualdade social não importa e nem impõe nivelamento entre os homens naturalmente desiguais. O que ela estabelece é a supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza, uma sociedade em que o trabalho é social, e, conseqüentemente, social a produção, mas o lucro é individual e pertence exclusivamente a alguns.

Conforme já apontado no capítulo I, coexistem no Brasil bolsões de pobreza<sup>166</sup> com segmentos sociais extremamente abastados, configurando-se uma desigualdade social que não pode passar despercebida de todos aqueles que procuram estudar mecanismos instrumentais para materializar as garantias do Estado democrático de Direito. “É preciso que o sistema normativo funcione na defesa da sociedade como um todo, tutelando as políticas públicas e o desenvolvimento do país, com fundamento na Constituição e na consciência ética e coletiva do povo brasileiro”.<sup>167</sup>

166 A ONU identificou 13 bolsões de pobreza no Brasil, nos quais vivem 26 milhões de pessoas em situação de penúria. Integram esses lugares 600 municípios, excluídas as regiões metropolitanas. A ONU verificou que 58% dos municípios brasileiros não cumpriram a meta das Nações Unidas de reduzir a pobreza pela metade de 1990 a 2015. Para o Brasil como um todo, a projeção é de que o objetivo seja cumprido, mas o avanço é desigual - em 433 municípios a pobreza chegou a aumentar nesse período (SOUSA, PNUD BRASIL).

167 Nesse aspecto, o autor questiona: “Políticas de desenvolvimento podem ser pleiteadas em juízo?” E responde à questão nos seguintes termos: “A resposta parece ser afirmativa. O tema envolve os limites da jurisdição e, no plano do processo, relaciona-se à eficácia das normas constitucionais afeitas ao tema. Também diz respeito à tutela coletiva do direito ao desenvolvimento nacional. O campo é especulativo, mas não inibe algumas considerações. Em linhas gerais, o Ministério Público Federal, em legitimação extraordinária (substituição processual da coletividade), poderia postular a implantação de políticas desenvolvimentistas ou reorientação de programas e ações econômicas, com destaque para a realização de investimentos destinados a

Ana Paula de Barcellos defende a possibilidade da interferência do Judiciário na alocação de recursos orçamentários, bem como no atingimento de metas definidas pelo próprio poder político e, ainda, no controle da eficiência mínima (economicidade) das políticas públicas. Salienta, contudo, “que os controles judiciais devem assumir formas que não substituam as deliberações dos órgãos políticos, mas que fomentem o controle social (e não o substituam), fornecendo informações relevantes para a solução do problema.” (BARCELLOS, 2006).

É importante ressaltar que, nas omissões na concretização de direitos, o problema fundamental em jogo, em realidade, não costuma ser a colisão entre direitos fundamentais. O que se tem, na prática, é a concorrência por recursos públicos escassos, de modo que é necessário, se se quer ir à raiz do problema, compreender e solucionar a origem dessa escassez. Para isso, é necessário enfrentar a questão do controle de constitucionalidade da legislação orçamentária (SOUZA, 2012, p. 73).

Não se pode, assim, utilizar princípios de direito privado na realização e na execução do orçamento, sendo este controlável pelo Poder Judiciário quando em ofensa aos princípios constitucionais.

Na hipótese de não ser possível realizar os investimentos necessários por ausência de recursos, deve haver um controle sobre os motivos do descumprimento constitucional. Conforme César Sabbag,

a reserva do possível tem sido alegada diante de um quadro de receitas nacionais vultosas e mal geridas. Significa dizer, sobriam recursos se as receitas fossem administradas com independência e se os gestores observassem os preceitos básicos da Constituição Federal (SABBAG, 2007, p. 121).

Quanto à reserva do possível jurídica, sugere-se uma alternativa para a análise judicial das políticas públicas: “A primeira delas compreende o acolhimento do princípio da destinação da maior quantidade possível e recurso ao adimplemento de direitos fundamentais prestacionais [...]” (FONTE, 2013, p. 326). É, pois, substancial a diferença entre

---

reduzir a desigualdade social. *Ação civil pública* ou *ação direta de inconstitucionalidade* seriam instrumentos cogitáveis e o pedido estaria no campo da obrigação de fazer ou não fazer. O pressuposto é reconhecer a eficácia plena à norma do art. 3º, II, da CF, motivando o pedido com base nos dados da desigualdade, pobreza e estagnação social dos últimos anos [...]” (SABBAG, 2007, p. 210-211).

ausência de recursos e sua má gestão com absoluta inobservância dos preceitos constitucionais.

Alexy expõe a ponderação entre a reserva do possível jurídica (legalidade orçamentária) e os direitos fundamentais. Conforme o autor, em relação ao mínimo existencial não pode haver reserva do possível, ao menos no sentido jurídico. Tal entendimento é adotado de forma majoritária na doutrina brasileira. O mínimo existencial, portanto, tem natureza de regra, não de princípio (BARCELLOS, 2002, p. 305). A ponderação é a forma de resolver entre a reserva do possível jurídica e o rigor orçamentário.

Nesse passo, vale destacar que Ana Paula Barcellos sugere, como parâmetro abstrato para a ponderação, a precedência das regras sobre os princípios, e das normas que realizam direitos fundamentais sobre as normas que não os realizam [...]. Em conclusão, a ponderação é forma de resolver o problema da reserva do possível jurídica (BARCELLOS, 2002, p. 306; FONTE, 2013, p. 139).

Aqui não há que se falar em separação de poderes, argumento reiteradamente utilizado nas demandas afetas aos direitos fundamentais sociais, como bem salienta Nagibe de Melo Jorge Neto (2008, p. 78):

A separação de poderes não se justifica nem se mantém em si mesma, mas pelo fim, a saber, de impedir a concentração de poder nas mãos de uns poucos. É preciso atentar, contudo, que o parâmetro e a medida do poder estatal foram substancialmente alterados. Se, no Estado liberal, media-se o poder do Estado pela possibilidade de editar leis e, por meio delas, determinar condutas e proibir comportamentos, assegurando aos cidadãos a liberdade de ação lícita, no Estado social, o poder estatal, além de assegurar a liberdade, deve servir fundamentalmente como instrumento para que o Estado possa promover a igualdade entre seus súditos [...].

Para assegurar o controle da reserva do possível jurídica, é indispensável que o Poder Judiciário possa verificar a constitucionalidade da lei orçamentária de seu país; do contrário, haverá uma impossibilidade fático-jurídica de verificação da universalização dos direitos fundamentais sociais. “O princípio da separação de poderes e a competência para dispor do orçamento não são ideias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais” (SILVA, 2007, p. 187).

As funções do Estado devem estar voltadas à realização, em maior ou menor grau, de direitos fundamentais com a observância dos princípios da igualdade e da dignidade humana. É o que levou Becker a afirmar que “o equilíbrio do orçamento público deva ser visto não como a equivalência entre receita e despesa, mas como o equilíbrio equitativo entre receita e despesa pública, de um lado, e a realidade econômico-social, de outro.” (BECKER, 1963, p. 217 apud SOUZA, 2012, p. 75).

Precede ao controle judicial a necessidade de que haja transparência na utilização dos recursos públicos para que se oportunize o controle social. Nas palavras de Felipe de Mello:

A transparência se manifesta de duas maneiras: (a) pela clareza dos instrumentos que dizem respeito ao planejamento público, o que se dá mediante a fixação das metas nas leis orçamentárias, os quais não podem usar termos vagos; (b) as relativas aos resultados da utilização de recursos públicos e alcance de metas após cada ciclo orçamentário, que devem ser plenamente acessíveis ao cidadão comum (FONTE, 2013, p. 332).

Considerando o aspecto da igualdade material que se pretende construir a partir dos direitos prestacionais, as escolhas em matéria de gastos públicos não são um tema com reserva absoluta das deliberações políticas.

Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente (BARCELLOS, 2002, p. 12).

Nesse sentido, Eduardo Mendonça defende a proteção pelo Judiciário dos conteúdos mínimos em matéria de direitos fundamentais, ainda quando a decisão venha interferir na alocação orçamentária (MENDONÇA, 2008, p. 232).

Miguel Carbonell, por sua vez, defende o controle judicial da legislação orçamentária, justamente porque parte das obrigações do Poder Público em matéria de direitos sociais depende de recursos financeiros suficientes (CARBONELL, 2005).

A proteção dos direitos fundamentais é definida pela receita atribuída para a sua concretização, devendo-se buscar um equilíbrio entre

receita e despesa. Conforme 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.” (SILVA, 2007, p. 77).

Considerando que o princípio da igualdade é a base de todo o sistema legal e possui duas perspectivas a serem respeitadas, a igualdade formal – que é a observância da solução idêntica para aqueles que estão em igual situação fática e jurídica – e a igualdade material – atrelada à garantia da dignidade mínima para o exercício dos direitos de participação política que embasam o próprio Estado democrático de Direito –, entende-se que é possível juridicamente o controle das leis orçamentárias para a garantia da prestação dos direitos fundamentais sociais atrelados à dignidade da pessoa humana, o que poderia prevenir o fenômeno das demandas repetitivas.

Ressalvadas as hipóteses de controle que atingem o mínimo existencial, que pode se dar pela via difusa, tal controle pode-se realizar a partir de ação direta de inconstitucionalidade e, existindo omissão, via ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, ou descumprimento de preceito fundamental.<sup>168</sup>

168 As mencionadas ações encontram amparo na Constituição Federal e foram devidamente regulamentadas por lei infraconstitucional. Nesses termos: o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei n. 8.038/90 e tem a finalidade de suprir a ausência de lei. A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, consta no art. 103, § 2º, da Constituição Federal e foi regulamentada pela Lei n. 9.868/99. A arguição de descumprimento de preceito fundamental está definida no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e foi regulamentado pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Essa modalidade constitucional de controle concentrado terá “por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.868/99) e tem cabimento quando “for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal” (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99). E a ação direta de inconstitucionalidade, modalidade mais utilizada, encontra-se prevista no art. 102, I, alínea a, da CF e foi regulamentada pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

BRASIL. Constituição (1988).

BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

### 4.5.3 Controle judicial das omissões legislativas

A grande questão relacionada ao controle das omissões legislativas é resumida por Häberle, em sua célebre conferência, ao esclarecer que a configuração dos direitos prestacionais é de responsabilidade, em primeiro lugar, do legislador. Entretanto, os direitos sociais necessitam, para sua implementação, de um concurso de procedimentos, e estes precisam ser executados pela administração. A grande questão consiste em estabelecer se

a partir das disposições constitucionais sobre os direitos sociais podem derivar verdadeiros deveres legislativos e administrativos que se concretizem em posições subjetivas exigíveis judicialmente; ou se, pelo contrário, em nenhum caso podem-se determinar estes deveres e então se deve concluir que os direitos sociais têm unicamente um sentido político, não vinculante para o legislador e para a administração (HÄBERLE, 1972, p. 43 e ss. apud PULIDO, 2008, p. 137-175).

Nas palavras de Carlos Don Garrido (2010, p. 20), a declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa está vinculada ao exame do conteúdo do ordenamento jurídico e ao alcance da liberdade do legislador para normatizá-lo, apreciando e ponderando os diversos aspectos da realidade social, para decidir, no marco do procedimento legislativo democrático, sobre a necessidade de introduzir o Poder Público em alguma área social. Nesse aspecto, observa-se a representatividade social do parlamento fundada no princípio democrático, cimentada na necessidade de reconhecer-se sua autonomia para interpretar os elementos da realidade. Em consequência, registra-se a necessidade e a oportunidade de o legislador intervir, mediante inovação legislativa do ordenamento jurídico, numa clara alusão à interdependência entre a esfera legislativa e a jurisdicional.

Adota-se a esse respeito o entendimento de Ana Paula Barcellos no sentido de que a dignidade e o mínimo existencial não conferem poder discricionário ao legislador ordinário. Assim, é cabível a judicialização da omissão legislativa, com observância do princípio da proporcionalidade, para que se assegure via orçamento o mínimo existencial (BARCELLOS, 2011).

A proteção do direito em relação à política é ressaltada na modernidade em substituição ao direito natural e à razão com a consequente imunização dos sistemas sociais, autorizando a criação do direito pelo direito, sendo fundamental nessa estrutura o princípio da igualdade (GIORGI, 2013, p. 16).

No entendimento de Cármen Lúcia, a omissão normativa pode afrontar direitos fundamentais de forma até mais grave que a violação das regras postas.

Pelo que o princípio da legalidade afirma a obrigação positiva da administração pública de atuar em consonância estrita com o que dispõe o sistema jurídico e de o Estado dotar-se de normas suficientes e necessárias para que o interesse público seja rigorosamente atendido (ROCHA, 1990, p. 85).

Tal como existe um consenso social em relação ao desrespeito provocado por determinadas ações à dignidade, deve haver um consenso social acerca da transgressão do mesmo princípio quando a omissão do Poder Público importar uma flagrante indignidade.

Nessa linha, pode-se afirmar que, existindo previsão expressa na Constituição a respeito da igualdade como valor a ser protegido, há possibilidade de concessão de um direito fundamental social atrelado ao mínimo existencial sem lei específica, ou judicialização da omissão legislativa. Logo, trata-se de uma clara hipótese de omissão legislativa inconstitucional controlável judicialmente de forma incidental ou via ação direta. Respeita-se, assim, o conteúdo político da função legislativa, que é um instrumento de planificação da realidade, que surge da discussão, da negociação e da confrontação de pontos de vista distintos, tratando de lograr, no conteúdo final, a representação dos interesses da diversidade social.<sup>169</sup>

O sentido positivo e dinâmico do princípio da igualdade material conduz necessariamente à questão de incorrer, ou não “o legislador ou o

---

169 “1. Na atualidade, a administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de razoabilidade e moralidade. 4. Outorga de tutela específica para que a administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido (Riso 2002/0046110-8)” (FREITAS, 2009, p. 352).

executor da lei em inconstitucionalidade por omissão quando, devendo atuar para extinguir situação de desigualdade existente, ou para constituir situação de igualdade para superação de quadro social de desigualdade comprovada, não o faça.” (ROCHA, 1990, p. 45).

Com efeito, o legislador é livre desde que não contradiga a Constituição. Assim, o silêncio legislativo é inconstitucional só pelo fato de descumprir uma norma imperativa, gerando uma situação jurídica contrária à Constituição. Dando valor ao nascimento do constitucionalismo democrático, cuja base deriva do caráter normativo da Constituição, que possui superioridade sobre todo o ordenamento jurídico e a necessidade de que o direito seja aplicado de acordo com a norma suprema, que pode ser invocada diretamente pelos cidadãos.

É um equívoco, conforme Carlos Don Garrido, afirmar que a noção de omissão legislativa fundada em infração de um dever do legislador de legislar, poderia fazer supor que exista um direito público subjetivo passível de alegação por qualquer cidadão. Referida afirmação peca em apresentar um enfoque baseado numa visão civilista para um problema de direito público, pois estão sendo abordados os efeitos derivados do exercício amplo do poder público, e dito objeto excede os princípios e os fundamentos do direito privado, orientado para regular as relações cíveis entre particulares.

A visão tradicional tem sentido no conceito de um Estado Liberal em que existe uma especial atenção em relação a resguardar o âmbito do exercício dos direitos e liberdades individuais. Consequentemente, a forma mediante a qual a autoridade pode afetar direitos é precisamente por meio de atos positivos materializados em uma lei. Por tal razão, a possibilidade de submeter ao controle jurídico as omissões do legislador corresponde ao próprio controle da inatividade do Poder Público diante dos direitos que constitucionalmente deve garantir.

Entretanto, considerando-se os controles difuso e concentrado da constitucionalidade existentes no sistema brasileiro, entende-se que na hipótese de mínimo existencial, a ser apreciado no caso concreto, é cabível a inconstitucionalidade por omissão incidental, conforme já apreciado no item 4.3.

No caso do controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e o descumprimento de

preceito fundamental são os instrumentos cabíveis para a hipótese ora transcrita.

Na hipótese de uma política pública não assegurar um conteúdo mínimo de direito social para os grupos mais vulneráveis, como sucedeu no conhecido caso de *Grootboom* (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL... 2014, p. 286-289), tem-se um esvaziamento do direito. Tal caso é um paradigma internacional que merece ser apresentado, no qual a profundidade e o controle da política pública são bem apreciados.

