



**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Aplicação de Processos Coletivos Estruturais para a Tutela do Acesso à Educação Infantil: uma forma mais adequada, participativa e eficiente de assegurar direitos fundamentais por meio de políticas públicas

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

Giordano Alan Barbosa Sereno

Matrícula: 15/0079486

Brasília/DF, outubro de 2020.

Para Ana do Amor Eterno

“Qualquer nação, qualquer sociedade, que não cuida de suas crianças não é nação alguma. Devemos inserir as crianças no centro da agenda mundial.” (Nélson Mandela)

.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pelo dom da vida, pela saúde e pela determinação em prosseguir o trabalho, por cada amanhecer, por cada noite que me permitiu chegar a esse momento.

Agradeço também, de maneira especial, à minha amada esposa Ana Paula pela confiança, amor, carinho e cumplicidade, por ter sido a companheira de todas as horas, pela compreensão durante tantas ausências e por acreditar sempre.

Agradeço ainda a meus queridos pais Ivaldo (*in memoriam*) e Tânia, por terem me ensinado, desde a mais tenra idade, que a educação é importante, e que vale a pena lutar por ela. E que quem se dedica e trabalha duro, sempre conquistará o que almeja.

Também não posso deixar de agradecer aos servidores e colaboradores do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), em particular aos meus colegas da Coordenação-Geral de Instrumentos e Medidas (CGIM), pelo apoio e confiança.

E não poderia deixar de lembrar de todos os professores e ex-professores da Faculdade de Direito da UnB, de maneira especial ao meu prestimoso orientador Dr. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, pela valorosa contribuição.

E por fim, mas nem por isso menos importante, agradeço aos meus colegas da Faculdade de Direito da UnB, em especial aos integrantes do grupo “Panelinhas da FD”, pela troca de conhecimentos, pelas palavras de incentivo e pelo ombro amigo. Se eu fosse citar nomes, correria o risco de esquecer alguém. Mas sintam-se todos homenageados por essas modestas palavras.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CIJ – Coordenadoria da Infância e da Juventude

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EUA – Estados Unidos da América

FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INEP – Instituto Nacional de Estudos Educacionais Anísio Teixeira

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

LIP – Litígio de Interesse Público

MP – Ministério Público

PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios

PNE – Plano Nacional da Educação

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

RESUMO:

A educação infantil é direito fundamental previsto no art. 208, IV da Constituição. Como o acesso a essa etapa da educação básica não foi universalizado no Brasil, além de ser amplamente desigual, há grande número de ações judiciais, individuais ou coletivas, solicitando vagas na educação infantil. Observou-se que as demandas individuais não são adequadas para buscar a concretização desse direito. E que as demandas coletivas, apesar de ser um instrumento processual mais adequado, são insuficientes. Dessa forma, esse estudo propõe um modelo diferenciado de processo chamado de processo coletivo estrutural que reúne características para tutelar mais adequadamente o acesso à educação infantil, produzindo ganhos em termos de eficiência e participação.

Palavras-chave:

Acesso à Educação Infantil; Direito Fundamental; Processo Coletivo Estrutural; Políticas Públicas; Judicialização.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. PROCESSO COLETIVO	11
2.1. MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO	14
2.2. ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i>	17
2.3. PROCESSO COLETIVO ESPECÍFICO PARA O CASO CONCRETO	19
2.4. LEGITIMAÇÃO <i>AD CAUSAM</i> NAS AÇÕES COLETIVAS	21
2.5. <i>AMICUS CURIAE</i> E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS	26
2.6. REGIME DA COISA JULGADA COLETIVA	28
2.7. AUTOCOMPOSIÇÃO	34
3. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	37
3.1. A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO COLETIVO	43
3.2. OBSTÁCULOS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	44
3.2.1. Separação dos Poderes	44
3.2.2. Discricionariedade administrativa	47
3.2.3. Princípios da Impessoalidade e da Isonomia	54
3.2.4. Reserva do possível	56
3.2.5. Mínimo existencial	61
3.2.6. Vedação ao retrocesso social	62
3.3. ATIVISMO JUDICIAL	63
4. PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL	66
4.1. PROCESSO COOPERATIVO	68
4.2. CARACTERÍSTICAS	71
4.2.1. Processo prospectivo e multipolarizado	71
4.2.2. Ativismo judicial moderado	72
4.2.3. Redefinição da noção de contraditório	74
4.2.4. Provimentos em cascata	75

4.2.5. Forma dialógica das decisões judiciais.....	76
4.2.6. Estímulo à autocomposição.....	78
4.2.7. Execução atípica e negociada.....	79
4.2.8. Monitoramento.....	80
4.2.9. Flexibilização dos princípios da demanda e da congruência.....	82
4.3. CRÍTICAS	84
4.3.1. Princípio da separação de poderes	85
4.3.2. Falta de representatividade das associações civis e protagonismo excessivo do Ministério Público	86
4.4. CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....	87
5. DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL.....	99
5.1. IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO INFANTIL	110
5.2. PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL.....	113
6. INADEQUAÇÃO E/OU INSUFICIÊNCIA DO MODELO TRADICIONAL DE PROCESSO PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	117
6.1. INADEQUAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS.....	117
6.2. INSUFICIÊNCIA DAS DEMANDAS COLETIVAS	125
7. ADEQUAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL PARA A TUTELA DO ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL	129
8. CONCLUSÃO	137
9. REFERÊNCIAS.....	140

1. INTRODUÇÃO

O direito à educação infantil está previsto na Constituição Federal, conforme estabelece o art. 208, IV¹ (BRASIL, 1988). Em 1996, com o advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a educação infantil passou a ser considerada a primeira etapa da educação básica, sendo oferecida em creches, para crianças de até três anos de idade, e em pré-escolas, para as crianças entre quatro a cinco anos de idade. Por se tratar de direito fundamental, com eficácia imediata, é possível provocar o Poder Judiciário para tutelá-lo e garantir seu cumprimento, já que se trata de um direito público subjetivo (SILVEIRA, 2008).

O acesso à educação infantil ainda não foi universalizado no Brasil. Direito não concretizado pelo Estado leva as famílias a demandarem ao Poder Judiciário. Por isso, há grande número de ações judiciais solicitando vagas na educação infantil (SILVEIRA, 2013). Isso pode se dar por tutela individual, quando um único interessado requer a vaga para si. Ou via ações coletivas, quando o direito é exigido em favor de vários titulares, por um rol de legitimados estabelecidos na legislação: Ministério Público, organizações da sociedade civil, sindicatos, partidos, dentre outros (TAPOROSKY; SILVEIRA, 2018).