Nesse caso, uma comunidade de ocupantes ilegais, desalojada de um assentamento informal, construiu casas precárias sem acesso aos principais serviços básicos. A Corte constitucional sul-africana, com base no art. 26, que se referia ao direito à moradia, obrigou o Estado a formular e executar um plano de moradias coordenado e coerente. O fundamento legal da Corte foi no sentido da razoabilidade das medidas adotadas pelo Estado. A Corte entendeu que as pessoas se encontravam numa situação de extrema necessidade e que o governo havia se omitido em tomar medidas razoáveis para fazer valer o direito progressivo à moradia.

De maneira geral, a Corte ordenou aos governos locais “*formular, financiar y supervisar medidas para aliviar a quienes se encuentren en una situación de extrema necesidad*” (IDEM). A partir daí, a comissão de direitos humanos sul-africana passou a monitorar e informar o cumprimento de referida determinação. No caso, a sentença incidiu na política pública habitacional da África do Sul.

Quando uma política pública não assegura o conteúdo mínimo de um direito social garantido no texto constitucional para os grupos mais vulneráveis, isso significa um esvaziamento do direito constitucional.

Com efeito, o comitê de direitos econômicos e sociais, por meio da observação 3, manifestou-se no sentido de que

*aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo* (NAÇÕES UNIDAS, 1990, p. 12).

No entendimento de Rodrigo Bottai, o caso *Grootboom* é paradigmático na medida em que a Corte nada mais fez do que dar cumprimento

específico à política pública: resguardar prioritariamente os interesses dos setores mais vulneráveis da sociedade. Esse posicionamento não interfere no processo discricionário da administração, senão reativa-o, exigindo somente que as formulações de políticas públicas observem *standarts* mínimos vinculados à proteção dos direitos constitucionais (BOTTAI, 2014, p. 286-289).

## 4.5.4 Resumo

Para finalizar este capítulo, é pertinente apresentar um breve resumo a respeito dos instrumentos e interpretações que podem auxiliar na construção da igualdade formal e material quando do julgamento das demandas atreladas aos direitos fundamentais sociais. Ressalte-se que, em qualquer processo judicial, devem ser sempre apreciadas as preliminares administrativas da lide, conforme apontado no item 4.4 deste trabalho.

## Controle difuso

1. *Direito fundamental social previsto em lei*: não se questiona o mínimo existencial e não há que se falar em reserva do possível jurídica, devendo ser resguardada a opção política e assegurada sua extensão a todos em igual situação fática e jurídica (seara administrativa).

2. *Direito fundamental social não previsto em lei*:

2.1 Vinculado ao mínimo existencial: possibilidade de o Judiciário impor a concessão do mínimo existencial, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto (controle difuso) para a construção da igualdade material.

2.2 Além do mínimo existencial: impossibilidade de concessão de prestações de direitos fundamentais além do mínimo existencial, sem previsão legal, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade no seu duplo aspecto, formal e material.

## Controle concentrado

1. *Controle judicial das políticas públicas*: requisitos: i. existência do direito material; ii. omissão ou insuficiência legislativa ou administrativa em favor de outros interesses que impliquem desproporcionalidade; iii. competência administrativa impugnada para decidir sobre a política almejada.

1.2 Orçamento público: controle concentrado via ação direta no Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção e descumprimento de preceito fundamental.

1.3 Omissão legislativa: judicialização da omissão legislativa com observância do princípio da proporcionalidade, para que se assegurem via orçamento o mínimo existencial (controle concentrado) e a construção da igualdade material.

### 4.6 Perspectivas de *lege ferenda* para a construção da igualdade

O último ponto a ser pesquisado diz respeito às perspectivas de *lege ferenda* que possam vir a auxiliar a construção da igualdade na seara jurisdicional. Neste item, apresenta-se uma proposição complementar ao incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil, o Código Ibero-Americano de Processos Administrativos Judicial e Extrajudicial, no que toca ao processo judicial, e o Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa.

#### 4.6.1 Vinculação das decisões prolatadas em incidente de resolução de demandas repetitivas (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) à administração pública

Não é demasiado reafirmar que a coerência do sistema jurídico é uma necessidade, impondo que casos idênticos sejam solucionados da

mesma maneira, como forma de privilegiar os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo maior previsibilidade e segurança para a própria vida social.

A partir desse fundamento, há previsão expressa no novo Código de Processo Civil do incidente de resolução de demandas repetitivas, que prevê a uniformização pelo STJ e pelo STF de tese jurídica geradora de demandas repetitivas quando se tratar de matéria afeta à competência daquelas cortes de justiça.

O § 2º do art. 987 do CPC prevê que se o recurso e a matéria forem apreciados em seu mérito pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e tramitem no território nacional.

Na linha de desenvolvimento da construção da igualdade pelo sistema de justiça, neste integrada a administração pública, parece lógico e jurídico que a vinculação do incidente, quando pacificado pelas cortes de justiça do país, detentoras da função constitucional de interpretar a Constituição e as leis federais, tenha efeito vinculante à administração pública.

Ao que parece, a única vinculação expressa no incidente encontra-se no art. 985, § 2º, no sentido de que

se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada.

Com efeito, não se encontram argumentos razoáveis a justificar que, após a tese jurídica ser pacificada pelas cortes superiores, a lei possa ser aplicada de forma diferente na seara administrativa.

Com isto, evitar-se-ia a pulverização dos litígios de massa, o desgaste institucional correspondente e a sensação de injustiça generalizada, gerando a instabilidade social, em razão do potencial risco de desigualdade de tra-

tamento pelo Poder Público. Administração pública e Poder Judiciário há milhares de pessoas na mesma situação fática.<sup>170</sup>

Na mesma linha de raciocínio elaborada até o momento, deveria constar, no mencionado dispositivo, a necessidade de prévio requerimento administrativo como forma de oportunizar a realização do direito fundamental na seara da administração, momento natural para sua concretização, ainda mais considerando-se que a tese jurídica que lhe dá suporte encontra-se já pacificada nas cortes superiores que possuem a função constitucional para tal.

A adoção dessa alteração legislativa em muito diminuiria o excesso de demandas repetitivas que assolam o Poder Judiciário nacional com prejuízo real a toda a sociedade, além de ser medida efetiva para a construção da igualdade formal nas demandas afetas aos direitos fundamentais sociais.

Além desse argumento, a inclusão de dispositivos com tal conteúdo aumentaria a independência dos administradores/procuradores, pois estes não precisariam de uma norma interna para deixar de alinhar um recurso em que a tese já foi pacificada pelas cortes de justiça, resguardando-se assim os princípios da hierarquia e da igualdade perante a lei na seara administrativa. Limites mais seguros de aplicação da lei incidiriam, sem dúvida, na seara administrativa sob essa perspectiva.

---

170 Em uma decisão da Justiça Federal do Rio de Janeiro, foi expresso o seguinte entendimento: “Note-se que o direito a um réu invocado por grande parte daqueles que se julgaram titulares das terras alcançadas pelo despacho demarcatório, vale dizer, por algumas milhares de pessoas. Para tanto, necessário que estivesse em vigor a presente sentença, seria altamente recomendável que a administração pública adotasse, voluntariamente e extrajudicialmente, uma postura uniforme e isonômica a favor da coletividade, no tocante aos deveres agora impostos (exceto enquanto aos que tenham dado seu consentimento expresso ou tacitamente com o comportamento do GRPY-RJ). Com isto, evitar-se-ia a pulverização dos litígios de massa, o desgaste institucional correspondente e a sensação de injustiça generalizada, gerando a instabilidade social, em razão do potencial risco de desigualdade de tratamento pelo Poder Público. Administração pública e Poder Judiciário há milhares de pessoas na mesma situação fática [...]” (BRASIL, TRF2, Ação Ordinária n. 200651020013760).

## 4.6.2 Código Ibero-Americano de Processos Administrativos Judicial e Extrajudicial

Conforme o item 5 da Exposição de Motivos do Código Modelo, percebe-se que há previsão expressa de soluções para a quebra da isonomia relacionada aos atos administrativos, nascedouros das demandas repetitivas:

Logo em seus primeiros artigos, o Projeto atentou para um dos maiores desafios dos atos administrativos: a falta de uniformidade das decisões em relação a interessados na mesma situação fática, alimentando a pluralidade de demandas repetitivas, principalmente na esfera jurisdicional, com potencial de abalar a segurança jurídica. A isonomia a que está vinculada a administração foi regulada de modo que, na hipótese do art. 5º. Reflexo direto dessa regra é a do art. 72, II, a respeito dos acordos judiciais que envolvam normas administrativas ou atuações de alcance geral, atingindo necessariamente todos aqueles que se encontrarem na mesma situação fática, ainda que desses acordos não tenham participado.

Como o propósito de minimizar os efeitos repetitivos, estão previstos, ainda, a possibilidade de a sentença que procede ao desfazimento de normas ou atos ter alcance geral (art. 57), o incidente de coletivização no caso de controle jurisdicional de políticas públicas (art. 25) e o processo piloto (art. 35).

Nesse contexto, o Projeto prevê a legitimidade para iniciar o processo extrajudicial àqueles cujos direitos e interesses forem afetados direta ou indiretamente, compreendendo-se aí os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 12, II), o que repercute no processo judicial quanto à legitimidade universal (art. 51, 3) e à intervenção de terceiros no caso de possibilidade de coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* (art. 52) (PERLINGEIRO, 2013, p. 103).

Informações relacionadas aos dispositivos constantes no Código Ibero-Americano de Processos Administrativos Judicial e Extrajudicial são relevantes para o tema que esta tese se propõe a enfrentar, conforme já exposto no item 4.

Em seu Título II, constam os dispositivos relacionados ao processo administrativo judicial, explicitando que sua finalidade é a formação de decisões judiciais relacionadas às atuações administrativas. Esclarece, no

parágrafo único do art. 23, que as atuações administrativas podem ser individuais ou gerais, inclusive atos políticos ou de governo, exercidos por órgãos dos Poderes Públicos ou por particulares no exercício do poder administrativo.

Encontra-se no Código importante instrumento que compreende a existência de um rito processual apropriado para o julgamento das causas de direito administrativo, considerando seu caráter público e os interesses em conflito, sem utilizar-se de regras processuais apropriadas para as demandas de direito privado, como acontece atualmente no direito processual brasileiro. Percebe-se uma clara preocupação com a igualdade diante do fenômeno da repetição de demandas e com o controle da administração em equilíbrio com os interesses público e privado.

Com efeito, com o propósito de minimizar os feitos repetitivos, estão previstos a possibilidade de sentença que determina o desfazimento de normas ou atos de caráter geral (art. 57), o incidente de coletivização no caso de controle jurisdicional de políticas públicas (art. 25) e o processo piloto (art. 35). Finalmente, quanto aos efeitos da sentença, são resguardados os efeitos coletivos da anulação de um ato administrativo (art. 57), como forma de impedir que pessoas em situação idêntica tenham tratamento diferenciado pelo Poder Judiciário, *in verbis*:

#### **Art. 25 (Intensidade do controle)**

As normas e os atos administrativos são suscetíveis de controle da sua legalidade formal e material por parte da jurisdição.

1º Tratando-se de atos discricionários, estes deverão ser motivados, e no seu controle o juiz analisará a proporcionalidade e razoabilidade das decisões.

2º O controle dos atos que impliquem políticas públicas compreenderá os seguintes aspectos:

I - os atos que se produzem no trâmite de sua formação;

II - a omissão na sua implementação e execução;

§ 3º Em nenhum caso o juiz substituirá a administração na implementação ou correção de políticas públicas, salvo quando se tratar do mínimo existencial, observados os limites da proporcionalidade e da razoabilidade.

§ 4º Surgindo em um processo individual questão relativa às políticas públicas, o órgão jurisdicional poderá suscitar, de ofício ou a pedido das partes, incidente de coletivização, transformando a ação individual em processo coletivo, mediante a intimação dos legitimados às ações coletivas para aditarem à inicial e acompanharem o processo.

#### **Art. 35 (Processo testigo ou piloto)**

Havendo processos repetitivos a serem julgados, o órgão jurisdicional competente deverá selecionar um ou alguns casos representativos da controvérsia, ficando os demais processos suspensos, para que o julgamento dos selecionados se aplique aos demais.

#### **Art. 57 (Efeitos da sentença)**

O desfazimento de uma norma ou ato administrativo tem efeito *erga omnes* e retroativo, sem prejuízo à possibilidade do órgão jurisdicional de modular seus efeitos por razões de interesse público e de tutela de interesses individuais.

O primeiro ponto a ser considerado diz respeito à possibilidade de controle das políticas públicas sob dois aspectos principais: a ação e a omissão em sua execução. A primeira relaciona-se aos atos administrativos produzidos no decorrer da formação da política pública, isto é, os atos que lhe dão origem. Quanto à omissão, resta claro que esta se relaciona à falta de execução e não à própria “criação” de uma política pública específica.

Nesse último aspecto, o Código aponta a impossibilidade de implementação ou correção de políticas públicas pelo Judiciário, à exceção do chamado “mínimo existencial”, observados os limites da proporcionalidade e da razoabilidade. A possibilidade de controle de políticas públicas nas hipóteses de mínimo existencial (art. 25, § 3º) reafirma a necessidade jurisdicional de construção da igualdade material, nos exatos termos defendidos neste estudo.

Do mesmo modo, surgindo em um processo individual questão relacionada a políticas públicas, o órgão jurisdicional poderá suscitar, de ofício ou a pedido das partes, incidente de coletivização, transformando a ação individual em processo coletivo. Referida possibilidade de coletivização vem ao encontro do princípio da igualdade, sob seus aspectos formal e material, impedindo que pessoas em situação idêntica tenham tratamento diferenciado pelo Poder Judiciário.

Uma determinada política pública, sem dúvida, configura-se uma situação fático-jurídica que gera efeitos coletivos, devendo ser apreciada em toda a sua extensão, seja no aspecto do direito material, seja no aspecto processual, gerando efeitos para todos aqueles que se encontram na mesma situação.

Referida assertiva, além de retirar a legitimidade de pulverização de demandas, contornaria, sem dúvida, a grave afronta à igualdade que o julgamento individual de matérias que possuem como fundamento uma política pública tem gerado na atualidade.

O art. 35, por sua vez, prevê o processo piloto no caso das demandas repetitivas, à semelhança do incidente de resolução de demandas repetitivas do novo CPC, indicando a seleção de alguns casos representativos da controvérsia e posterior suspensão dos demais processos até que ocorra o julgamento dos processos selecionados para serem aplicados aos demais.

O Código conecta o direito material ao direito processual ao prever que o desfazimento de uma norma ou ato administrativo tem efeito *erga omnes*, ressalvando que nessa possibilidade deve ser dada garantia de ingresso a todos os interessados por notificação pessoal, quando isso for possível à administração, ou, em caso contrário, por ampla notificação na imprensa com a nomeação de curador especial.

Numa conclusão parcial, percebe-se que o Código Modelo protege o acesso igualitário aos bens públicos com proteção especial do mínimo existencial, bem como o controle dos atos administrativos com observância dos efeitos coletivos decorrentes da natureza do ato.

O único enunciado constante do Código que encontra objeções neste estudo consta do art. 53, que contém previsão de facultatividade para a utilização do processo administrativo prévio (extrajudicial).

Com efeito, buscou-se demonstrar, com algumas ressalvas, a necessidade da utilização do processo administrativo prévio como forma de oportunizar a realização da pretensão pela administração sob a perspectiva da universalização e como forma de oportunizar um maior número de informações quando presente uma lide a ser apreciada em juízo.

### 4.6.3 Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa

O Código modelo de jurisdição administrativa para a Euro-América, o Código Euro-americano<sup>171</sup> de Jurisdição Administrativa<sup>172</sup>, propõe um modelo para a jurisdição administrativa a partir de uma base comparativa entre os sistemas continental-europeu e ibero-americano.<sup>173</sup>

De acordo o item I do Código, a jurisdição administrativa tem a missão de controlar a legalidade e a atuação da administração, proteger e tornar efetivos os direitos subjetivos e os interesses legítimos<sup>174</sup>. No caso, entende-se por atuação administrativa toda ação ou omissão de pessoas ou órgãos públicos no exercício de uma função administrativa, ou de pessoas ou órgãos privados no exercício de um Poder Público.

---

171 “[...] concebidos na linha de investigação Justiça administrativa e fortalecimento do Estado de Direito”, do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense, que surgiu “a partir da cooperação técnica com o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, e atualmente desenvolvido com o apoio de instituições judiciárias e universitárias, no Brasil e no exterior, com a Escola da Magistratura Regional Federal, TRF2, e a Universidade de Erfut, Alemanha” (PERLINGEIRO, 2013, p. 80).

172 Juristas que participaram da confecção do Código: Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Gabriele Bottino, David Capitant, Jesús Maria Casal Hernández, Diana-Urania Galetta, Ricardo García Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio Bustillos, Gilles Pellisier, Ricardo Perlingeiro, Consuelo Sarria Olcos e Karl-Peter Sommermann (PERLINGEIRO; SOMMERMANN, 2014).

173 O Código Modelo protege a tutela judicial efetiva a partir de três dimensões: “First, the judicial protection must be complete. That means that judicial protection must cover all subject areas of administrative law. [...] Secondly, the judicial protection must cover every type of conduct of public authorities. Judicial review must not only refer to the authority's actions that impair the rights of a citizen through a decision or another measure [...]. The third dimension of effective judicial protection that come too late is hardly helpful [...]” (PERLINGEIRO; SOMMERMANN, 2014, p. 2-3).

174 Diferença entre direito subjetivo e interesse legítimo. A definição de interesse legítimo tem sua origem na Itália e difere do direito subjetivo no seguinte aspecto: o direito subjetivo é tratado no ordenamento jurídico como um direito individual resultante de uma norma, enquanto o interesse legítimo, mesmo sendo resultante de um indivíduo, está intimamente ligado ao interesse geral e disso decorre um tratamento indireto. No Brasil essa distinção não é realizada. *Vide*: MELLO (1983, p. 1-15); NALINI (1985, p. 240-250); CAVALCANTI (2007, p. 7-18).

Neste tópico, é importante relacionar os dispositivos do Código Modelo que, de alguma forma, possuem vinculação com o escopo deste trabalho.

Cabe destacar, como primeiro tópico, o art. 4º, que prevê o controle dos poderes discricionários<sup>175</sup> da administração pública pela via jurisdicional. O Código abre, nesse aspecto, o caminho para o controle jurisdicional do conteúdo político do ato administrativo toda vez que este torna vulneráveis direitos fundamentais ou princípios, como os da igualdade, da proporcionalidade, da proibição da arbitrariedade, da boa-fé e da proteção da confiança legítima<sup>176</sup>. No caso, há previsão legal expressa a respaldar o controle jurisdicional da efetividade dos direitos fundamentais sociais com observância do princípio da igualdade, entre outros, realizáveis por meio de políticas públicas.

O art. 5º, por sua vez, trata da planificação, definida como a ponderação de interesses, *in verbis*:

#### **Art. 5º (Controle da planificação)**

Em casos de atos ou regulamentos de planificação ou outros em que se devam valorar múltiplos interesses, o tribunal deve controlar se o ato ou o regulamento se ajusta às leis e, sobretudo, se está motivado. O tribunal também verifica se a autoridade administrativa não incorreu em vícios de ponderação quanto aos bens jurídicos, direitos e interesses que estão em jogo. São vícios de ponderação a falta do exercício ou deficiência administrativa, a não inclusão de bens e interesses relevantes, a atribuição de uma importância inadequada a determinados bens ou interesses (avaliação deficiente de bens e interesses) e a falta de proporcionalidade na ponderação global.

---

175 A discricionariedade, para Maria Sylvia Zanella di Pietro, é “a faculdade que a lei confere à administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito.” (DI PIETRO, 2001, p. 67).

176 Art. 4º (Controle dos poderes discricionários) (1) Quando a autoridade administrativa tiver exercido poderes discricionários, o tribunal examinará especialmente: a) se a ação ou omissão administrativa excedeu os limites do poder discricionário; b) se atuou conforme a finalidade estabelecida na norma que autoriza o poder em questão; c) se tornou vulneráveis direitos fundamentais ou princípios, como o da igualdade, proporcionalidade, proibição da arbitrariedade, boa-fé e proteção da confiança legítima (PERLINGEIRO; SOMMERMANN, 2014, p. 92).

O dispositivo transcrito traz elementos de interpretação das ações administrativas sob a perspectiva definida nesta tese, ou seja, a possibilidade do controle da administração pública pela via jurisdicional no aspecto relacionado “a máxima otimização dos direitos fundamentais”, nos ensinamentos de Alexy, bem como na ponderação de valores.

Referida perspectiva de alteração legislativa, sem dúvida, traria clareza para o controle jurisdicional das ações administrativas que resultassem de ponderação de valores, o que é uma constante nas escolhas relacionadas às políticas públicas.

A igualdade perante a lei e a uniformidade na interpretação das normas encontram-se previstas no art. 14<sup>177</sup>, que prevê a existência de uma Corte suprema que assegurará, por suas decisões, a uniformidade da jurisprudência.

A preocupação no Código Modelo com as demandas repetitivas e as consequências jurídicas delas decorrentes, encontra destaque no art. 16<sup>178</sup>, que autoriza decisões monocráticas quando houver “litígios idênticos, quanto à solução jurídica e aos fatos principais, a outro anteriormente julgado por sentença definitiva.”

Relevante é observar que o dispositivo prevê a possibilidade de o recurso não ser levado ao colegiado quando já houver um caso anterior idêntico com sentença transitada em julgado. É uma hipótese de vinculação da decisão judicial ao precedente no mesmo sentido. Referida proposição, sem dúvida, geraria a diminuição das demandas repetitivas, além de observar o princípio da igualdade perante a lei, pois a casos idênticos seria dado o mesmo tratamento jurisdicional.

O art. 19, § 3º, por sua vez, traz uma previsão de extrema relevância para o trato das matérias atreladas aos direitos fundamentais sociais com a observância do princípio da igualdade. Referido dispositivo possui a seguinte redação:

---

177 Art. 14 (Corte Suprema) Uma Corte suprema assegurará, por suas decisões, a uniformidade da jurisprudência (PERLINGEIRO; SOMMERMANN, 2014, p. 94).

178 Art. 16 (Decisões não colegiadas) O presidente do tribunal ou um juiz competente pode decidir monocraticamente nos seguintes casos: homologação de desistências; extinção do objeto do litígio; declaração da caducidade da ação; rejeição de demandas evidentemente inadmissíveis; litígios idênticos quanto à solução jurídica e os fatos principais a outro anteriormente julgado por sentença definitiva (PERLINGEIRO; SOMMERMANN, 2014, p. 94).

### Art. 19 (Competência territorial)

O tribunal territorialmente competente é o do lugar da execução da atuação administrativa no sentido do art. 1º, § 2º, tenha caráter decisório, contratual ou fático.

Em caso de ação de responsabilidade extracontratual, tem-se em conta o lugar de origem do fato gerador, salvo se o prejuízo se encontrar vinculado à adoção de uma decisão, caso em que o tribunal competente é o que pode se pronunciar sobre a legalidade da decisão.

Em caso de impugnação de um regulamento, o tribunal competente é o do lugar em que se encontre a autoridade que tenha editado o regulamento em discussão.

A primeira observação em relação a esse dispositivo e os argumentos alinhavados neste trabalho relacionam-se ao fato de que há uma alteração no ponto de partida da competência em sentido diametralmente oposto ao tratamento que tem sido dado ao tema no Brasil.

Com efeito, no Brasil há a possibilidade de controle dos atos administrativos normativos pela via da ação individual, com efeitos *inter partes*; em paralelo pela via coletiva, quando houver ofensa a direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, com efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*; a possibilidade de controle de constitucionalidade via ação direta; o controle de constitucionalidade incidental; além de uma possível ação popular, se presentes os requisitos legais para tal.

Num primeiro olhar, já se observa que o sistema processual brasileiro autoriza o ajuizamento de inúmeras demandas por meio de ritos diferentes, muitos deles não impedindo o ajuizamento de outros pela inexistência de litispendência ou coisa julgada<sup>179</sup>. É possível afirmar que esse arcabouço de possibilidades gera, sem dúvida, o fenômeno das demandas repetitivas e, como consequência da pulverização de demandas, ofensa ao princípio da igualdade.

O art. 19 do Código Modelo, ao centralizar o julgamento da impugnação de um ato administrativo normativo no tribunal competente, onde se encontra a autoridade administrativa, abre caminho para uma decisão úni-

---

179 Vide item 4.2.2, que trata do sistema processual coletivo.

ca que possa ser estendida a todos em igual situação fática, pois elimina do mundo jurídico o próprio ato impugnado, concretizando o princípio da igualdade para todos aqueles que estão em igual situação fática, tenham ou não ingressado em juízo.

O conteúdo da norma pode ser melhor compreendido com a leitura do art. 20:

#### **Art. 20 (Reenvio prejudicial de legalidade)**

(1) Quando um juiz considera que um regulamento aplicável ao caso é ilegal, deve reenviar o assunto ao juiz competente para conhecer da pretensão de anulação do regulamento (art. 19, § 3º), o qual deve se pronunciar em um prazo razoável sobre a legalidade do regulamento.

(2) Antes de decidir sobre uma demanda que estabeleça uma questão de direito nova que contenha uma dificuldade séria e possa ser objeto de um número elevado de processos, o tribunal pode reenviar esta questão à Corte suprema.

(3) Em caso de reenvio, segundo os parágrafos precedentes, instaura-se um incidente, com suspensão do processo original até a obtenção de solução definitiva, a qual deve ser proferida em um prazo razoável. A decisão sobre este incidente tem efeitos *erga omnes*.

Tal artigo traz informações relevantes que devem ser apreciadas individualmente: i. não cabe o controle incidental da legalidade quando o juízo que apreciar a demanda não for competente na forma do art. 19 do Código Modelo; ii. na hipótese de incompetência relacionada ao controle incidental, o processo deve ser enviado para que o juiz ou tribunal competente, ou seja, o do lugar em que se encontra a autoridade que tenha editado o regulamento em discussão, ou o tribunal territorialmente competente é o do lugar da execução da atuação administrativa no sentido do art. 1º, § 2º, tenha caráter decisório, contratual ou fático; iii. questão nova que possa gerar efeitos coletivos deve ser enviada à Corte Suprema; iv. o incidente gera a suspensão do processo original até o seu julgamento; v. a decisão a respeito do incidente tem efeitos *erga omnes*.

Como se trabalha numa perspectiva de *lege ferenda*, é possível verificar que o artigo não encontra semelhança em nenhum dispositivo legal

brasileiro, conforme já mencionado anteriormente, posto conviverem os controles difuso e concentrado da constitucionalidade dos atos administrativos normativos e das leis.

O fenômeno da pulverização dos litígios decorrentes de ações ou omissões administrativas teria um freio considerável com a adoção dos arts. 19 e 20 do Código pelo sistema de justiça brasileiro, pois a possibilidade atual de impugnações judiciais de um mesmo ato de forma difusa ou concentrada atinge frontalmente o princípio da igualdade. As pessoas que possuem a mesma situação fático-jurídica com base em ato administrativo normativo têm tratamentos diversos pelo Poder Judiciário. Além disso, há pessoas que poderiam de alguma forma ser beneficiadas por uma decisão judicial favorável e não têm acesso ao sistema judicial. Ressalte-se que, no caso, o ato administrativo tem força de lei, mas é único e gera efeitos coletivos, logo a origem dos conflitos daí decorrente advém de fonte única.

Com relação ao processo administrativo e ao requerimento administrativo prévio à decisão, prevê o art. 32 do Código Modelo:

#### **Art. 32 (Recurso administrativo prévio)**

(1) Como regra geral, o recurso administrativo prévio é facultativo. Sua interposição interrompe o prazo para acessar a jurisdição administrativa.

(2) Nos casos em que se exija o recurso administrativo prévio, esse requisito não será utilizado para obstaculizar o acesso à jurisdição. A autoridade administrativa decidirá com celeridade, em um prazo que não deve exceder um mês, salvo causa justificada devidamente arazoada. A ausência de uma resposta dentro desse prazo permite o acesso à jurisdição administrativa.

(3) O recurso administrativo prévio não exclui a solicitação de medidas cautelares ante a jurisdição administrativa.

#### **Art. 33 (Requerimento administrativo prévio)**

Sem prejuízo da obtenção de medidas cautelares, não se pode requerer uma condenação de fazer, dar ou pagar uma quantia sem haver sido previamente solicitada à autoridade administrativa competente. O prazo para recorrer contra a denegação *expressa* ou *tácita* é estabelecido no art. 32, § 2º.

A primeira distinção a ser feita diz respeito à diferenciação que o Código Modelo faz entre recurso e requerimento administrativo. Percebe-se que o art. 32 está vinculado à existência de processo administrativo, ou seja, à existência de interesses em conflito (administração e cidadão, por exemplo). Nesse caso, o Código não exige o esgotamento da via administrativa para posterior ajuizamento da demanda judicial. Observe-se, contudo, que, nas hipóteses de condenação da administração à obrigação de fazer, dar ou pagar quantia, é obrigatório requerimento administrativo prévio.

Nos termos das exposições contidas neste trabalho, defende-se, no mesmo sentido do Código, que não há lide se não houver um requerimento à administração previamente. O ajuizamento direto da demanda em juízo, com supressão da possibilidade do cumprimento espontâneo de uma obrigação por parte da administração, ou ainda do fornecimento de elementos fundantes da negativa de uma pretensão, acarreta a impossibilidade de a administração atuar sob a perspectiva do direito subjetivo em equilíbrio com a igualdade de acesso aos bens públicos. Além disso, admitir a possibilidade de acesso direto ao Judiciário acarreta o fenômeno da massificação de processos e todos os nefastos efeitos que isso acarreta.

Acrescente-se que, em ambos os dispositivos transcritos, há sempre previsão expressa da concessão de medidas cautelares que venham resguardar o direito quando se fizer necessário.

Outro ponto a merecer destaque é que o Código assegura a duração razoável do processo administrativo ao conceder o prazo de um mês para que a autoridade administrativa decida o pleito, sob pena de reconhecimento de denegação tácita, com possibilidade de acesso à jurisdição administrativa.

Os últimos dispositivos do Código que se relacionam a este trabalho são os constantes nos arts. 42 e 44 e dizem respeito ao conteúdo e aos efeitos da sentença:

**Art. 42 (Conteúdo do dispositivo de procedência)**

(1) Quando a sentença for de procedência, o tribunal, segundo a pretensão do demandante:

- a) anulará total ou parcialmente o ato ou regulamento impugnado;
- b) condenará a autoridade administrativa a emitir um ato ou regulamento ou a realizar outra atuação, incluindo dar uma coisa ou efetuar um pagamento;
- c) condenará a autoridade administrativa a um não fazer;
- d) declarará a existência ou inexistência de uma situação jurídica.

(2) Se o ato administrativo impugnado já tiver sido executado, o tribunal, por solicitação da parte, pode ordenar também que a autoridade administrativa restabeleça a situação anterior à execução.

(3) A sentença deve dispor sobre os danos e prejuízos, se tiverem sido reclamados e se o juízo for competente.

#### **Art. 44 (Efeitos da sentença)**

A anulação de um ato individual ou de um requerimento tem efeito *erga omnes*. Por regra geral, tem efeito retroativo, sem prejuízo da possibilidade de um juiz modular os efeitos por razões de interesse público e de interesses individuais.

A primeira relevante constatação que esses dispositivos transmitem é a de que é considerada, para a prolação da decisão, a origem dos conflitos, ou seja, o regulamento, o ato administrativo, a ação administrativa etc. Assim, resolvida a questão de fundo, todos aqueles que se encontrem em igual situação jurídica e fática são atingidos pela decisão. É o que se depreende do art. 44 do Código Modelo.

Atingindo-se a origem do conflito decorrente da ação ou omissão da administração, decide-se uma única vez, de forma a garantir o princípio da igualdade.