Parte-se da premissa que demandas individuais não são adequadas para buscar a concretização do direito à educação infantil. Este trabalho delineará durante o seu desenvolvimento, as razões dessa inadequação. Por sua vez, as demandas coletivas, na prática, pouco diferem da lógica das demandas individuais. Por isso, apesar de ser um instrumento processual mais adequado, em geral, serão insuficientes para tutelar o acesso à educação infantil.

Dessa forma, o modelo tradicional de processo, seja por meio de demandas individuais ou coletivas, não é adequado para tutelar a concretização de direitos fundamentais, como é o caso do direito à educação infantil. Parte-se da hipótese que um modelo de processo diferenciado chamado processo coletivo estrutural é necessário. Esse modelo processual reúne características que o credencia para tutelar de forma mais adequada, demandas que discutem a concretização de direitos fundamentais, notadamente o direito à educação infantil.

¹ “Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (BRASIL, 1988)

Este trabalho tem como objetivo geral investigar na doutrina especializada e na jurisprudência dos principais tribunais se o processo coletivo estrutural, em um modelo cooperativo de processo, pode contribuir para a concretização do direito à educação infantil previsto na Constituição Federal, em sua dimensão de acesso, diante da omissão estatal.

O tema se mostra bastante relevante, uma vez que a educação infantil é uma das etapas mais importante da educação básica para o pleno desenvolvimento das crianças. É imprescindível que o direito processual se preocupe com a tutela desse direito, já que os instrumentos processuais atualmente disponíveis são manifestamente inadequados e/ou insuficientes (ARENHART, 2015).

Nesse cenário, o tema dos processos estruturais torna-se bastante relevante. É importante garantir meios processuais adequados para que a sociedade provoque o Poder Judiciário a intervir junto aos entes estatais, alterando políticas públicas ou implantando decisões administrativas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, notadamente, o direito à educação infantil (ARENHART, 2009).

Para atender seu objetivo, este trabalho estará organizado da seguinte forma: No capítulo dois, logo após essa breve introdução, será apresentado o conceito de processo coletivo, elencando suas características, distinções do processo individual e principais ferramentas. Em seguida, o capítulo três abordará o tema do controle judicial de políticas públicas, analisando se e em que situações é legítima a intervenção do Poder Judiciário, diante da omissão dos demais poderes.

Por sua vez, o capítulo quatro conceituará processo coletivo estrutural por meio da descrição de suas principais características e da comparação com o modelo tradicional de processo coletivo e individual. Já o capítulo cinco abordará o direito à educação infantil, enunciando seu conceito, fundamentação legal, importância e características importantes como a prioridade absoluta e a proteção integral.

O capítulo seis analisará a inadequação e/ou insuficiência do modelo tradicional de processo, seja por meio de demandas individuais ou coletivas, para tutelar o direito à educação infantil. Como contraponto, o capítulo sete justificará porque o processo coletivo estrutural é um modelo processual mais adequado para tutelar esse direito. Por fim, serão apresentadas as principais conclusões.

2. PROCESSO COLETIVO

Segundo Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019), é chamado coletivo o processo em que o objeto litigioso é formado por uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo² de pessoas. Ou seja, postula-se um direito coletivo *lato sensu* ou afirma-se a existência de deveres individuais homogêneos cujo titular é um grupo de pessoas. Os sujeitos de direito que compõem o grupo são chamados de membros do grupo e poderão ser indivíduos ou outro grupo. Convém lembrar que a titularidade da pretensão coletiva não é do membro do grupo, mas do próprio grupo.

Há duas espécies de processo coletivo no direito brasileiro: as ações coletivas e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto no art. 976³ do Código de Processo Civil (CPC). Neste trabalho, dar-se-á maior ênfase às ações coletivas que discutem direitos coletivos *lato sensu*, apenas descrevendo brevemente o IRDR e as ações coletivas envolvendo situações jurídicas passivas. Isso porque a tutela do acesso à educação infantil far-se-á, em regra, por esse instrumento, em que o grupo e o Estado ocuparão os polos ativo e passivo respectivamente.

Além do mais, o IRDR não substitui a ação coletiva porque seu efeito inibitório de práticas prejudiciais à coletividade é limitado. As ações coletivas, diferentemente do IRDR, não exigem que os interessados ingressem com ações individuais próprias, conforme previsão do art. 985⁴ do CPC (BRASIL, 2015), tendo, portanto, menor efeito enquanto ferramenta de acesso à Justiça e de economia processual (REFOSCO, 2018).

Na ação coletiva, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo. Para Rocha (2018), ação coletiva é aquela que objetiva a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, podendo ser proposta por qualquer legitimado autorizado pela legislação. Já o julgamento de casos repetitivos visa definir uma tese jurídica para

² Os termos comunidade, categoria, classe, comunidade e coletividade podem ser utilizados como sinônimos.

³ “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 unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (BRASIL, 2015).

⁴ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - 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 do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986 (BRASIL, 2015).

uma questão de direito processual ou material, individual ou coletivo, que se repete em grande de número de processos em tramitação. Neste caso, os membros do grupo serão aqueles que estiverem em juízo discutindo a tese jurídica. Ou seja, as partes de ações coletivas e individuais tramitando quando do julgamento dos casos repetitivos, que serão afetados pela tese jurídica fixada.

A legislação processual prioriza a tutela por ação coletiva. Conforme estabelece o art. 139, X do CPC⁵ (BRASIL, 2015), é dever do juiz, diante de casos repetitivos, comunicar o fato, para que os legitimados verifiquem a viabilidade do ajuizamento de uma ação coletiva. Sendo assim, havendo coincidência entre os objetos de uma ação coletiva e um incidente de julgamento de casos repetitivos, deve-se priorizar o julgamento da ação coletiva, considerada a técnica mais adequada por levar à formação da coisa julgada coletiva.

Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019) defendem que a pendência de ação coletiva deveria levar à suspensão dos processos individuais. Tal tese já era admitida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) desde 2009:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- **Ajuizada ação coletiva** atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, **suspendem-se as ações individuais**, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido. (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009) (**grifo nosso**).