## 5 Pesquisa realizada junto a juízes federais e estaduais a respeito da construção da igualdade formal e material

### 5.1 Objetivos

Considerando que este estudo tem como escopo principal a construção da igualdade formal e material, optou-se pela possibilidade de abertura de novas reflexões e perspectivas quanto a essa problematização por meio da realização de pesquisa junto a juízes federais e estaduais recém-ingressados na magistratura.

A relevância de pesquisa desta ordem no bojo deste trabalho consubstancia-se na possibilidade de apresentar um panorama geral a respeito da complexa questão da incidência do princípio da igualdade na atividade judicial quando presente o fenômeno das demandas repetitivas em que se postulam direitos sociais.

## 5.2 Metodologia

Duas questões-problema foram aplicadas em três cursos realizados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) – Módulo Nacional e em um curso de formação inicial da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (Esmaf), sendo que, em todos eles, esta pesquisadora atuou como expositora e tratou do tema *Demandas repetitivas e os grandes litigantes*. Referidos cursos têm a finalidade de propiciar ao novo magistrado uma visão atualizada e reflexiva a respeito do sistema de justiça, oportunizando-lhe um panorama plural e contextualizado que o auxilie na prestação jurisdicional.<sup>180</sup>

As questões-problema foram apresentadas em formulário apropriado em que constam o nome de todos os participantes, bem como esclarecimentos a respeito da utilização dos resultados obtidos em tese de doutorado e a título de sugestão para linhas de pesquisas institucional e/ou debates e seminários junto às Escolas de Magistratura.

Participaram dos questionamentos um total de 171 juízes integrantes do Judiciário Federal e Estadual, tendo sido os dados coletados no ano de 2015, a partir dos seguintes encontros:

i. Dinâmica realizada pelos juízes federais substitutos aprovados no XV Concurso do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, durante curso de formação inicial realizado pela Esmaf em Brasília, em 22 de abril de 2015, com um total de 48 participantes, distribuídos em 5 grupos de trabalho.

ii. Dinâmica realizada pelos juízes estaduais do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, durante o Módulo Nacional de Formação Inicial da Enfam, em 7 de maio de 2015, com um total de 15 participantes, distribuídos em 5 grupos de trabalho.

iii. Dinâmica realizada pelos candidatos a juízes estaduais no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, durante o Módulo Nacional

---

180 Neste sentido: “O novo paradigma no aperfeiçoamento a que aludimos se dá, enfim, pela priorização das escolas dentro dos tribunais e de cursos que são criados a partir de uma metodologia crítica e participativa, por meio da qual o conhecimento é construído em conjunto, pensando-se, sobretudo, em novas soluções, de forma a não se repetirem mantras tecnicistas” (PIMENTA; MORAES, 2014, p.15-21).

de Formação Inicial realizada em São Luís, em 10 de junho de 2015, com 96 juízes, divididos em 9 grupos de trabalho<sup>181</sup>.

iv. Dinâmica realizada pelos juízes estaduais do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, durante o Módulo Nacional da Formação Inicial realizada na Enfam, em 23 de junho de 2015, com 12 participantes, divididos em 3 grupos de trabalho.

Para responder às questões, as turmas foram divididas em grupos de 5 a 14 participantes, dependendo do número total de juízes-alunos por turma. Oportunizou-se uma discussão prévia entre os integrantes dos grupos pelo tempo de 40 minutos, portanto, os resultados alcançados são fruto de debates e consenso prévios.

Nas dinâmicas realizadas, foram dadas oportunidades aos juízes-alunos de apresentarem propostas que, no entender do grupo, melhorariam o sistema de justiça brasileiro no tocante ao controle das políticas públicas e à observância da igualdade material. Quanto à igualdade formal, foram solicitadas sugestões quanto à interpretação das leis federais e da Constituição, considerando o fenômeno das demandas repetitivas. As questões apresentadas como tema para discussão são as seguintes:

1. Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

2. Qual a sugestão do grupo a respeito de possíveis (no máximo três) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas à interpretação de lei federal e da Constituição?

### 5.3 Resultados obtidos<sup>182</sup>

Como não havia respostas-modelo para escolhas que induzissem resultados previamente determinados, assumiu-se o risco de que a pesqui-

181 No Maranhão, o ingresso na magistratura estadual contém como etapa do concurso o curso de formação inicial. Sendo assim, os 96 participantes ainda não haviam tomado posse no cargo de juiz quando da realização da dinâmica. Entretanto, já estavam aprovados em todas as etapas do concurso público, nos mesmos moldes dos juízes participantes das outras três exposições.

182 Alguns grupos não conseguiram apresentar três sugestões para cada questão-problema, tendo restringido-se a uma ou duas proposições, o que diminuiu o número de proposições finais.

sa não alcançasse a possibilidade de uma classificação lógica, ou de que houvesse uma pulverização exacerbada de informações. Entretanto, tal fato não ocorreu e foi possível o agrupamento dos resultados em 23 linhas gerais, de acordo com as seguintes proposições:

**Quadro 1**  
**Número de vezes em que as proposições**  
**foram apresentadas**

<b>Proposição apresentada</b>	<b>Número de vezes</b>
1. Concentração da competência e correspondente especialização no julgamento das teses repetidas atreladas aos direitos sociais.	19 vezes
2. Profissionalização da administração e independência para solucionar questões atreladas aos direitos sociais.	17 vezes
3. Participação popular no controle de políticas públicas.	18 vezes
4. Conciliação interinstitucional.	8 vezes
5. Vinculação da administração pública às decisões judiciais.	3 vezes
6. Pesquisa relacionada à origem dos conflitos oriundos de demandas repetitivas/monitoramento nacional.	6 vezes
7. Vinculação das decisões do STF e do STJ dentro do Poder Judiciário.	8 vezes
8. Possibilidade de perda de cargo dos agentes políticos por inobservância de plataforma de campanha.	4 vezes
9. Aumento de poderes do Ministério Público para realização de TAC (Termo de Ajustamento de Conduta).	4 vezes
10. Possibilidade de extinção liminar do processo nos termos do art. 285-A do CPC aos casos de procedência.	3 vezes
11. Controle pelo Poder Judiciário do orçamento e das políticas públicas que asseguram o mínimo existencial.	6 vezes
12. Julgamentos temáticos e em blocos.	3 vezes
13. Majoração das indenizações em caráter pedagógico.	1 vez
14. Coletivização das demandas individuais.	3 vezes
15. Tornar o acesso dispendioso para os grandes litigantes.	1 vez

16. Fixação de critério objetivo para justiça gratuita.	1 vez
17. Alteração da LACP com ampliação dos efeitos da decisão (territorial e coisa julgada).	2 vezes
18. Atuação preventiva nas atividades de consumo.	1 vez
19. Análise cautelosa na fixação de honorários de sucumbência.	1 vez
20. Fortalecimento das atribuições das agências reguladoras.	1 vez
21. Inserir os Tribunais de Contas na estrutura do Poder Judiciário.	1 vez
22. Instituição de equipes multidisciplinares de apoio aos juízes.	2 vezes
23. Extinção de procedimentos desnecessários como o reexame necessário.	1 vez

## 5.4 Análise dos resultados

Dos resultados obtidos, o mais relevante foi perceber, que apesar de os questionamentos não terem respostas prévias, houve convergência de entendimento pelos juízes a respeito de vários pontos, com destaque para os itens 1, 2, 3, 5 e 11 que alcançaram o total de 63 proposições e estão relacionados diretamente à justiça administrativa, ou seja, às relações provenientes dos conflitos entre o Poder Público e o cidadão.

Resta claro que, apesar de as questões-problema não tratarem de jurisdição administrativa propriamente dita, é intuitivo para os juízes que o foco da solução no que se refere à repetição de demandas relacionadas aos direitos fundamentais sociais passa pelo controle social, estruturação e independência da administração pública e por um processo judicial público que considere de forma diferenciada as demandas de direito público a partir da concentração da competência da administração e de sua vinculação às decisões jurisdicionais.

Com efeito, as soluções apontadas para a interdependência entre a seara administrativa e jurisdicional e a vinculação da administração têm

o escopo de melhor enfrentar o fenômeno da repetição de demandas com observância da igualdade material, o mesmo propósito atribuiu-se à concentração da competência e à consequente especialização dos órgãos.

Outro destaque da pesquisa foi percebido nas reiteradas afirmações da necessidade de vinculação da administração e do próprio Poder Judiciário às decisões judiciais das cortes superiores – 11 proposições para os itens 5 e 7 –, o que demonstra que os novos juízes compreendem a necessidade da uniformidade das interpretações federais e constitucionais dentro do sistema de justiça e do Poder Executivo como forma de garantia da igualdade. A vinculação da administração pública às decisões judiciais em recurso repetitivo, repercussão geral, incidente de resolução de demandas repetitivas e até quanto à jurisprudência dominante obteve 3 proposições.

A pesquisa demonstrou que parte dos juízes considera necessária a participação popular no controle da execução das políticas públicas, bem como na realização das escolhas pela administração, tendo esse ponto recebido 18 proposições.

Com o número de 8 proposições, aparece a sugestão de conciliação interinstitucional prévia, a ser realizada entre o Poder Público, os litigantes e interessados pelo Poder Judiciário, como medida de diminuição do contencioso de massa.

A necessidade de o Judiciário conhecer seu contencioso recebeu 6 proposições, o que poderia ser realizado a partir de pesquisas com classificação apropriada das demandas repetitivas e de monitoramento constante.

A partir daí, recebeu 3 proposições cada, a possibilidade de utilização do art. 285-A na hipótese de procedência, coletivização das demandas individuais, julgamento temático e em blocos e o aumento dos poderes do Ministério Público para a realização dos TAC (Termos de Ajustamento de Conduta) – 4 proposições. A possibilidade de perda de mandato eletivo em relação aos agentes públicos que não cumprirem as agendas de campanha, por sua vez, também recebeu 4 proposições. As demais não alcançaram um número considerável (acima de 3) para que fossem realizadas considerações.

Outra análise relevante que pode ser feita em relação às proposições apresentadas é sua divisão em dois grandes blocos, quais sejam: proposições procedimentais e proposições políticas.

### **Quadro 2 – Proposições procedimentais e proposições políticas**

<b>Proposições procedimentais</b>	<b>Proposições políticas</b>
1, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 22 e 23	2, 3, 4, 8, 11, 18, 20 e 21

Referida divisão não tem o condão de ser precisa na delimitação da classificação, pois vários procedimentos possuem natureza política e algumas proposições políticas necessitam de procedimentos. Entretanto, o critério que se utilizou para diferenciá-las foi a maior carga procedimental ou política da proposição.

Com efeito, as proposições consideradas procedimentais estão atreladas à competência, vinculação, poderes do Ministério Público, acesso ao Judiciário, monitoramento das demandas, coletivização e julgamento em bloco. Somam um total de 58 proposições.

As proposições relacionadas à atuação política, consubstanciadas na profissionalização e independência da administração, participação popular no controle de políticas públicas, conciliações interinstitucionais, perda de cargo público por inobservância das metas de campanha e controle do orçamento no que toca ao mínimo existencial, alcançaram um total de 56 proposições.

Referido resultado bem demonstra que os novos juízes vislumbram a necessidade de aliarem-se procedimentos a novas posturas políticas de controle nas searas judicial e administrativa como forma de garantir a construção da igualdade sob o aspecto formal e material, em sintonia com várias conclusões exaradas neste trabalho.

## 6 Conclusão

A igualdade e a dignidade humanas são valores que constituem a base de todo o sistema de justiça e devem ser resguardados pelas instituições que compõem a República Federativa do Brasil.

Entretanto, apesar dos valores constitucionais mencionados, o Brasil aparece, nas classificações internacionais, como o 4º país mais desigual do mundo, apesar de ser paradoxalmente a 7ª economia do planeta.

A partir desse quadro, constata-se uma busca repetida por direitos sociais, como a saúde e a previdência, pela via judicial. Referidos pleitos podem ser incluídos no conjunto de processos que constituem o fenômeno chamado de demandas repetitivas, ou seja, uma situação fática materializada em ações judiciais contra o Poder Público, as quais possuem fatos e fundamentos jurídicos

semelhantes e são ajuizadas por centenas ou milhares de vezes. Muitas dessas matérias são, contudo, próprias de políticas públicas e têm sido enfrentadas de forma individual pelo Poder Judiciário, gerando uma espiral de desigualdade e reforçando no sistema de justiça a desigualdade estrutural da sociedade brasileira.

Conforme se depreende do estudo realizado pelo CNJ, *Justiça em Números*, as causas oriundas de relação jurídica de direito público que têm como demandante ou demandado o Poder Público representam maioria absoluta dos 100 milhões de processos em tramitação no Judiciário, e muitas dessas demandas são representativas de discussões relacionadas aos direitos fundamentais sociais.

Nesse universo de demandas repetitivas, deixa-se de lado muitas vezes a concepção de justiça distributiva, a qual, segundo Rawls, compreende que todos os bens sociais primários devem ser distribuídos de um modo igual, a menos que uma distribuição desigual de um ou de todos esses bens redunde em um benefício aos menos favorecidos.

Com efeito, quando se constata que as decisões judiciais ainda que relacionadas a situações idênticas são divergentes, bem como que existem camadas da população que não têm acesso ao Judiciário e deixam de receber bens reconhecidos judicial e/ou administrativamente a outrem, percebe-se clara ofensa ao princípio da igualdade sob os aspectos formal e material.

Entende-se a igualdade formal como aquela que garante a igualdade de todos perante a lei e a igualdade material, por sua vez, como a que preconiza a realização de prestações estatais positivas para que sejam minorados os efeitos mais perversos das desigualdades de fato. Nesse sentido, seus objetivos aproximam-se do princípio da dignidade humana.

No âmbito da função administrativa, concretizam-se os direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Conseqüentemente, com o aperfeiçoamento de tal função, abre-se um caminho eficaz para assegurar a construção da igualdade.

Podem-se apresentar cinco subgrupos de ações e omissões da administração pública que acarretam a pulverização dos litígios: i. ação oriunda de interpretação de lei federal, convenção ou Constituição; ii. atos gerais praticados pelo Poder Público que não são tecnicamente lei, como nor-

mas gerais e regulamentos; iii. ato administrativo concreto e individual fundado em um ponto comum de fato ou de direito com relação à coletividade; iv. ato administrativo concreto e individual que ocasione, direta ou indiretamente, vantagem ou prejuízo com relação a terceiros em quantidade suficiente que demonstre existir interesse de um grupo; v. omissão da administração.

Percebe-se, pela própria natureza do direito administrativo, representada por ações e omissões descritas no parágrafo anterior, que o princípio do contencioso, tradicionalmente caracterizado no direito civil, não é adequado aos interesses de um litígio que envolva o controle judicial da administração pública na prestação de direitos sociais.

Quanto à seara extrajudicial, a Lei Geral de Processo Administrativo (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999) estabeleceu formas procedimentais para a efetivação do novo processo constitucional administrativo, que se configura como um instrumento concedido ao administrador para executar as leis em busca do equilíbrio entre o interesse coletivo e o particular segundo o princípio da igualdade. Nessa perspectiva, o princípio da legalidade que vincula a administração pública deve ser interpretado sob a ótica da supremacia da Constituição, “coloca-se aqui uma postura que atribui também à administração uma tarefa de justiça.” (MEDAUAR, 2012, p. 71).

No caso dos direitos à prestação social, pode-se afirmar que não existe conflito sem requerimento prévio, bem como que o devido processo legal administrativo se revela fundamental para um equacionamento do sistema de justiça, oportunizando à administração pública exercer seu papel sem delegá-lo ao Poder Judiciário. Ressalte-se, porém, a possibilidade de dispensa do requerimento, como nos casos de precedente em sentido contrário, de excesso de prazo e de urgência.

Há uma contradição flagrante, contudo, em exigir-se o prévio requerimento e o processo administrativo sem que existam autoridades administrativas independentes para decidir, pois tal condição resultará tão somente na postergação temporal de um direito por meio de procedimentos de natureza meramente burocrática.

Na prática do sistema brasileiro, o processo administrativo acaba por ser dispensável, e o Judiciário decide originariamente questões a cargo

de autoridades administrativas, que passam a depender dos comandos judiciais de forma permanente.

Uma primeira conclusão alcançada é que a disfuncionalidade do processo administrativo é um dos fatos geradores do fenômeno das demandas repetitivas e da conseqüente ofensa ao princípio da igualdade no que tange aos direitos fundamentais sociais. O próprio Judiciário suprime deficiências formais e avança no conteúdo de decisões administrativas, impedindo uma análise que resguarde a universalização do direito.

Para a concretização dos direitos fundamentais na seara administrativa, é necessária a existência de autoridades com competência técnica para decidir e independentes. Significa dizer que sem submissão a uma lei em sentido estrito ou literal, mas sim com observância das normas constitucionais e convencionais.

Incumbe também à própria administração pública universalizar a concessão de direitos sociais que ela forneceu a determinados indivíduos isoladamente, em decorrência de sentença judicial favorável.

Também se faz necessária a adoção de um processo de terceira geração a partir da participação popular, principalmente quando se está diante de políticas públicas, pois a efetividade destas vincula-se diretamente ao processo ou ao procedimento administrativo que as precede e implementa.

Quanto à perspectiva de *lege ferenda* para a construção da igualdade no processo administrativo extrajudicial, o *Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para a Ibero-América*, aprovado pela assembleia geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual por ocasião das XXIII Jornadas da Ibero-Americanas, contém várias previsões, sendo relevante destacar a possibilidade de, na seara extrajudicial, ser reconhecida a inconstitucionalidade ou a anticonvencionalidade e, remetido o processo para a autoridade administrativa competente, de solucionar-se a questão de forma a gerar efeitos para todos aqueles em igual situação fática. E, ainda, a possibilidade de assegurar os efeitos *erga omnes* quando presente ato administrativo que gere efeitos coletivos.

Ultrapassada a seara extrajudicial e adentrando-se na arena judicial, constata-se que alguns autores afirmam existir um processo civil de interesse público (SALLES, 2003), ressaltando a característica do inte-

resse da sociedade e a presença do Estado na demanda. Nesses casos, a justiça deixa de ser apenas corretiva para incidir sobre o campo da justiça distributiva.

Não existe no Brasil um direito processual diferenciado para as causas dessa natureza, nem uma justiça administrativa estruturada a partir do primeiro grau até a Corte suprema, sendo essa lacuna um dos fatos geradores da explosão de litigiosidade.

Não se pode afirmar que as ações coletivas conseguem equacionar tais dificuldades; pois, além de inexistir solução definitiva das questões que, por sua própria natureza acarretam ações repetitivas, surge a insegurança quanto à própria implementação de políticas públicas que podem ser alteradas e questionadas a qualquer tempo.

No que é pertinente ao novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos encontra previsão expressa com aumento da verticalização do Poder Judiciário. A ideia geral é a de que a controvérsia se transforma num tema e, a partir de sua afetação, todos os processos pendentes, individuais e coletivos com a mesma controvérsia são suspensos. Tal processamento deve observar o disposto no art. 1.036 e seguintes do novo CPC.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 976 a 987 do novo CPC, o qual tem sido decantado como possível solução para as demandas repetitivas, não enfrentou o fenômeno da explosão de litigiosidade contra o Estado. Percebe-se que o incidente só vincula aquele que presta serviço, e aqui se pode entender serviço público nas hipóteses em que há cessão, concessão ou delegação, mas tal não se aplica à administração pública direta quanto à prestação de direitos sociais.

O novo CPC mantém assim a tradição processual brasileira, sem fazer distinção entre as demandas de direito público e as de direito privado, utilizando ritos procedimentais que não consideram a origem do conflito, reafirmando o tratamento individualizado para as demandas oriundas do direito administrativo que possuem efeitos coletivos. Nessas condições, a tendência natural é perpetuar-se a pulverização dos litígios e todas as consequências que esse fenômeno acarreta.

Realizadas breves considerações a respeito dos institutos processuais descritos nos parágrafos anteriores, é alcançado o momento da análise

do caso concreto. Na demanda judicializada, deve ser considerada toda a elaboração lógica do requerimento, do procedimento e do processo administrativos, sob pena de, ao deixar de fazê-lo, adentrar-se numa espiral de repetição de etapas, sem observar as atribuições dos poderes que compõem a complexa estrutura estatal.

Nessa ótica, o juízo, ao receber uma demanda em que se postula direito fundamental social, deverá analisar as preliminares administrativas da lide, expressão que tem a função precípua de interligar as duas searas de atuação do Estado, a judicial e a administrativa, de forma a garantir uma comunicabilidade que assegure a realização do direito da forma mais universal possível. São exemplos de preliminares administrativas da lide: o requerimento administrativo prévio e a sua regularidade (resguardadas as hipóteses de dispensa); a legítima participação popular na formação do ato; a possível extensão dos efeitos do ato administrativo na seara extrajudicial; a observância dos princípios constitucionais relacionados ao processo administrativo (*due process of law*); a observância do princípio da legalidade numa perspectiva mais ampliada, isto é, sob a ótica da constitucionalidade e da convencionalidade; os fundamentos discricionários da política pública adotada; e os fundamentos de uma omissão administrativa (se porventura existentes).

No tocante às demandas judicializadas que têm por objeto os direitos fundamentais sociais, o controle pode ocorrer na modalidade concentrada ou difusa. Assim, os direitos sociais podem ser postulados de forma individual, o que acarreta o controle incidental da ação ou omissão administrativa e o conseqüente fenômeno da repetitividade. O controle da administração também pode dar-se de forma concentrada por meio de três proposições distintas que analisam a origem dos conflitos: i. controle das políticas públicas; ii. controle do orçamento e de sua execução; iii. omissões inconstitucionais.

Quanto às políticas públicas, apesar de serem incidentalmente apreciadas nas ações individuais, não é esse meio apropriado para a impugnação de seu mérito substancial, devendo o controle dar-se na forma concentrada para que os efeitos da decisão sejam *erga omnes*.

Algumas conclusões interpretativas podem ser alcançadas quando se tem o princípio da igualdade como norteador da decisão judicial no

que diz respeito ao controle difuso da administração nas ações individuais. São elas:

1. *Demanda em que se postula direito fundamental social previsto em lei*: não se questiona o mínimo existencial e não há que se falar em reserva do possível jurídica, devendo ser resguardada a opção política e assegurada sua extensão a todos em igual situação fática e jurídica (seara administrativa).

2. *Direito fundamental social não previsto em lei*:

2.1 Vinculado ao mínimo existencial: possibilidade de o Judiciário impor a concessão do mínimo existencial, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto (controle difuso) para a construção da igualdade material.

2.2 Além do mínimo existencial: impossibilidade de concessão de prestações de direitos fundamentais além do mínimo existencial, sem previsão legal, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade no seu duplo aspecto, formal e material.

Quanto ao controle concentrado da administração pública, tendo como eixo central a igualdade e os direitos sociais, pode-se concluir:

1.1 *Controle judicial das políticas públicas*: requisitos: i. existência do direito material; ii. omissão, insuficiência legislativa ou administrativa em favor de outros interesses que impliquem desproporcionalidade; iii. competência administrativa impugnada para decidir sobre a política almejada.

1.2 *Controle do orçamento público*: controle concentrado via ação direta no Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção e descumprimento de preceito fundamental.

1.3 *Omissão legislativa*: judicialização da omissão legislativa com observância do princípio da proporcionalidade para que sejam assegurados, via orçamento, o mínimo existencial e a construção da igualdade material.

Como perspectiva de *lege ferenda* para a construção da igualdade e a diminuição das demandas repetitivas, propõe-se a vinculação das decisões prolatadas em incidente de resolução de demandas repetitivas (Projeto de Lei Novo CPC n. 166 de 2010) à administração pública. Propõe-se também a adoção dos dispositivos relacionados ao Código Modelo de Jurisdição Administrativa para a Euro-América e ao Código Modelo Euro-

Americano de Jurisdição Administrativa, no que for compatível com o direito brasileiro.

Finalmente, na pesquisa realizada nos cursos de formação inicial da Enfam, restou claro que, apesar de as questões-problema não tratarem de jurisdição administrativa propriamente dita, é intuitivo para os juízes que o foco da solução no que toca a repetição de demandas relacionadas aos direitos fundamentais sociais passa pela estruturação e independência da administração pública e por um processo judicial público que considere de forma diferenciada as demandas de direito público a partir da concentração da competência da administração e de sua vinculação às decisões jurisdicionais.

Conclui-se, finalmente, que demandas repetitivas sobre direitos sociais e o princípio da igualdade devem ter como foco central de enfrentamento o estudo analítico das distorções existentes entre os processos administrativo e judicial, que acabam acarretando estratificação social. Devem-se buscar novos rumos interpretativos com possibilidade de controle da administração a partir de uma visão sistêmica que objetive a universalização e a proteção daqueles mais fragilizados socialmente, garantindo assim a realização da igualdade material e a consequente dignidade humana.

## 7 REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce; ALSTAT, Anne. *The stake holder society*. New Javem: Yale University Press, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado) -- Concurso Público para Professor Titular de Direito Administrativo, Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ALVES, Rogério Pacheco. *Prerrogativas da administração pública nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 342-359, out. 2008.

ASIMOW, Michael. Five models of administrative adjudication. *American Journal of Comparative Law*, Chicago, Forthcoming v. 63, n. 1, Winter, p. 3-31, 2015. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2502210](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502210)>. Acesso em: 7 dez. 2015.

ATRILA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os Desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade na administração pública: para uma administração imparcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Marco constitucional do direito administrativo no Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, São José, n. 7, p. 35-46, 2007.

BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. *Revista Jurídica*

*dica da Presidência*, Brasília, DF, v. 9, n. 88, 2008, p. 60.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 7 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Controle jurídico e controle político-social das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: limites e possibilidades. In: SEMINÁRIO IMPLEMENTAÇÃO JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2006, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná (ESPMU), 2006.

BARNES, Javier. Tres generaciones de procedimiento administrativo. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Coord.). *Tendencias actuales del Procedimiento Administrativo em Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012. p. 119-146.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BECK, Martha; VALENTE, Gabriela. *Brasil tem 6 milhões de pessoas vivendo em situação de pobreza*. O Globo, Rio de Janeiro, 2014. Economia. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/brasil-tem-6-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-situacao-de-pobreza-13359894#ixzz38PZxGpCC>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Belo Horizonte: Livraria do Advogado, 2010. p. 103-113.

\_\_\_\_\_. Vinculação da Administração Pública ao mínimo existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto; BITENCOURT NETO, Eurico (Coord.). *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 166-167.

BLANKE, Hermann-Josef. Demandas repetitivas na jurisdição administrativa Alemã. In: SEMINÁRIO DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA FEDERAL. 2013, Brasília, DF. *Anais...* Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 67-81. (Série Cadernos do CEJ, v. 29). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/seriecadernos/Volume%2029%20Serie%20Cadernos.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Coord.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: a filosófica política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONFIM, Regina Lúcia Dodds. *Agenda Única de Saúde: a busca do acesso universal e a garantia do direito à saúde*. 2008. Tese (Doutorado) -- Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social, Rio de Janeiro, 2008.

BOTTAI, Rodrigo Guillermo Bustos. *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2014. p. 286-289.

BRASIL é 4º país mais desigual da América Latina, aponta ONU. *Exame.com*. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/brasil>

sil-e-4o-pais-mais-desigual-da-america-latina-aponta-onu >. Acesso em 5 jun. 2014.

BRASIL é 7ª maior economia, e China deve passar EUA logo, diz Banco Mundial. *Uol Economia*. Disponível em: < <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/30/ranking-do-banco-mundial-traz-brasil-como-a-7-maior-economia-do-mundo.htm> >. Acesso em 8 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

BRASIL. *Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006*. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Código de processo civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm) >. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de processo civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6830.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e

julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Execução de Mandado de Segurança n. 6.359*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. 8 de setembro de 2010. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 8 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1048972*. Relator: Ministro Jorge Mussi. 9 de fevereiro de 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 5 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recursos repetitivos*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio2.asp>>. Acesso em 3 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação judicial sobre concessão de benefício deve ser precedida de requerimento ao INSS*. Notícias STF. Brasília, DF, 27 ago. 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=273812> >. Acesso em: 7 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Judiciário pode impor realização de obras em presídios para garantir direitos fundamentais*. Notícias STF. Brasília, DF, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>>. Acesso em: 1 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). *Ação ordinária n. 200651020013760*. Relator: Juiz Ricardo Perlingeiro. Rio de Janeiro, j. 2. out. 2007.

BROSS, Siegfried. O sistema de controle judicial da administração pública e a codificação da jurisdição administrativa. Tradução de Martim Vicente Gottschalk. *Revista CEJ*, Brasília, p. 35-42, set. 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CADMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, edição especial, p. 47-85, dez. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14112/12978>>. Acesso em: 22 set. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel. *Breves reflexiones sobre los derechos sociales*. Biblioteca Jurídica Virtual do Instituto de Investigações Jurídicas de UNAM, 2005. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2469/5.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. In: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; ORDÓÑES, Jorge (Coord.). *Los Trad. do italiano de Javier Espinoza e Monteros S. e Juan Carlos Barrios Lira*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

CARDOSO, Maurício. *Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça*. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 set. 2015. Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 1 out. 2015.

CASSETTA, Elio. *Manuale di diritto amministrativo*. 12. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Coord.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos Tribunais de Contas visando a assegurar a efetividade do sistema. *Revista do TCU*, Brasília, DF, n. 108, p. 7-18, 2007.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 289-300, 2003.

CLUNE, William H. Law and public policy: map of an area. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 2, n.1, Spring 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *100 maiores litigantes*. Brasília, DF: CNJ, mar. 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2015.

\_\_\_\_\_. *Definida a programação da reunião preparatória para o VIII encontro do Judiciário*. Brasília, DF: CNJ, 12 mar. 2014. Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61422-definida-a-programacao-da-reuniao-preparatoria-para-o-viii-encontro-do-judiciario>>. Acesso em 2 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília, DF: CNJ, Departamento de pesquisas Judiciárias, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf)>. Acesso em 7 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *Justiça em números: 2015*. Brasília, DF: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/09/ff7463a-6fe08604488795034964c0508.swf>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *Justiça em números: relatórios*. Brasília, DF: CNJ, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programa-de-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 5 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Pesquisas litigantes*. Brasília, DF: CNJ, 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/imagens/pesquisa-judiciarias/pesquisas\\_litigantes](http://www.cnj.jus.br/imagens/pesquisa-judiciarias/pesquisas_litigantes)>. Acesso em: 5 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Plano estratégico do judiciário 2015-2020*. Brasília, DF. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/7694a9118fdbcd1d1678c145b4785.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/7694a9118fdbcd1d1678c145b4785.pdf)>. Acesso em: 24 maio 2015.

CORTES, Soraya Vargas. Sociologia e políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 179, p. 139-174, jan. 2010.

CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antonio Carlos C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre Estado e sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em Números 2013: (ano base 2012)*. Brasília, DF: CNJ, 2013. p. 293-303. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em Números 2015: (ano base 2014)*. Brasília, DF: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 479-489, mar. 2012.

DINIZ, Eli. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil nos anos 90. *DADOS: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 3, p. 385-415, 1995.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação dos contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. London: Duckworth, 1978.

\_\_\_\_\_. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DUARTE, Fernanda. *Princípio Constitucional da Igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. *A & C : Revista de Direitos Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p 33-72, abr./jun. 2010.

EDITAL DE SELEÇÃO TURMA 2015 PARA INGRESSO NO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO JUSTIÇA ADMINISTRATIVA PPGJA. Niterói: Núcleo de Ciências do Poder Judiciário, 2013. Disponível em: <[http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/Edital\\_2014.pdf](http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/Edital_2014.pdf)>. Acesso em: 3 ago. 2014. (Mestrado Profissional)

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Sobre los derechos públicos subjetivos*. Madrid: Reda, 1975.

\_\_\_\_\_; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 8. ed. Madrid: Editora Civitas, 1997.