Convém esclarecer que ação civil pública e ação coletiva não se confundem. A primeira é tão somente uma espécie da segunda. Todavia, há outras ações coletivas: ação popular, mandado de segurança coletivo, ação de improbidade administrativa, dentre outros. Considerar que ação civil pública e ação coletiva são sinônimos significa desconsiderar as demais espécies de demandas coletivas, ainda

⁵ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a proposição da ação coletiva respectiva” (BRASIL, 2015).

que a ação civil pública seja o principal instrumento de defesa dos direitos coletivos do ordenamento pátrio (ROCHA, 2018).

O processo coletivo brasileiro possui características próprias que são: legitimação para agir, regime jurídico da coisa julgada coletiva e presença obrigatória do litígio de interesse público. Devido à presença obrigatória do litígio de interesse público, o julgamento de mérito deve ser priorizado e a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica é obrigatória nos processos em que não for parte. Isso porque são ações impregnadas de interesse social, conforme previsão do art. 178, I^o do CPC (BRASIL, 2015).

O termo Litígio de Interesse Público (LIP) foi criado por Chayes (1976). Trata-se de um novo modelo de adjudicação aplicável à solução de demandas judiciais que envolvam, além de interesses individuais, a preservação da harmonia social e a realização dos objetivos constitucionais. Segundo Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019), o interesse público é perceptível nas ações coletivas pela natureza e relevância dos bens jurídicos envolvidos, bem como pelo elevado número de pessoas atingidas.

Enquanto os processos tradicionais visam pacificar conflitos entre partes privadas sobre direitos privados, o LIP está normalmente associado à concretização de direitos constitucionais negligenciados pelo Estado, bem como à efetivação políticas públicas envolvendo grandes organizações burocráticas. Políticas públicas representam quaisquer ações estatais, por meio dos seus órgãos e poderes, com o propósito de realizar os objetivos para os quais foi concebido (LIBERAL, 2018).

Em virtude da complexidade da matéria envolvida, litígios que discutem a implementação de políticas públicas representam um exemplo de LIP. O Poder Judiciário é chamado a tutelar os direitos coletivos, interferindo diretamente em atos dos Poderes Executivo e Legislativo. As demais características do processo coletivo brasileiro serão pormenorizadas em subseções específicas

⁶ “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social” (BRASIL, 2015).

2.1. MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

Segundo Leonardo (2016), após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se a era da descodificação. Durante esse período, as constituições assumiram papel central do ordenamento jurídico, tornando-se fundamento de validade das demais normas, e os códigos tiveram sua importância diminuída, uma vez que parte das matérias antes neles regulada, migrou para leis especiais.

Com a intensificação da atuação dos movimentos sociais e o surgimento de novas relações jurídicas, o Estado passou a editar cada vez mais leis especiais, com o objetivo de reequilibrar o quadro social e econômico e de garantir os direitos de segunda e terceira geração, não amparados por codificações individualistas (ARGENTA; ROSADO, 2016). Essas novas leis especiais que aumentaram em número e importância no cenário pós-guerra passaram a ser agrupadas em microssistemas (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Com o surgimento dos microssistemas, os códigos não desapareceram, mas passaram a desempenhar uma nova função: contribuir para a harmonização dos microssistemas com a Constituição, bem como auxiliar na preservação dos valores jurídicos comuns a todos os microssistemas. O CPC-2015 não se caracteriza como um código individualista e ultrapassado, permanecendo relevante para garantir a unidade do direito processual.

Argenta e Rosado (2016) defendem a existência de um microssistema processual coletivo, em paralelo à codificação processual, composto por um conjunto de leis especiais que tratam, com regras e princípios próprios, da tutela processual coletiva. Trata-se de um microssistema de caráter geral aplicável às ações coletivas em defesa de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*. Para Rocha (2018), o microssistema processual coletivo é o conjunto normativo que trata da tutela dos direitos difusos e coletivos.

Segundo Didier Jr. e Zaneti Jr (2019), o microssistema processual coletivo é formado pelo(a): Código de Defesa do Consumidor – CDC (BRASIL, 1990), Lei da Ação Civil Pública – LACP (BRASIL, 1985), Lei de Ação Popular (BRASIL, 1965), Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), Lei do Mandado de Segurança (BRASIL, 2009), além de outras leis especiais de menor importância.

O microssistema articulará em diálogo das fontes com a Constituição e o CPC. A Constituição é o fundamento de validade das demais normas, enquanto que

o CPC regulamenta subsidiária e supletivamente as leis especiais da tutela coletiva, assumidamente incompletas, garantindo-lhes maior flexibilidade e durabilidade.

O CDC desempenhará o papel de agente unificador e harmonizador do microsistema processual coletivo. Sua principal função será adequar a sistemática processual do CPC e da LACP, assegurando a tutela eficaz dos direitos coletivos. O código consumerista disciplinou os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, conferindo-lhes regramento diferenciado, em face das suas particularidades. Direitos coletivos *lato sensu* não serão tutelados de forma adequada mediante a observância apenas das regras previstas no CPC, voltadas, prioritariamente, à proteção de direitos individuais (LIBERAL, 2018).

A existência de um microsistema processual coletivo é ratificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em decisão relatada pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, o Tribunal da Cidadania reconheceu que o art. 21 da LACP e o art. 90 do CDC possibilitaram o surgimento do Microsistema Processual de tutela dos interesses ou direitos difusos coletivos *lato sensu*, conforme demonstra a ementa abaixo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSORTES. PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LIA. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ART. 191 DO CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. **Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso**, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

2. A Lei de Improbidade Administrativa estabelece prazo de 15 dias para a apresentação de defesa prévia, sem, contudo, prever a hipótese de existência de litisconsortes. Assim, tendo em vista a ausência de norma específica e existindo litisconsortes com patronos diferentes, deve ser aplicada a regra do art. 191 do CPC, contando-se o prazo para apresentação de defesa prévia em dobro, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1221254/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012) (**grifo nosso**)

Em seu art. 90⁷, o CDC (BRASIL, 1990) prevê que as normas da LACP (BRASIL, 1985) e do CPC aplicam-se subsidiariamente às ações previstas no título III do CDC, que trata da defesa do consumidor em juízo, naquilo que não lhe for contrário. Por sua vez, o art. 21⁸ da LACP prevê a aplicação do Título III do CDC, no que couber, para a defesa de direitos difusos coletivos e individuais homogêneos.

CDC e LACP formam o núcleo do microsistema processual coletivo, de modo que, o Título III e toda a parte processual do CDC são aplicáveis, no que forem compatíveis, não só à ação civil pública, mas também às demais ações coletivas (GIDI, 1995). A LACP promoveu mudanças importantes no sistema jurídico, criando um sistema de processos coletivos que foi posteriormente complementado pelo CDC (REFOSCO, 2018). Para Rocha (2018), somente após a publicação da LACP em 1985 tornou-se possível vislumbrar o surgimento de um microsistema processual coletivo. Todavia, segundo o autor, o microsistema somente se consolidou com a publicação do CDC em 1990.

É também no núcleo do microsistema processual coletivo que há a previsão de um procedimento padrão para as causas coletivas, que funcionará como o procedimento comum da tutela coletiva. Além dele, há também os procedimentos especiais: mandado de segurança coletivo (BRASIL, 2009), ação popular (BRASIL, 1965), ações previstas no CDC⁹ (BRASIL, 1990), mandado de injunção coletivo (BRASIL, 2016), ação de improbidade administrativa (BRASIL, 1992), dentre outros.

Deve-se, inicialmente, buscar a solução no diploma específico. Assim, por exemplo, em se tratando de ação popular, a solução estará, a priori, na Lei nº 4.717/1965 (BRASIL, 1965). Todavia, caso não exista solução no diploma legal específico ou sendo ela insatisfatória, buscar-se-á a solução no núcleo do microsistema processual coletivo. Em último caso, devem-se analisar os demais diplomas que tratam sobre processos coletivos em coordenação com as normas do CPC que não estiverem em desacordo com as normas do microsistema.

⁷ “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições” (BRASIL, 1990).

⁸ “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 1985).

⁹ Ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos previstas nos arts. 91 a 100 do CDC (BRASIL, 1990); e ações coletivas de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços previstas no art. 103 do CDC (BRASIL, 1990).

2.2. ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Conforme anteriormente proposto, no processo coletivo postula-se um direito coletivo *lato sensu* ou afirma-se a existência de deveres individuais homogêneos cujo titular é um grupo de pessoas. Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019) definem direitos coletivos *lato sensu* como um gênero do qual são espécies: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, a partir da subdivisão estabelecida pelo art. 81, parágrafo único¹⁰ do CDC (BRASIL, 1990).

Convém destacar que, apesar da legislação consumerista fazer referência a “interesses ou direitos” (BRASIL, 1990), os termos “direito” e “interesse” devem ser entendidos como sinônimos, apesar de ser preferível o primeiro (NUNES, 2015). Ainda mais porque o sistema jurídico brasileiro não faz distinção entre eles, já que ambos são resguardados pela tutela jurisdicional. Dessa forma, não há razão prática ou teórica para justificar a diferenciação dos termos (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

São chamados de difusos os direitos transindividuais (metaindividuais ou supraindividuais), de natureza indivisível e cujos titulares são grupos de pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Ou seja, entre os membros do grupo não há vínculo comum de natureza jurídica, pois, não há relação jurídica base (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Segundo Nunes (2015), direitos difusos possuem três características básicas:

- Sujeito ativo indeterminável – os detentores do direito subjetivo são indeterminados e indetermináveis;
- Inexistência de relação jurídica-base – são as circunstâncias de fatos (fatos objetivamente considerados) que estabelecem a ligação entre os sujeitos ativo e passivo.
- Objeto indivisível – o objeto ou bem jurídico protegido é indivisível, pois atinge e/ou pertence a todos os membros do grupo indistintamente.

¹⁰ Art. 81, parágrafo único – “A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (BRASIL, 1990)

Os direitos coletivos *stricto sensu* são direitos transindividuais (metaindividuais ou supraindividuais), de natureza indivisível, de que seja titular grupo de pessoas indeterminadas, mas determináveis, ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base anterior à lesão ao direito (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Como o objeto ou bem jurídico protegido também é indivisível, o que diferencia direito difuso e direito coletivo *stricto sensu* é a determinabilidade do titular do direito, decorrente da coesão como um grupo, categoria ou classe anterior à lesão (caráter de anterioridade).

Direitos individuais homogêneos representam uma ficção jurídica criada pelo direito positivo brasileiro para permitir a tutela coletiva de direitos individuais com dimensão coletiva, em razão da homogeneidade decorrente da massificação ou padronização das relações jurídicas. A tutela coletiva é possível porque as peculiaridades de cada caso concreto são juridicamente irrelevantes, uma vez que as lides individuais, no que tange às questões de direito, são muito semelhantes de modo que a decisão aplicada deve ser a mesma (GIDI, 1995).

Trata-se de direitos individuais coletivizados pelo ordenamento jurídico com a finalidade de obter uma tutela mais adequada e integral. O pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu os direitos individuais homogêneos como subespécie de direitos coletivos, conforme trecho da ementa abaixo:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGENEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. (...) 4. **Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.** (RE 163231, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737) (**grifo nosso**).

Conforme preconiza o CDC, em seu art. 81, parágrafo único, III (BRASIL, 1990), trata-se de direitos individuais decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos surgem em consequência da própria lesão (conduta comissiva ou omissiva da parte contrária), de modo que a relação jurídica é posterior ao fato lesivo.

O pedido nas ações coletivas referentes a direitos individuais homogêneos, como em qualquer ação coletiva, será uma tese jurídica geral que beneficie, sem distinção, aos titulares dos direitos individuais. Dessa forma, como nas outras

espécies apresentadas, o objeto será indivisível. A diferença está na possibilidade de individualização do pedido durante a liquidação e execução da sentença coletiva.

Os direitos individuais homogêneos também podem ser levados a juízo por meio de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente ou em litisconsórcio por afinidade^{11 12}. Nesses casos, surgiriam demandas repetitivas que poderiam dar ensejo ao incidente de julgamento de casos repetitivos (NUNES, 2015).