ESPAÑA. Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Boletín Oficial del Estado* n. 311 jul.1998. Disponível em: <[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-16718](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-16718)>. Acesso em: 6 ago. 2015.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A multidisciplinaridade no estudo das políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

FARIA, José Eduardo de. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125 maio/ago. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142004000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006)>. Acesso em: 10 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Edit. Trotta, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. *A & C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 271-290, abr./jun 2010.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FLORIAN, F. Hoffmann; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORSTHOFF, Ernes. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FORSHOFF, Ernest. Die Bindung Esetz und Rech (art. 20 abs GG). *Struku-*

*ranalytische Bemerkungen zum Uebergang Rechtsstaat zum Justizstaat DÖV*, 1959. p. 41 e ss.

FORTI, Iori Siqueira D'Alessandri. *Acesso desnecessário ao Poder Judiciário como óbice ao acesso à justiça: A (im)prescindibilidade do prévio requerimento administrativo em face da administração pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, 2011.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Algumas razões para escolher e acreditar na igualdade ou porque ninguém é estrangeiro. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 1, p. 87, out./dez. 2001.

FUSTER, B. Martinez de Vallejo. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. In: BALLESTEROS, Jesus. (Ed.). *Derechos Humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 48.

GALANTER, Marc. Adjudication, litigation and related phenomena. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton. *Law and social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986.

GARAY, Alberto F. *La igualdad ante la ley: decisiones administrativas contradictorias, decisiones judiciales contradictorias, desigualdad procesal*. Buenos Aires: Lexis, 1989.

GARRIDO, Carlos Dorn. *La Inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Chile: Editorial Metropolitana, 2010.

GIORGI, Raffale de. Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad. In: MONTEROS, Javier Espinoza de los; ORDÓÑES, Jorge (Coord.). *Los Derechos sociales en el Estado constitucional*. Trad. do italiano de Javier Espinoza e Mon-

ters S. e Juan Carlos Barrios Lira. Valência: Tirant ló Blanch, 2013.

GÓMEZ, Maria Isabel Garrido. *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Editorial Dilex. S.L, 2013.

GONÇALVES, Soraia Brito de Queiroz. *O processo administrativo e sua relação com o acesso aos tribunais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa, Rio de Janeiro, 2014.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. *O princípio da igualdade*. In: *Hottopos.com*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>>. Acesso em: 23 maio 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os processos coletivos nos países da *civil law*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda (Org.). *Os processos coletivos nos países da civil law e da common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 242-243.

\_\_\_\_\_. Rumo a um Código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_; SICA, Lígia Paula P. Pinto. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*. São Paulo: Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Relatório de pesquisa. Disponível em: <[http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio\\_final\\_judicializacao\\_da\\_saude.pdf](http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf)>. Acesso em: 2 abr. 2014.

HABERLE, Peter. *Grundrechte im Leistungsstaat*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [VVDStRL]. Berlin: De Gruyter, 1972. v.30.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Écrits politiques: culture, droit, histoire*. Traduction Christian Bouchindhomme, Rainer Rochlitz. Paris: CERF, 1990.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL (Argentina). *Código modelo de processos administrativos judicial e extrajudicial para Ibero-América*. Buenos Aires, 2012. Aprovado pela Assembleia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual por ocasião das XXIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, ocorridas em Buenos Aires, no dia 8 de junho de 2012. Disponível em: <[http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/IIDP\\_CodADM\\_PT.pdf](http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/IIDP_CodADM_PT.pdf)>. Acesso em: 1 ago. 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A revidência social como direito fundamental. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JORNADA DE DIREITO À SAÚDE, 1., 2014, São Paulo. *Enunciados aprovados*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em: 19 maio 2014.

JESTAEDT, Matthias. Mabstäbe des Verwaltungshandelns. In: ERICHSEN, Hans-Uwe; EHLERS, Dirk [Coord.]. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. ed. Berlin: De Gruyter, 2010. p. 11, nota 5.

JOBERT, B.; MULLER, P. *L'État em Action: politiques publiques et corporatismes*. Paris: PUF, 1987.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2008.

KOLM, Serge-Cristophe. *Modern theories of justice*. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996.

KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

KOURILSKY, Philippe. *O manifesto do altruísmo*. Trad. Luana Pagin. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

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 Editor, 2002.

LEITÃO, Luana Couto Assis et al. Judicialização da saúde na garantia do acesso ao medicamento. *Revista Salud Pública*, Bogotá, v.16, n. 3. p. 363, maio/jun. 2014.

LEIVAS, Paulo Gilberto Gogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LINS, Liane Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 12. p. 223-262, out./dez. 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais, In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001. p. 96.

\_\_\_\_\_. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Systemtheoretische Argumentationen: Eine Entgegnung auf Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAURER, Harmut. *Derecho administrativo alemán*. Cidade do México: UNAM, 2012.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 152, p. 1-15, 1983.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto do Código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 11-15.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 231-278.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo 4

MONROY GÁLVES, Juan F. *Teoría general Del proceso*. Lima: Communitas, 2009.

MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do direito administrativo e princípio da eficiência. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Org.). *Administração pública, direito administrativo financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed., atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORELLI, Mariano G. La Justicia social y su protección jurisdiccional: consideraciones con ocasión de un caso judicial. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madri, n. 7, p. 91-115, fev. 2003/2004. Disponível em: <<http://www.rtfed.es/numero7/6-7.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2015.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MORÓN, Miguel Sanches. Legalidad y sometimiento a la ley y al derecho. In: PASTOR, Juan Alfonso (Coord.). *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.

MOURA, Patrícia Uliano Eftting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social : – interpretação dos atos de igualar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Geneva: United Nations, 2015. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 7 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, Ginebra: CESCR, 1990. U.N. Doc. E/1991/23, Observación General n. 3, p. 12.

NALINI, José Renato. Direito subjetivo, interesse simples, interesse legítimo. *Revista de processo*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 240-250, abr./jun. 1985.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

O'DONNELL, Guillermo. Sobre o Estado, a democratização e alguns problemas conceituais: uma visão latino-americana com uma rápida olhada em alguns países pós-comunistas. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 36, p. 123-145, jul. 1993.

OLIVEIRA, Antônio Cândido. A difícil justiça administrativa: o teste da organização judicial. *Scientia Jurídica : Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Largo do Paço, p. 60-88, 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASSARINHO, Natália. IDH do Brasil é inferior à média da América Latina em educação. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/07/idh-do-brasil-e-inferior-media-da-america-latina-em-educacao.html>>. Acesso em: 4 ago. 2014.

PAULINO, Jacques. *Da igualdade perante a lei: fundamento, conceito e conteúdo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

PENALVA, Janaina. Demandas repetitivas: soluções processuais ou gerenciais? In: SEMINÁRIO DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA FEDERAL, 2013, Brasília, DF. *Anais...* Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 13-22. (Série Cadernos do CEJ, 29).

PERLINGEIRO, Ricardo. A execução no Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América e as causas de interesse público. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 382, p. 199-205, nov./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de Direito do Estado*: RDE, Rio de Janeiro, n. 7, p. 255-277, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. As demandas repetitivas e o Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para a Ibero-América. In: SEMINÁRIO DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA FEDERAL, 2013, Brasília, DF. *Anais...* Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 102-120. (Série Cadernos do CEJ, v. 29).

\_\_\_\_\_. Desjudicializando as políticas de saúde? *Revista Acadêmica*, Faculdade de Direito do Recife, v. 86, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2601822](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2601822)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? = (Does the Proviso of the Possible [Vorbehalt des Möglichen] Limit Judicial Intervention in Social Public Policies?). *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v.1, n. 2, p. 163-185, set./out. 2013. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2343965](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343965)>. Acesso em: 3 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Coord.). *Tendencias actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamerica y Europa*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012.

\_\_\_\_\_. Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil. *Scientia Iuridica*: revista de direito comparado português e brasileiro, Braga, tomo 62, n. 333, 2013.

\_\_\_\_\_. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan.

2015. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2511545](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2511545)>. Acesso em: 3 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tutela judicial do direito público à saúde. In: Seminário Direito à Saúde, 3., 2010., Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre, 2010. Texto não publicado.

\_\_\_\_\_; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_; SOMMERMANN, Karl-Peter (Ed). *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction*. Rio de Janeiro: UFF ; EMARF, 2014. v. 1.

PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PIMENTA, Clara Mota; MORAES, Vânia Cardoso André de. O novo paradigma de capacitação de magistrado e o atual modelo de curso de formação. *Revista CEJ, Brasília, DF*, v. 18, n. 62, p.15-21, jan./abr. 2014.

PRÊMIO INNOVARE, 12, 2015, Brasília. Instituto Innovare. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/premiacoes/edicao-xii-2015>>. Acesso em: 21 set. 2015.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?”, de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 137-175.

RAGONE, Álvaro J. D. Peres. Necesitamos los procesos colectivos?: em torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos. *Revista de Direito Processual Civil, Curitiba*, n. 38, p. 633-848, out./dez. 2005.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Trad. María Dolores González. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

REDE NACIONAL DE ADVOGADOS ESPECIALIZADOS EM SAÚDE. *Aquisição de medicamentos por ações judiciais cresceu 1.920%*. *Adv Saúde*, [São Paulo],

2014. Disponível em: <<http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=1629>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

REZENDE, Guilherme Julien de. Há contencioso administrativo no Brasil? Uma análise comparativa com a justiça administrativa portuguesa. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2011. p. 563-650.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROSSETTI, Andrés. Los derechos sociales como derechos 'de segunda generación'? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos 'de primera'. In: MONTEROS, Javier Espinoza de los; ORDÓÑES, Jorge (Coord.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Trad. do italiano de Javier Espinoza e Monters S. e Juan Carlos Barrios Lira. Valência: Tirant ló Blanch, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril, 1973.

SABBAG, César. *Orçamento e desenvolvimento*. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millennium, 2007.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegini e WATANABE, Kazuo (Org.) *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SADEK, Maria Tereza Aina. Apresentação. In: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. XIV.

SAGRADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 31, n. 121, p. 69-102, jan./mar. 1994.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o pro-*

cesso como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SÁNCHEZ, Nicolás Ângulo. *Derechos humanos y desarrollo al Alba del Siglo XXI*. Madrid: Cideal, 2009.

SANCHIS, Luis Pietro. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica-Saude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_fina\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica-Saude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_fina_01_09_08.pdf)>. Acesso em 16 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. La prohibición de retroceso em los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivência de los derechos sociales en um contexto de crisis. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006. p. 329-359.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia, separação de poderes, eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro: observatório do direito à saúde*. Porto Alegre: PUC-RS, 2011. p. 19-20.

SEMINÁRIO “O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL”. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2015.

SEMINÁRIO O SUS, O JUDICIÁRIO E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS. Carta de Porto Alegre, 2004, Porto Alegre. *Relatório...* Brasília, DF: CONASS, 2005. In: CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (Brasil). Brasília, DF: CONASS, 2005. Nota técnica, 13/2005.

SEN, Amartya. *A desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, Alexandre Vitorino. *Direitos a prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 2011.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumentos de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Alameda da Universidade, 2011.

SIQUEIRA, Janilson Bezerra. Ações coletivas: modificação de competência nas ações individuais como solução para a morosidade? *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 7, n. 8, p. 173-208, jun. 2004.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUSA, Dayanne. 58% dos municípios falham contra pobreza. In: NAÇÕES UNIDAS. PNUD Brasil, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=2091>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos*

meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do processo civil alemão. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA: Pontes de Miranda: Português-Alemão, 2010, Recife, PE. *Anais...* Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2010. p. 42-52. (Série Cadernos CEJ; v. 26)

SUNDFELD, Carlos Ari; MUNOS, Guillermo André (Org.). *As leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TABORNA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 241-269, jan./mar. 1998.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

TORRES, Cláudia Vechi; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Estudo da concretização da norma jurídica de direito social no estado brasileiro, sob a ótica de Müller e Alexy. *Revista CEJ*, Brasília, ano 26, n. 64, p. 13-19, set./dez. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SUDÁFRICA: *Government of the Republic of South Africa and Other VS. Grootboom and Others* 2000 (AA) BCLR 1169 (CC), 4 October 2000. In: BOTTAI, Rodrigo Guillermo Bustos. *Derechos Sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 286-289.

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. Revista Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 34/139, jul. 1985.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIEIRA, José Ribas. Prefácio. In: DUARTE, Fernanda. *Princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a súmula n. 343. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 148-157, abr./jun. 1997.

WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. Trad. Antonio F. de Souza. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1.

ZAGREBELSY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Madrita: Trotta, 1999.

## 8 APÊNDICE

I) Dinâmica realizada pelos juízes federais substitutos aprovados no XV Concurso do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, durante curso de formação inicial realizado pela Esmaf em Brasília (DF), em 22 de abril de 2015, com um total de 48 (quarenta e oito) participantes, distribuídos em 5 (cinco) grupos de trabalho.

1

### DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES FEDERAIS SUBSTITUTOS APROVADOS NO XV CONCURSO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO DURANTE O CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 22 DE ABRIL DE 2015

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM ( ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS) e à ESMAF-TRF1 ( ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO) a título de sugestões para linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- |                                      |                                     |
|--------------------------------------|-------------------------------------|
| 1- PAULO CESAR MUY ARAISSÉ           | 6- JORGE SOUZA PERATO               |
| 2- MARCOS JOSÉ BRITO DE BEIRO        | 7- LUCILENE LEMOS PEREIRA DE MORAIS |
| 3- DIEGO CÂMARA ALVES                | 8- RAFAEL F. BUSSULAR               |
| 4- Roseli de Queiroz Batista Ribeiro | 9- Flávia de Macedo Nobrega         |
| 5- Wladimir D. Pereira               | 10- Manoel Elias Vieira             |
|                                      | 11- ROLANDO VALLER SPANHOLA         |
|                                      | 12- BERNARDO TINHO DE LIMA NOVA     |

#### QUESTÃO PROBLEMA 1

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material?

- 1- Controle político público no Judiciário  
Ação Originária, de natureza cautelar, no STJ, que fiscaliza a tese de controle vinculando instâncias inferiores, a Administração Pública e a particulares.
- 2- Medicamentos: Orgão Nacional responsável pelo planejamento, distribuições, quais medicamentos seriam adquiridos e licitação. Municípios somente receberia medicamentos

- 3 - Fixação mínima constitucional de recursos para ser destinados à Saúde.
- 11) Segurança Pública.

#### QUESTÃO PROBLEMA 2

Qual a sugestão do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

- 1) Uma Ação Originária para estabelecer a tese, que seria vinculante para Adm. Pública, Judiciário e Particular.
- 2) Súmula Vinculante para STJ; não apreciaria casos concretos

2

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES FEDERAIS SUBSTITUTOS APROVADOS NO XV CONCURSO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO DURANTE O CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 22 DE ABRIL DE 2015**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS) e à ESMAF-TRF1 (ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO) a título de sugestões para linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

LEOVFG@GMAIL.COM

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- |                             |                     |
|-----------------------------|---------------------|
| 1- LEONARDO HERNANDEZ       | 6- FELIPE AGUIAR    |
| 2- FREGIÇO FERREIRA MARTINS | 7- MONICA KUHARAS   |
| 3- ANDRÉ IRIGON             | 8- GOR STAPARY      |
| 4- TANNILLE MACEDO          | 9- RENATA ISAAC     |
| 5- BERNARDO TINOCO          | 10- FERNANDA SCHORR |

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material?

- 1) INCREMENTO NA FUNÇÃO DO "OMBUDSMAN" NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS;
- 2) INCENTIVO À ADOÇÃO DO "ORÇAMENTO PARTICIPATIVO";
- 3) CRIAR UM PORTAL DE TRANSPARÊNCIA ESPECÍFICO PARA POLÍTICAS PÚBLICAS;
- 4) NA ÁREA DA EDUCAÇÃO, IMPLEMENTAR O ENSINO DE NOÇÕES BÁSICAS PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA;
- 5)

**QUESTÃO PROBLEMA 2**

Qual a sugestão do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação da lei federal e interpretação da Constituição?

- 1) 1) SÚMULA VINCULANTES;
- 11) 2) criação de câmaras pré-processuais (rodízio de juízes inter-institucional);
- 16) 3) fixação de um critério objetivo de alocutividade de justiça.