Tal cenário justifica a previsão do art. 139, X do CPC e reforça a importância da ação coletiva: evitar a proliferação de causas e a prolação de decisões divergentes. Também é importante destacar que nem sempre os direitos individuais serão suficientemente atrativos para sua realização individual, de modo que não haverá motivação econômica para a propositura de uma ação visando a recuperação de valores pequenos (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

2.3. PROCESSO COLETIVO ESPECÍFICO PARA O CASO CONCRETO

Embora não haja previsão expressa no direito processual coletivo brasileiro, o princípio do devido processo legal impõe que o procedimento seja adequado às peculiaridades do caso concreto (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Lima (2015) propôs a construção do devido processo legal coletivo a partir do tipo do conflito. Assim, para cada um deles será possível diferenciar ligeiramente o procedimento. O autor concebeu uma tipologia de litígios coletivos em função da conflituosidade e da complexidade. O litígio será mais conflituoso quando a posição dos membros do grupo for menos uniforme. E será mais complexo quanto maior for a variedade de soluções jurídicas disponíveis.

As diferenças entre os conflitos coletivos justificam adequações nos procedimentos quanto à competência, possibilidade de autocomposição, legitimação para a causa, intervenção de terceiros, dentre outros. Considerar o tipo do conflito coletivo como o fator de adequação do processo coletivo é uma das premissas mais

¹¹ “Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: (...) III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito” (BRASIL, 2015).

¹² Nunes (2015) lembra que não se pode confundir o litisconsórcio por afinidade com a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos. No primeiro há uma reunião de titulares individuais de direitos subjetivos. Enquanto que no segundo, o autor da será único, um dos legitimados previstos no art. 82 do CDC.

importantes para a garantia do devido processo legal coletivo. Os tipos de litígios coletivos propostos serão detalhados a seguir.

O litígio de difusão global é aquele em que a lesão ou ameaça de lesão atinge os membros do grupo de modo uniforme, não impactando diretamente os interesses individuais de cada um deles. Dessa forma, o grau de conflituosidade será muito baixo, uma vez que não há interesse pessoal no conflito, devido a sua uniformidade. A tendência também é que seja um litígio menos complexo, de modo que a probabilidade de autocomposição é muito alta.

Em geral, os legitimados extraordinários são órgãos públicos cuja atuação se relacione à proteção do bem jurídico lesado (Ministério Público, Defensoria Pública, PROCON, etc.), embora também se admita a condução do processo por associações com alta representatividade junto aos membros do grupo.

O litígio coletivo de difusão local é aquele em que a lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente um grupo de indivíduos (titular do direito coletivo) que compartilham identidade própria ou perspectiva social. Por ser um grupo mais delimitado, a chance de solução por autocomposição aumenta bastante. A conflituosidade é média, uma vez que o grupo tenderá a ser mais coeso, apesar de não se poder excluir a existência de divergências internas.

O legitimado mais adequado para conduzir o processo coletivo será um ente da sociedade civil tais como sindicatos e associações. Excepcionalmente, como no caso das comunidades indígenas, o próprio grupo poderá ser o autor da ação. Caso o grupo atingido apresente maior vulnerabilidade social, é possível que um órgão público seja legitimado.

O litígio coletivo de difusão irradiada é aquele em que a lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, que não formam um grupo coeso e não compartilham identidade própria ou perspectiva social. Essas pessoas serão atingidas de formas distintas pelo litígio e apresentarão visões divergentes ou até mesmo antagônicas sobre o resultado pretendido. Dentro do grupo pode até haver subgrupos com interesses diferentes.

Conflituosidade e complexidade serão altas. Há um conjunto considerável de soluções possíveis e o grupo titular do direito é composto por membros (inclusive outros grupos) que possuem interesses variados e muitas vezes contrapostos quanto ao resultado da causa.

Devido à pluralidade de interesses envolvidos, identificar o legitimado adequado será desafiador. O mais comum é que o caso seja conduzido por um ente público, como o Ministério Público. A autocomposição também será muito difícil.

Entretanto, é fundamental que o órgão julgador garanta a participação no processo como assistente litisconsorcial ou *amicus curiae*, de representantes das variadas perspectivas do conflito. Eventual acordo deverá ser produzido com ampla participação e contemplar os diversos interesses envolvidos. Segundo Lima (2015), a decisão judicial, em casos assim, muito provavelmente será estrutural.

2.4. LEGITIMAÇÃO *AD CAUSAM* NAS AÇÕES COLETIVAS

De maneira simplificada, legitimação *ad causam* diz respeito ao poder para conduzir o processo ou capacidade de ser parte. Classifica-se em ordinária ou extraordinária. Há legitimação ordinária quando o titular da situação jurídica tem a prerrogativa de conduzir o processo. Nesse caso, o titular do direito e o legitimado se coincidem. Age-se em nome próprio na defesa dos próprios interesses.

Por sua vez, há legitimação extraordinária quando o legitimado a conduzir o processo não é o titular da situação jurídica. Na legitimação extraordinária, age-se em nome próprio, como substituto processual, na defesa de interesse alheio. Legitimado e titular da situação jurídica são distintos. É a regra geral para o processo coletivo brasileiro. Na maioria dos casos, a legitimação para agir é atribuída a um legitimado extraordinário estabelecido por força da lei, e não ao grupo ou a um dos seus membros (DIDIER JR, ZANETI JR, 2019).

Há uma exceção no direito brasileiro que permite que a comunidade indígena seja parte em processo coletivo¹³. Trata-se de situação excepcional em que o grupo é o autor da ação. Há também casos em que o membro do grupo pode ser o condutor da lide, atuando em nome próprio para defesa dos interesses do grupo, ainda que também defenda interesses próprios. É o que ocorre no caso das ações populares ou a parte do processo-piloto no julgamento de casos repetitivos.

Conforme mencionado anteriormente, a legitimação extraordinária no processo coletivo brasileiro decorre da força da lei (ordenamento jurídico). Isso

¹³ Conforme estabelece o art. 232 da Constituição Federal: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo” (BRASIL, 1988).

significa que a norma jurídica indicará expressamente, por meio de critérios objetivos, o rol dos legitimados a pleitearem em juízo e em nome próprio por direitos alheios. É o que determina o art. 18¹⁴ do CPC (BRASIL, 2015).

Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019) elencam técnicas de legitimação mais comuns:

- Legitimação do particular – qualquer cidadão, como no caso da ação popular prevista na Lei nº 4.717/1965 (BRASIL, 1965);
- Legitimação de pessoas jurídicas de direito privado – sindicatos, associações, partidos políticos, como no caso do mandado de segurança coletivo previsto na Lei nº 12.016/2009 (BRASIL, 2009);
- Legitimação de órgãos do Poder Público – Ministério Público e Defensoria Pública, como no caso da ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/1985 (BRASIL, 1985).