3

DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES FEDERAIS SUBSTITUTOS APROVADOS NO XV CONCURSO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO DURANTE O CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 22 DE ABRIL DE 2015

Informações preliminares: As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM ( ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS) e à ESMAF-TRF1 ( ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO) a título de sugestões para linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- |                 |             |
|-----------------|-------------|
| 1. JEFFERUSOON  | 6. HIRAM    |
| 2. THATIANA     | 7. RAIMUNDO |
| 3. GIANNE       | 8. HUGO     |
| 4. MARIANNE     | 9. -        |
| 5. RAFAEL SLOMP | 10. -       |

QUESTÃO PROBLEMA 1

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material?

- 1) - Criação de comitês interinstitucionais de controle de políticas públicas (à semelhança dos comitês de verdade)
- 2) - RELEitura do P. DA SEPARAÇÃO DE PODERES E INDEPENDÊNCIA DOS ENTES PÚBLICOS, COM A CRIAÇÃO DE UMA ENTIDADE INTERINSTITUCIONAL COM PODERES PARA ANALISAR E IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS, COM ÊNFASE A CRIAÇÃO DE INDICADORES DE DESEMPENHO.
- 3) - INSTITUIÇÃO DE UMA MACROLEI PELO P. JUD., PROVOCAÇÃO DE "OBJETIVACÃO" DO CONFLITO.

## QUESTÃO PROBLEMA 2

Qual a sugestão do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

- 1) A) IDENTIFICADA A "MACRODEBATE" ENVOLVENDO QUESTÃO FEDERAL, SEJA DESPLACADA A "OBJETIVAÇÃO" DA DEMANDA, COM CONCENTRAÇÃO DO JULGAMENTO ÚNICO NO STF.
- 2) B) SEM SOLUÇÃO DO ITEM 1), COM RESOLUÇÃO NO CON-  
FLITO CONSTITUCIONAL PELO STF.

(4)

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES FEDERAIS SUBSTITUTOS APROVADOS NO XV CONCURSO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO DURANTE O CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 22 DE ABRIL DE 2015**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM ( ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS) e à ESMAF-TRF1 ( ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO) a título de sugestões para linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

1. *Pamela Maria Correia da Silva*      *X. Claudia S. Giovi Belache*
2. *Renane dos Santos Lavaros*      *Y. Domingos Daniel Martins*
3. *William Ken Aoki*
4. *Vinicius Mano Duarte Rodrigues*
5. *Eduardo Ribeiro de Oliveira*
6. PEDRO MARADEI NETO

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material?

1. *Inquerito Civil.*
2. *Câmara de Conciliação. (Municípios x estados etc.)*
3. *Divulgação do ato, de petição.*
4. *Audiências Públicas. (ex: demandas de saúde).*
5. *Orçamento Participativo.*

#### QUESTÃO PROBLEMA 2

Qual a sugestão do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

1. Supressão geral
2. Monitoramento de esse tipo de casos → descoberta a cause + desenvolvimento institucional.
3. Súmula vinculante STF para casos de recurso repetitivo

DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES FEDERAIS SUBSTITUTOS APROVADOS NO XV CONCURSO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO DURANTE O CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 22 DE ABRIL DE 2015

Informações preliminares: As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM ( ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEÇOAMENTO DE MAGISTRADOS) e à ESMAF-TRF1 ( ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO) a título de sugestões para linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- |               |                   |
|---------------|-------------------|
| 1- MILENA     | 6- CRISTIANO      |
| 2- ALESSANDRA | 7- JAIME          |
| 3- MONIQUE    | 8- GABRIEL        |
| 4- FRANCISCO  | 9- JOÃO PAULO     |
| 5- FLÁVIO     | 10- ANTONIO LUCIO |

QUESTÃO PROBLEMA 1

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material ?

- 1) A esfera administrativa conceder o objeto da proibição pública quando houver decisão judicial no âmbito de demandas repetitivas. (semelhante ao art. 19 da lei 10.522/2002)
- 2) Alteração na LACP ampliando os efeitos da decisão, tanto no aspecto territorial quanto nos efeitos ~~subjetivos~~ da coisa julgada.
- 3) Criação do MP mediante recursos ou TAC para que ~~o MP~~ o administrador público submeta-se, no que couber, às decisões judiciais em demandas repetitivas.  
Ação fiscalizatória do MP sobre órgãos de administração pública para o controle da execução de políticas públicas.

### QUESTÃO PROBLEMA 2

Qual a sugestão do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

- 1) Possibilidade de repetição de incidentes no Superior mediante reatuação administrativa, após trânsito em julgado mandado de segurança. Não há descumprimento ao regime de precatórios, pois tem o mesmo natureza jurídica de instituto de IRPF.
- 2)
- 3)

II) Dinâmica realizada pelos juízes estaduais do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, durante o Módulo Nacional de Formação Inicial da Enfam, em 7 de maio de 2015, com um total de 15 (quinze) participantes, distribuídos em 5 (cinco) grupos de trabalho.

3

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUIZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 07 DE MAIO DE 2015 NA ENFAM**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a Escola Superior da Magistratura do Estado do Amazonas a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucionais e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- 1- Alan Fernandes Pinotti (alan.pinotti@tjam.jus.br)
- 2- Túlio de Oliveira Diniz (tulio.diniz@tjam.jus.br)
- 3- Diego Daniel Dal Zotto
- 4- Rafael Rodrigo da Silva RAPOSO
- 5- Fábio César O. de Souza (fcesarth@yahoo.com.br / fabio.souza@tjam.jus.br)

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material:

- 1) Redução de antigas péssimas (se-possíveis) com o Poder Público envolvido com a finalidade de conciliação para a implementação do termo (direitos fundamentais);
- 2) Criação de uma única portaria reunindo o mérito de várias demandas em uma única causa de pedir. Ex: causas de saúde e pensões;
- 3) Aproximação do magistrado perante a sociedade, por meio de impugnação de decisões públicas.  
Ex: impugnação pelo juiz de decisões em demandas de empresa por meio de pedido local.  
Ex: realização de palestras, aulas, reuniões do juiz com o Conselho Tutelar, nos escolas, de modo a evitar (prevenção) de atos infracionais.

**QUESTÃO PROBLEMA 2**

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

- 1) Seguir as tesis definidas em recursos com repercussão geral e em sede de recursos repetitivos, em respeito à segurança jurídica e à igualdade
- 2) Fixação de prazo para STJ/STF resolver as tesis em demandas repetitivas, sob pena de extinção por abandono. Ex: PBO tier.
- 3) Fixação tesis, fixa da execução com o "grande credenciado" com o grande devedor.

2

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUIZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 07 DE MAIO DE 2015 NA ENFAM**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM ( Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a Escola Superior da Magistratura do Estado do Amazonas a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucionais e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

1. ÉCOR DO CARVALHO LEAL CAMPANOLI (igor.campagnolli@tjam.jus.br)
2. BRUNO ROSSI ORSI Bruno.orsi@tjam.jus.br
3. DIEGO BRUNO LEONARDO BARBOSA (diego.barbosa@tjam.jus.br)
4. ZAN ANDRÉZZO DUTRA andrezedutra@gmail.com
5. SCARLEI BRAGA BRANDES VIANA scarlei.viana@tjam.jus.br

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material:

- 1) AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS COM AMPLA DIVERSIÃO
- 2) REUNIÃO DAS TRÊS PODERES, INCLUINDO MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFENSORIA PÚBLICA E CHEFES DAS PODERES PARA DISCUSSÃO POLÍTICA PÚBLICA
- 3) VARIAS FORMAS, MP, DEFENSORIA COM ATENÇÃO ESPECIALIZADA NAS DEMANDAS REPETITIVAS PARA DOSSIÊ DO ESTATUÁRIO (DECOMSOL/ENFAM)
- 2) DESCENTRALIZAR OS PLACOS DOS CIDADÃOS, ATAVÉS DA DILIGÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO EM RUAS, BARRIOS, LOCALIDADES, ETC., LEVANDO AS DEMANDAS DA COMUNIDADE PARA A

REUNIÃO DOS TRÊS PÓRRES.

8

3) Possibilidade de delegação e mandato do seu representante por não cumprirem as promessas estipuladas em seu contrato.

**QUESTÃO PROBLEMA 2**

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

1

1) Vares, Juizes MP, Delegacia com atuação especializada nas demandas repetitivas para delegar o julgamento.

2

2) Decisão vinculante a Administração de Indisponíveis consolidada para não se gerar os contingenciamentos e não vincular o

3) Inicial o processo para evitar o contencioso (prejudicado) não há como contencioso

se não  
p de entrega  
e início  
em caso  
Vare



DINÂMICA REALIZADA PELOS JUIZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 07 DE MAIO DE 2015 NA ENFAM

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a Escola Superior da Magistratura do Estado do Amazonas a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucionais e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

1. Rafael Almeida da Costa Bate rafael.ao@tam.jus.br
2. Danielle Mantemto Ferrada Augusto - dan.danielle.augusto@tam.jus.br
3. Rosane do Vale Cavalcante sacoto
4. Mivalde Natos Naves Filha - rinaldo.filha@tam.jus.br
5. Zomeres Oliveira dos Santos

QUESTÃO PROBLEMA 1

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material:

1. Promover a assistência judiciária entre o Poder Judiciário e o favelismo com a finalidade de proporcionar demanda judiciais, agilizando a burocracia judicial.
2. Estruturar a realização de audiências públicas para permitir o diálogo direto a população, bem assim para participação na elaboração das políticas públicas.
3. Ampliar as possibilidades de acesso de dependentes de complexa (CRIC) e na proteção pelo INSS, leis Prolif. etc.



III) Dinâmica realizada pelos candidatos a juizes estaduais no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, durante o Módulo Nacional de Formação Inicial, realizado em São Luís (MA), em 10 de junho de 2015, com um total de 96 (noventa e seis) participantes, distribuídos em 9 (nove) grupos de trabalho.

GRUPO 1

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- 1- Ricardo Augusto Figueiredo Moyses
  - 2- Rafael Felipe de Souza Leite
  - 3- Bruno Barbosa Pinheiro
  - 4- Myrcelle Tavares Leite Gonçalves
  - 5- João Paulo de Sousa Oliveira
  - 6- João Vinícius Aguiar dos Santos
  - 7- José Jacinto Rocha
  - 8- Renata Rodrigues
  - 9- Glauce Ribeiro de Silva
  - 10- Rafael de Jesus S. P. Amorim
- 11- Marthe Dayanne A. de Melo's

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

- 1) ① Criação de um fundo gerido pelo judiciário para fazer frente às decisões relativas a saúde pública.
- 2) ② Criação de câmaras especializadas nos tribunais que tenham responsabilidades pelo julgamento de demandas relativas à execução de políticas públicas como saúde, educação e regulação.
- 3) ③ Possibilidade de reunião de demandas repetitivas

em que o juiz possa decidir inominicamente todas as ações já desde o 1º grau, evitando restrições conflitantes, aproximando a sistemática de julgamento em bloco, nos moldes já observados nos tribunais superiores.

## QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

- ⑥ 1) Realização de ACP's, visando a identificação das demandas, das partes envolvidas, do objeto da discussão e a resolução do caso. O mecanismo objetiva fomentar a ampliação do debate e a obtenção de dados essenciais à estratégia de enfrentamento das demandas coletivas.
- ⑥ 2) Identificação e cadastramento de demandas coletivas de forma concentrada pelas tribunais, transmissão de orientações por todos os juízes àqueles vinculados, de forma a estimular reuniões periódicas de discussões e aprovação de enunciados sobre questões repetitivas, a exemplo do FONAJE, FONAVID, bem como aprovação de súmulas pelo próprio tribunal.
- ④ 3) Coletivização de demandas repetitivas, suspendendo os processos individuais e notificando o MP e eventuais outras legitimadas a proporrem a ações coletivas para que a questão seja resolvida de modo uniforme.

enum

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

1. Kalina Alinea Cunha Furtado
2. Guilherme Valente Soares Amorim de Sousa
3. Francessa de Castro Oliveira
4. Mara Carneiro de Paula Pires
5. Bruno Rayro de Andrade Miranda
6. Carolina Mota Miranda Ferreira
7. Isaac Diego Vieira de Sousa e Silva
8. Felipe Bognoriam Soares da Rocha
9. Thiago Lindes Crescio
10. José Pereira Lima Filho

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

- 3) 1) Pioras de conselhos mistos (moradores da área e profissionais de saúde) para gerir os recursos e avaliar o funcionamento dos postos de saúde, a fim de melhorar a prestação de serviços básicos de saúde.
- 8) 2) Vinculação dos candidatos eleitos as promessas de campanha: transformação do descumprimento

em improbidade. Também seria válido o uso do "recall", uma confirmação (ou não) da permanência do político na metade do mandato.

- 2) (3) A mudança do TCE (TCU) da estrutura do Poder Legislativo, inserindo os tribunais de contas na estrutura do Poder Judiciário, com a finalidade de diminuir a influência política e aumentar a independência.

### QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

20 (1) Fortalecimento do papel preventivo e também repensar das agências reguladoras, implementando um sistema de "metas obrigatórias" a seus dirigentes. Ex: o dirigente da ANATEL precisa resolver no mínimo 70% das demandas para continuar no cargo.

1 (2) A proibição de ajuízo de demandas individuais ao STF, que passaria a julgar apenas demandas coletivas. Além disso, o aumento do número de ministros ajudaria a "desafogar" os atuais.

2 (3) Criação de instância administrativa obrigatória para determinadas reclamações. Exemplo: a ANATEL tem 60 dias para tentar resolver uma reclamação contra a SKY (≡ NISS). O usuário precisa primeiro buscar a agência reguladora. E a agência precisa TENTAR resolver o problema. Caso não haja a tentativa de resolver, a agência recebe algum tipo de punição (ex: multa).

GRUPO?

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem com serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- |                               |                       |
|-------------------------------|-----------------------|
| 1. Renata Zacarias E. e Silva | 11. Adriana Chaves    |
| 2. Mayana Nadal               | 12. Selcira Locatelli |
| 3. Urbanete Angiolini         |                       |
| 4. Luciane Albuquerque        |                       |
| 5. Andrey Barbosa             |                       |
| 6. Arianna Saraiva            |                       |
| 7. Douglas Lima               |                       |
| 8. Nuza Lima                  |                       |
| 9. Nelson Araújo              |                       |
| 10. Patrícia Santos           |                       |

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

6) 1) Criação de um órgão de controle do Poder Executivo semelhante ao CNJ; seria um órgão colegiado cujos membros poderiam ser escolhidos pelo Poder Judiciário, Legislativo e Executivo federal, estadual e municipal e ainda representantes da sociedade civil organizada;

2) Curso de qualificação obrigatório como requisito de elegibilidade para gestores públicos;

3) Pesquisas de satisfação (quanto aos serviços públicos) poderiam ser estipuladas em lei índices padronizados de satisfação. A cada etapa de execução de políticas públicas os agentes seria mensurados alcançam um índice pré-estabelecido. Não alcançada o índice mínimo de satisfação haveria punição para o gestor faltoso por ato de improbidade administrativa por descumprimento do Princípio da Eficiência.

#### QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

1) Proibição de Recursos em 2º grau (TJE e TRF) quando a matéria estiver pacificada na nos tribunais superiores;

2) Projeção "prima facie" nos mesmos termos do art. 285-A do CPC;

3) Vinculação administrativa, nos moldes da jurisprudência, quando já houver entendimento pacificado judicialmente.

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- 1- Anderson José Borges da Mota
- 2- Aurimar de Andrade Arrais Sobrinho
- 3- Cinthia de Sousa Facundo
- 4- Eilson Santos da Silva
- 5- Flávio Fernandes Gurgel Pinheiro
- 6- Haniel Sôstenis Rodrigues da Silva
- 7- Márcia Daleth Gonçalves Garcez
- 8- Michelle Amorim Sancho Souza
- 9- Samir Araújo Mahana Pinheiro
- 10- Talita de Castro Barreto

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

12

1) Elaboração de um questionário, a ser anexado em cada processo que versar acerca do direito fundamental à saúde em que o Poder Público seja demandado. Esse questionário trará perguntas relativas, sobretudo, à doença (CID) do demandante, qual medicamento, resumo ao serviço público requerido, qual o princípio ativo do medicamento, duração/quantidade

do tratamento, dentre outras informações a fim de que sejam identificadas as principais demandas relativas à saúde e seja formado um mapa da saúde, o qual será posteriormente entregue às secretarias de saúde.

2) Instituição de uma comissão técnica formada por médicos, psicólogos e assistentes sociais para que possam dar suporte ao magistrado a respeito da viabilidade administrativa do pleito.

3) Vinculação do governo, sob pena de improbidade administrativa, das promessas de campanha eleitoral.

## QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

1) Conhecimento das demandas repetitivas junto aos tribunais superiores a fim de que os atores do D. I. tenha possam identificar tais assuntos e verificar, de pronto, o impacto dessas futuras decisões na realidade social em que estão inseridas.

2) Por meio da virtualização do processo, as demandas repetitivas, já previamente conhecidas e cadastradas, serão identificadas no momento da propositura da ação. Tal programação, todavia, sem retirar o caráter decisório do juiz - implementar uma cultura de gestão junto à unidade jurisdicional já que a secretaria estará apta a enumerar os pedidos pendentes de julgamento ou com decisão já pacificada no âmbito dos tribunais.

3) Possibilidade de abstrativizar os efeitos das decisões do STJ para o Poder Judiciário e demais funções estatais.

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem com serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- |                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| 1- Carlos Jean Barreira Baldanha    | 11. Danilo Batista Horulano Da          |
| 2- Bryanne Pompeu de Sousa Tonasil. | 12. Alexandre Sabino Meira              |
| 3- Itab LOPES GONDIM.               | 13. Luiz Emilio Davino Britencover Lima |
| 4- THIAGO DE MELO ALVES             | 14. TOMMY CARVALHO ARAUJO LOP           |
| 5- THIAGO HENRIQUE OLIVEIRA DE AÍLA |   |
| 6- FRANCISCO BEZERRA SIMÕES         |   |
| 7- RICARDO NICOLINO DE CASTRO       |   |
| 8- Niviana Pereira Guimarães        |   |
| 9- Benviano Lopes Sales             |   |
| 10- ALISTELMAN MENDES DIAS FILHO    |   |

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

- ③ I) Dentro do orçamento participativo da administração pública, definir interação prioritária, com a participação da sociedade, em que não se precise acionar o poder judiciário, inclusive com a responsabilidade pessoal do gestor público por sua inércia;
- ⑧ II) Institucionalizar o Recall, com o objetivo

de que os Poderes Executivo e Legislativo cumpram e que prometeram em suas plataformas eleitorais de campanha, nos moldes da que acontece no direito norte americano;

III) acabar com o engajamento político dos cargos dos gestores públicos, com a eliminação da nomeação política dos membros dos cortes de contas, tribunais superiores e TRE.

12

#### QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

- I) Instituição de normas vinculantes do STJ quanto as matérias infraconstitucionais;
- II) Reforma do sistema recursal no CPC, no sentido de diminuir a quantidade de recursos;
- III) Celerização dos efeitos da coisa julgada em demandas repetitivas.

13

14

6

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem com serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- 1- GABRIEL MENDES DE ARAÚJO
- 2- JOSE RIBAMAR DIAS JÚNIOR
- 3- BRUNO CHAVES DE OLIVEIRA
- 4- CRISTIANO SOUSA DE CARVALHO
- 5- MOISÉS FERREIRA DINIZ
- 6- CICERO BANBOSA MONTEIRO JUNIOR
- 7- HADERSON REZENDE RIBEIRO
- 8- MOISÉS SOUZA DA SILVA COSTA
- 9- FELIPE SOARES DAMOS
- 10- WYRLLENSON PLÁCIDO BARBOSA SOARES

Dr. FRANCISCO GILBERTO GUAN  
DAGA

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

13

1) ORÇAMENTO PARTICIPATIVO IMPOSITIVO (A NÍVEL MUNICIPAL)

20

2) criação de equipes interdisciplinares para subsidiar o magistrado e o demais poder público na tomada de decisões envolvendo questões de ligadas ao direito à saúde (fornecimento de medicamentos e novos tratamentos)

- 3) FORTALECIMENTO DO PAPEL EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÍ.  
1) BILCO NA RELEBRACÃO DE TERMOS DE ADVERTIMENTO DE CONDOTA

### QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis ( no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

- 2) 1) FORTALECIMENTO E IMPERDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS  
PROIBIÇÃO DE INDICAÇÃO AOS CARGOS DE DIREÇÃO POR CRITÉRIOS  
POLÍTICOS. ESCOLHA EMINENTEMENTE TÉCNICA E MERITÓRIA.
- 4) 2) ATRIBUIR COMPETÊNCIA GERAL E EFEITO "ERGA OMNES"  
AOS RECURSOS ESPECIAIS (REC. EXTRAORDINÁRIO E REC. ESPE-  
CIAIS).
- 15) 3) MULTA PROGRESSIVA EM CASO DE REINCIDÊNCIA EM DEMANDA  
REPETITIVA.

DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- 1- João Batista Coelho Neto
- 2- Karol Barbara Nunes
- 3- Fábio Gordinho de Oliveira
- 4- Cristiano Regis Cesar da Silva
- 5- Cátia Rjane Fedeles Martins
- 6-
- 7- Adriano Lima Pinheiro
- 8- Cassio Davi Medeiros Viana
- 9- Danilo Mendes de Santana
- 10- Claudiane Moraes de Oliveira

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

1. A garantia de encargo impositivo nas áreas sociais ao mínimo existencial, notadamente quanto aos recursos destinados às áreas da saúde, educação e assistência social
2. Estabelecimento de metas anuais de execução das políticas públicas por um conselho multigrupo

ativativo (poderes públicos - Executivo e Legislativo) que possibilitem a participação direta popular, cujo desenvolvimento dependerá em hipótese de unicelularidade, bem como unicelularidade administrativa.

- 3 - Implementação de incentivos às denúncias populares contra fraudes em programas sociais, mediante descontos no IR e IPTU e IPVA.

## QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

- 12 - 1. Julgamento por amostragem pelo juiz de 1º grau.
- 1 - 2. Identificação pelo juiz de 1º grau hipótese de demandas repetitivas ~~atreladas~~ que versam sobre interpretação de lei federal e interpretação da Constituição, instância autorizada a aplicação direta da questão aos Tribunais de Suplenção (STJ e STF) que decidiram com especificação vinculante, em relação aos processos sobrestados e não serão admitidos, permitindo o julgamento em bloco pelo juiz de 1º grau.
- 17 - 3. Implantação do conceito de coerção e da eficácia do ~~at~~ territorial das decisões tomadas em processo coletivo.

GRUPO 03

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- 1- Vanessa Machado Loração
- 2- Irma Cristina de Melo Freire
- 3- Uelson Bezerra Costa Uchoa
- 4- Bernardo Luiz Melo Freire
- 5- Cristina Leal Mireles
- 6- Raphael Leite Guedes
- 7- Alexandre Magno Nascimento de Andrade
- 8- Isis Monteiro Costa
- 9- Isaac de Medeiros Santos
- 10- Hugo Alvarelli

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

- ④ 1) Participação do Judiciário, juntamente com os demais Poderes, Ministério Público, Defensoria Pública, OAB e representantes da comunidade, bem como representantes do tema em que se atua (especialista técnico) no sentido de discutir, aprovar e executar (controlar) as políticas públicas, tendo em "Conselho" o poder de vetar qualquer aprovação / execução sugerida pelos Poderes constituídos. Observação: divergência do grupo quanto à participação do Poder Judiciário antes da judicialização do conflito, sob pena de fomento da imparcialidade e da independência

3) Responsabilização pessoal dos gestores com a consequente extinção de um  
de sumariedade e da prerrogativa de função, mantendo a aplicação da  
lei de improbidade Administrativa, para evitar possível eficácia dos políticos  
públicos.

4) Adoção da Teoria do Jurem Damagni para que esse valor arrecadado  
pelo Poder Judiciário seja aplicado em um fundo gerido pelo Ministério  
Público, Defensoria Pública, membros da OAB e Poder Judiciário. O destino final  
deste recurso seria a aplicação em demandas que envolvam polí-  
ticas públicas.

## QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

1) Abolição do princípio da congruência, relativamente ao  
aspecto subjetivo, ampliando a decisão de dois magistrados  
para todos aqueles que estiverem na mesma situação, in-  
terdição de tratamento jurídico diferenciado "as mesmas situa-  
ções fáticas, preservando a segurança do Ordenamento e  
evitando situações conflitantes que prejudicam a confiança  
no Poder Judiciário.

2) Participação de todos os órgãos do Poder Judiciário na  
edição de Súmulas Vinculantes, inclusive dos juízes de  
primeiro grau, evitando a poluição do instituto, quan-  
do, no mais das vezes, se favorecer o Estado, não um  
fundo sua função primordial prevista na lei que é  
a de evitar as demandas repetitivas.

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADA EM 10 DE JUNHO DE 2015 EM SÃO LUÍS/MA**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentadas em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e a ESMAM (Escola Superior da Magistratura do Maranhão) a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisa institucional a/bu realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os componentes do grupo:

- 1- AZARIAS CAVALCANTE DE ALENCAR
- 2- ANTONIO MARTINS DE ARAUJO
- 3- Gabriel Almeida de Celdas
- 4- DIEGO DUNOTE DE LENCOS
- 5- Carlos Alberto Melo Brito
- 6- FRANCISCO LUISANTO DE MOURA
- 7- PABLO CARVALHO E MOURA
- 8- Mylenni Sandra Cavalcante Calhais de Melo
- 9- Paulo do Nascimento Junior
- 10-

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material.

- (1) Alterar a legislação processual, permitindo o julgamento procedente de ações envolvendo a efetivação dos direitos sociais, nos moldes do art. 285-A do CPC, desde que tenha havido prévia decisão administrativa sobre o feito ou o transcurso de prazo razoável para tanto.
- (2) Modificar a legislação processual, permitindo que algum

com base em sentenças judiciais sobre direito à saúde contra Zito Público, em demanda suprida a causa de casos semelhantes por outra pessoa. liquide este título sem necessidade de um novo processo de conhecimento.

2

3) Alterar a legislação, possibilitando a extensão do efeito de decisões afetas a concursos públicos e licitações a terceiros interessados

#### QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para o enfrentamento das demandas repetitivas atreladas a interpretação de lei federal e interpretação da Constituição?

1

1) Criar procedimentos de rito especial, a semelhança dos aplicados às ações monitorias, para julgar ~~procedimentos~~ repetitivos.

2

2) Obrigar o cumprimento fundamentado de direito (ex. saúde), em casos já decididos, com a criação de órgãos administrativos de verificação e cumprimento da decisão, <sup>sem</sup> necessidade de processo judicial.

3

3) Extinção de procedimentos ~~em~~ ~~processos~~ ~~obsoletos~~  
4 ex. recursos massivos e diminuição dos prazos  
6 visando o cumprimento do princípio de duração razoável do processo

IV) Dinâmica realizada pelos juizes estaduais do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, durante o Módulo Nacional da Formação Inicial realizado na Enfam, em 23 de junho de 2015, com 12 (doze) participantes, distribuídos em 3 (três) grupos de trabalho.

**DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 23 DE JUNHO DE 2015 NA ENFAM**

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentada em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisas institucionais e/ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os integrantes do grupo:

1. ELAINE CRISTINE DE CARVALHO MIRANDA - ELAINE.MIRANDA@TJES.JUS.BR
2. LÍVIA REGINA CAVERGhini BISSOLI LAGE - LIVIABISSOLI@GMAIL.COM
3. SILVIA FONSECA SILVA - SILVIA.SILVA@TJES.JUS.BR
4. VALÉRIA TAVARES MATOS - VALTVR@GMAIL.COM

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material:

- ~~1. Realizar reuniões com o grupo~~
- 1) Identificar as demandas repetitivas relacionadas as políticas públicas na área.
  - 2) Realizar, sempre que necessário, reuniões inter-institucionais na estrutura de solucionar problemas para evitar novamente o aumento das demandas.
  - 3) Formar comitês estaduais compostos por juizes e uma comissão nacional para identificar as demandas e propor soluções.

**QUESTÃO PROBLEMA 2**

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas à interpretação de lei federal e interpretação da Constituição:

14

1) Politização das demandas individuais.

15

2) Criar instrumentos efetivos de controle processual.

15

3) Tornar o curso de julgamentos mais dispersivo aos juízes litigantes.

DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 23 DE JUNHO DE 2015 NA ENFAM

Informações preliminares: As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentada em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM ( Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisas institucionais e/ ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os integrantes do grupo:

1. ANDRÉ BOTOS DABALTO - andradabalto@yahoo.com.br
2. AKEL DE ANARADE LIMA - akellima@ig.com.br
3. DOUGLAS DEMONER FIGUEIREDO - douglasdemoner@hotmail.com
4. BRUNO FRISTOLS ALMEIDA - brunofristols@hotmail.com

QUESTÃO PROBLEMA 1

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material:

- 1) 1º) Vigência da contratação de serviços artísticos em detrimento de investimentos mínimos, nas áreas da saúde, educação etc;
- 2) 2º) Responsabilização pessoal do gestor no caso de omissão de implementação de políticas públicas no âmbito da saúde e educação;
- 3) 3º) Conunção de direitos fundamentais sociais, implementação direta do acesso prioritário de grupos legais de baixa na execução penal quanto receber por parte do Estado, tratadas a dignidade humana;

### QUESTÃO PROBLEMA 2

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas à interpretação de lei federal e interpretação da Constituição:

2<sup>o</sup>) No unidade de emprego de mega fiva por parte do órgão administrativo gestor do fornecimento de medicamentos plásticos;

1<sup>o</sup>) No âmbito da telefonia e da atividade financeira, coibir que novos produtos sejam postos em circulação sem que haja uma prestação adequada em relação aos riscos já contratados pelos consumidores e que estão gerando inúmeras ações junto ao Poder Judiciário.

1<sup>o</sup>) Julgamentos temáticos e em blocos, garantindo prestação jurisdicional efetiva e igualitária;

DINÂMICA REALIZADA PELOS JUÍZES ESTADUAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO DURANTE MÓDULO NACIONAL DA FORMAÇÃO INICIAL REALIZADO EM 23 DE JUNHO DE 2015 NA ENFAM

**Informações preliminares:** As respostas a estas questões serão tabuladas e apresentada em tese de Doutorado bem como serão levadas à ENFAM ( Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) e Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo a título de sugestões para subsidiar linhas de pesquisas institucionais e/ ou realização de debates e seminários a respeito.

Nome por extenso de todos os integrantes do grupo:

1. DANIEL BARNIQUI DO OLIVEIRA
2. Felipe Rocha Silveira - felipe.silveira@tjes.jus.br
3. GRACIELA DE REZENDA MOURA  
(GRACIH@IG.COM.BR) GRACIELA@TJES.JUS.BR
4. ROBERTA HOLANDA DE ALMEIDA

**QUESTÃO PROBLEMA 1**

Enumere três sugestões de procedimentos de controle da execução de políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais sociais que possam melhor assegurar, no entendimento do grupo, a construção da igualdade material:

- 1) Flexibilização/releitura do princípio da irafastabilidade da jurisdição
- 2) Estudo de viabilidade da criação de um Tribunal Administrativo
- 1) Mudança para "unicidade" das jurisdições, a fim de que o Poder Judiciário deixe de ser coadjuvante e se torne protagonista no cumprimento dos direitos constitucionais condicionadamente, determinando que o executivo implemente as políticas públicas.

**QUESTÃO PROBLEMA 2**

Quais as sugestões do grupo a respeito de possíveis (no máximo 3) soluções para enfrentamento das demandas repetitivas atreladas à interpretação de lei federal e interpretação da Constituição:

- 1) Que as emendas tenham a dar com caráter pedagógico, com ênfase de um estudo e, conseqüente, ~~estudo~~ <sup>orientação</sup> dos estudos das universidades;
- 2) Realização de <sup>unidades</sup> ~~estudos~~ <sup>investigação</sup> realizados por equipes preparadas, com a qualificação multíplice e pluriforme.
- 3) Análise cautelosa na fixação de honorários ~~assessoriais~~ <sup>assessoriais</sup> caso seja à luz do princípio da causalidade.



ISBN 978-858296017-2



9

788582

960172