Trata-se, portanto, de uma legitimação por substituição processual, plúrima e mista. É por substituição processual por ser extraordinária, uma vez que o titular da situação jurídica e o legitimado são distintos. É plúrima por serem vários os entes legitimados e mista, por serem os legitimados entes da sociedade civil (direito privado) e do Estado (direito público) (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019).

A legitimação extraordinária também apresenta algumas características: ela é autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. Diz-se que é autônoma porque o legitimado extraordinário poderá conduzir o processo independente de participação do titular do direito litigioso. Ela é dita exclusiva porque apenas o legitimado extraordinário estará apto a ser a parte principal do processo¹⁵ (ROCHA, 2018).

A legitimação extraordinária é concorrente porque mais de um sujeito de direito está autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica. Como são vários os legitimados para a tutela de direitos coletivos, qualquer um deles poderá propor a ação coletiva. Por fim, a legitimação é disjuntiva, porque, apesar de concorrente, cada entidade legitimada a exerce independentemente da vontade dos demais colegitimados (GIDI, 1995).

A definição do legitimado apto a conduzir o processo coletivo dar-se-á em três fases. Inicialmente, verifica-se a autorização legal, já que, conforme explicitado

¹⁴ “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (BRASIL, 2015).

¹⁵ Ressalvando-se a exceção das comunidades indígenas já mencionada anteriormente.

anteriormente, a legitimação extraordinária decorre da força da lei. Em seguida, o órgão julgador fará o controle no caso concreto da adequação da legitimidade para verificar se há representatividade adequada. Por fim, órgão julgador e membros do grupo farão o controle da condução do processo pelo legitimado. Para tornar devida a sua condução, o legitimado deve fomentar a participação do grupo.

A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da garantia do devido processo legal coletivo. Entre os vários critérios para a verificação da representatividade adequada, um bastante comum é a avaliação da pertinência temática, conforme terminologia utilizada pela jurisprudência do STF. Exige-se um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso, conforme ementa abaixo:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Falta de legitimidade ativa. - Na ADI 1.792, a mesma Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL não teve reconhecida sua legitimidade para propô-la por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais específicos dela, por se ter entendido que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais. - **Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação**, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99. É de aplicar-se, portanto, no caso, o precedente acima referido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (ADI 2482, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2002, DJ 25-04-2003 PP-00034 EMENT VOL-02107-01 PP-00168) **(grifo nosso)**.

Gidi (2003) propõe outros critérios para o controle judicial da representação adequada nos processos coletivos. O autor sugere avaliar, em relação ao possível legitimado e seu advogado: competência profissional, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo; conduta e participação no processo coletivo e em processos anteriores; capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo. Entretanto, percebe-se que são critérios bastante subjetivos e de difícil aplicação prática.

Lima (2015) analisou a representatividade adequada a partir da sua tipologia de litígios coletivos: litígios globais, litígios locais e litígios de difusão irradiada. Nos litígios globais, a análise da representatividade é menos problemática porque o grupo é definido a partir de um interesse comum e não há, em regra, subgrupos ou

interesses conflitantes. O legitimado adequado será identificado a partir da análise da pertinência temática entre sua atuação e o objeto do processo.

Já nos litígios locais, como esse tipo de conflito é caracterizado pela coesão e homogeneidade do grupo, o legitimado coletivo será identificado a partir de sua aderência aos interesses do grupo. O maior problema aparece nos litígios de difusão irradiada, uma vez que há elevada conflituosidade interna e formação de subgrupos com interesses diversos ou conflitantes. O devido processo legal coletivo impõe a participação dos diversos subgrupos. Lima (2015) sugere aplicar o conceito de zonas de interesses, de modo que grupos com interesses diversos estejam representados no processo.

Entretanto, convém destacar que a análise da representação adequada não deve inviabilizar a tutela coletiva. O objetivo dos processos coletivos é ver realizada uma justiça substancial mais efetiva e célere, atendendo a finalidade do interesse público sempre presente em ações dessa natureza.

Caso o órgão julgador identifique que, em determinado processo coletivo, não há representatividade adequada, a consequência não deve ser a extinção do processo sem julgamento do mérito. Tal solução contrariaria o princípio da primazia da decisão de mérito, além de ser ineficiente, dada a relevância das questões envolvidas. A legislação brasileira recomenda o aproveitamento do processo coletivo, com a sucessão da parte que se reputa inadequada (GIDI, 2003).

É o que acontece nos casos de desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular¹⁶ ou da ação civil pública¹⁷ em que se determina a sua sucessão processual, com a convocação do Ministério Público ou de outro legitimado por meio de edital (BRASIL, 1965; BRASIL, 1985). Essa tese é referendada pelo enunciado nº 666¹⁸ do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e também pela jurisprudência do STJ, conforme ementa reproduzida abaixo:

¹⁶ “Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivação à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação” (BRASIL, 1965)

¹⁷ Art. 5º, §3º – “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa” (BRASIL, 1985).

¹⁸ Enunciado nº 666 – O processo coletivo não deve ser extinto por falta de legitimidade quando um legitimado adequado assumir o polo ativo ou passivo da demanda.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES.

LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.

1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória (CPC, art. 530).

Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito.

2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, **para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora** acabou-se adentrando no terreno do mérito.

3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que "comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art.

5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental.

4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - "a defesa dos necessitados" (CF, art. 134) -, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro.

5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade.

7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado.

8. Diante do microssistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1192577/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 15/08/2014) (**grifo nosso**)

2.5. AMICUS CURIAE E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Devido à legitimação extraordinária, deve-se, sempre que possível, para conferir maior legitimidade e efetividade prática à decisão, promover a participação do grupo por meio de audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*, especialmente nos casos em que políticas públicas estão em discussão.

O CPC de 2015 generalizou a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*. O art. 138¹⁹ da codificação processual civil permite a intervenção dos “amigos da corte” em causas relevantes, com temas específicos ou com repercussão social, características bastante comuns em processos coletivos.

Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019) defendem que a intervenção por *amicus curiae* poderá ser utilizada para permitir a intervenção individual dos membros do grupo no processo coletivo. Assim, membros do grupo, pessoas e entidades com interesse na resolução da causa, associações e outros interessados poderão controlar a atuação do legitimado extraordinário que ajuizou a ação ou colaborar com sua atuação, fornecendo dados, informações e esclarecimentos sobre o objeto do processo.

Essa abordagem oferece algumas vantagens, tais como: viabiliza a efetiva participação do membro do grupo, perpassando discussões sobre sua legitimidade; permite amplo controle social da legitimação, além de ampliar o contraditório, compreendido como direito de participar das discussões e de influenciar nas decisões, possibilitando uma solução qualificada.

A audiência pública é uma sessão pública aberta à participação de qualquer interessado com o objetivo de conferir maior legitimidade e qualidade à decisão judicial. Por meio delas, pessoas com experiência e conhecimento em temas relevantes para a solução do conflito judicial compartilham opiniões e pontos de vista, qualificando-se o debate e ampliando a participação democrática no processo decisório (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Audiências públicas também são úteis enquanto formação de convicção do órgão julgador e do Ministério Público, possibilitando a coleta de informações que

¹⁹ “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação” (BRASIL, 2015).

subsidiarão a decisão ou futuras investigações a respeito dos fatos alegados, especialmente em casos complexos e de alta litigiosidade interna.

Pela legislação atual, a realização da audiência pública não é obrigatória. Mas, em processos coletivos, é ato importante e recomendável, pois, por sua relevância e repercussão, demandam maior participação de terceiros. Esses terceiros serão especialistas ou entidades com conhecimento e experiência para qualificar o debate e seu resultado, bem como os membros do grupo titular dos direitos em discussão.

A lei federal é silente quanto à definição de um procedimento padrão para a realização de audiências públicas. Diante dessa omissão, a regulamentação ficará a cargo de lei estadual ou do regimento interno do tribunal. Em todo caso, o art. 154, parágrafo único do Regimento Interno do STF (2020) e a Resolução nº 82/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2012) podem servir como parâmetro quanto ao procedimento a seguir.

A sessão da audiência pública deve ser precedida de ampla divulgação. O despacho que designa a audiência pública deve ser publicado nos órgãos oficiais, jornais de grande circulação, rádios, canais de televisão, redes sociais e sítios na internet. A publicidade prévia da data e local de realização da audiência é fundamental para fomentar a participação. O Ministério Público, enquanto parte ou fiscal da ordem jurídica, deve sempre ser convidado a participar.

Recomenda-se que, quando possível, a audiência pública seja transmitida em tempo real, por qualquer meio disponível (televisão, rádio, internet, redes sociais, etc.). Assim, poderá ser acompanhada a distância. É importante também documentar as sessões de audiência, por meio da gravação de áudio e vídeo ou de produção de ata, garantindo-se a publicidade da documentação produzida.

Conforme estabelece o art. 7º²⁰ da Resolução nº 82/2012 do CNMP (2012), as deliberações, opiniões, sugestões, críticas ou informações emitidas na audiência pública ou em decorrência desta terão caráter consultivo e não-vinculante. Dessa forma, o órgão julgador poderá decidir de maneira diferente à recomendada pelos especialistas que participaram da audiência pública.

²⁰ “Art. 7º As deliberações, opiniões, sugestões, críticas ou informações emitidas na audiência pública ou em decorrência desta terão caráter consultivo e não-vinculante, destinando-se a subsidiar a atuação do Ministério Público, zelar pelo princípio da eficiência e assegurar a participação popular na condução dos interesses públicos” (CNMP, 2012).

2.6. REGIME DA COISA JULGADA COLETIVA

Coisa julgada é a situação jurídica que torna indiscutível o conteúdo de determinadas decisões judiciais. Já regime jurídico da coisa julgada coletiva diz respeito ao conjunto de normas que estruturam esse fenômeno, conferindo-lhe características próprias. Desde já, antecipa-se que é bastante diferenciado em relação ao processo individual (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Caracteriza-se um regime jurídico de coisa julgada pela análise dos aspectos:

- Limites subjetivos – quem se submete à coisa julgada;
- Limites objetivos – o que se submete aos efeitos da coisa julgada;
- Modo de produção – como a coisa julgada se forma.

Com relação aos limites objetivos, a regra geral é que a norma jurídica individualizada estará submetida à coisa julgada, ou seja, o conteúdo dispositivo da decisão. Nesse ponto, o regime jurídico da coisa julgada coletiva não se diferencia do processo individual, seguindo a regra geral.

Em relação aos limites subjetivos, a coisa julgada poderá ser: *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*. A coisa julgada *inter partes* é a regra geral do processo individual, pois, a decisão vinculará tão somente as partes do processo. Já na coisa julgada *ultra partes*, o conteúdo da decisão vinculará, além das partes do processo, determinados terceiros. É o que ocorre na maioria dos casos de substituição processual, já que o substituído, ainda que não seja parte do processo, estará sujeito aos efeitos da coisa julgada. Por fim, a coisa julgada *erga omnes* é aquela cujos efeitos atingem a todos, tenham ou não participado do processo.

Quanto ao modo de produção, a coisa julgada poderá ser: *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. A regra geral do processo individual é a coisa julgada *pro et contra*, ou seja, aquela que se forma independente do resultado do processo ou teor da decisão judicial proferida. Já a coisa julgada *secundum eventum litis* somente é produzida no caso de procedência da demanda coletiva.

Por fim, a coisa julgada *secundum eventum probationis* é aquela que só se forma se forem exauridos todos os meios de provas, independente de procedência ou improcedência do pedido. O julgamento por insuficiência de provas não precisa ser expresso. Mas o conteúdo da decisão deve transmitir a percepção de que o

resultado do julgamento poderia ter sido diferente caso o autor comprovasse os fatos constitutivos do seu direito. Então, o legitimado que ajuizou a ação ou mesmo outro colegitimado poderá propor novamente a demanda caso surja uma nova prova capaz de modificar o resultado do julgamento. Mas a decisão de procedência ou improcedência de pedido com esgotamento de provas torna-se indiscutível no âmbito coletivo. Assim, não será admissível a repositura de demanda coletiva, mesmo que por outro colegitimado (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

O regime jurídico da coisa julgada coletiva está estabelecido no art. 103²¹ do CDC (BRASIL, 1990) que funciona como regra geral do microssistema processual coletivo. No que diz respeito aos limites subjetivos, a coisa julgada será *erga omnes* para ações coletivas discutindo direitos difusos e individuais homogêneos; e *ultra partes* para aquelas que buscam tutelar direitos coletivos *stricto sensu*.

A distinção quanto aos limites subjetivos da coisa julgada faz sentido, embora dependa de uma melhor explicação. Em todas as ações coletivas, a coisa julgada atingirá todo o grupo e seus membros. A grande diferença é que no caso de direitos coletivos *stricto sensu*, o grupo é formado por pessoas determináveis. Nesse caso, será possível determinar os membros do grupo que estarão vinculados à coisa julgada que será *ultra partes*. Enquanto que nos demais casos o grupo é formado por pessoas indeterminadas e a coisa julgada será *erga omnes* e atingirá a todos.

Já quanto ao modo de produção, a coisa julgada será *secundum eventum probationis* para as ações coletivas envolvendo direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. A legislação é omissa e não define o modo de formação da coisa julgada coletiva em ações que discutem direitos individuais homogêneos. O texto legal limita-se em definir que haverá extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual apenas no caso de procedência do pedido.

O STJ entende que a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis* não se aplica a ações coletivas discutindo direitos individuais homogêneos. Segundo o Tribunal da Cidadania, não será possível a propositura de nova ação coletiva,

²¹ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I - erga omnes, 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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81” (BRASIL, 1990).

ainda que a procedência ou improcedência do pedido tenha ocorrido por insuficiência de provas. A ementa abaixo ilustra esse entendimento:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO COLETIVO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MEDICAMENTO "VIOXX". ALEGAÇÃO DE DEFEITO DO PRODUTO. AÇÃO COLETIVA JULGADA IMPROCEDENTE. TRÂNSITO EM JULGADO.

REPETIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 81, INCISO III, E 103, INCISO III E § 2º, DO CDC. RESGUARDO DO DIREITO INDIVIDUAL DOS ATINGIDOS PELO EVENTO DANOSO. DOCTRINA.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se, após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, é possível a repetição da demanda coletiva com o mesmo objeto por outro legitimado em diferente estado da federação.

2. A apuração da extensão dos efeitos da sentença transitada em julgado proferida em ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos passa pela interpretação conjugada dos artigos 81, inciso III, e 103, inciso III e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

3. Nas ações coletivas intentadas para a proteção de interesses ou direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada erga omnes apenas no caso de procedência do pedido. No caso de improcedência, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

4. **Não é possível a propositura de nova ação coletiva**, mas são resguardados os direitos individuais dos atingidos pelo evento danoso.

5. Em 2004, foi proposta, na 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, pela Associação Fluminense do Consumidor e Trabalhador - AFCONT, ação coletiva com o mesmo objeto e contra as mesmas rés da ação que deu origem ao presente recurso especial. Com o trânsito em julgado da sentença de improcedência ali proferida, ocorrido em 2009, não há espaço para prosseguir demanda coletiva posterior ajuizada por outra associação com o mesmo desiderato.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1302596/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 01/02/2016) (**grifo nosso**)

Para a doutrina, o entendimento do STJ é equivocado e deveria ser revisto, para garantir a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* também na tutela de direitos individuais homogêneos (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Outra peculiaridade é a possibilidade de extensão *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada coletiva para as situações jurídicas individuais. A coisa julgada em ações coletivas vincula o grupo, mas, apenas se estende ao membro do grupo se lhe for favorável. O transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva tem seu alicerce no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional e significa que, nas ações coletivas, quando há procedência do pedido, é possível utilizar o resultado da sentença em demandas individuais, transportando a coisa julgada benéfica.

Conforme estabelece o art. 103, §1º²² do CDC (BRASIL, 1990), no caso de ações coletivas envolvendo direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, os efeitos da coisa julgada poderão se estender para beneficiar os titulares dos direitos individuais. Da mesma maneira, a codificação consumerista determina por meio do art. 103, III que haverá extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual em ações coletivas discutindo direitos individuais homogêneos.

É importante observar que se o indivíduo intervier como litisconsorte na ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, será afetado pela coisa julgada coletiva, ainda que se trate de improcedência do pedido que lhe prejudique. É o que estabelece o art. 103, §2º²³ do CDC (BRASIL, 1990).

A extensão *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada coletiva para o plano individual significa que o indivíduo poderá valer-se da coisa julgada coletiva para proceder a liquidação e execução da sentença de um processo individual, conforme regra prevista no art. 103, §3º²⁴ do CDC (BRASIL, 1990).

Já no caso do julgamento de casos repetitivos, a tese jurídica (solução) vinculará todos os membros do grupo, independentemente de o resultado ser favorável ou desfavorável. Mas é importante salientar que não se trata de coisa julgada, mas de força obrigatória do precedente.

Nas ações coletivas, o membro do grupo pode ser beneficiado com a decisão favorável ao grupo, independentemente de qualquer manifestação de adesão ao grupo. Não há problema nesse caso, pois, a decisão só lhe atingirá se for favorável. Já no julgamento de casos repetitivos, o sujeito de direito que deseja ser reconhecido como membro do grupo precisa manifestar expressamente sua intenção em fazer parte do grupo, ajuizando uma ação individual e permanecendo com o processo em andamento. Isso é fundamental porque a decisão lhe vinculará ainda que seja desfavorável. Por isso, o art. 1040, §2º²⁵ do CPC permite que o

²² Art. 103, §1º – “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe” (BRASIL, 1990).

²³ Art. 103, §2º – “Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual” (BRASIL, 1990).

²⁴ Art. 103, §3º – “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99” (BRASIL, 1990).

²⁵ Art. 1040, §2º – “Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência” (BRASIL, 2015).

membro do grupo desista do seu processo, saindo do âmbito de incidência do julgamento de casos repetitivos.

Para encerrar esta seção, passa-se a analisar os limites territoriais da coisa julgada coletiva. O art. 16²⁶ da LACP (BRASIL, 1985) estabelece uma limitação territorial para a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva. Por esse dispositivo, o alcance territorial da coisa julgada coletiva estará restrito ao âmbito da jurisdição do órgão prolator sentença. A doutrina defende que esse dispositivo, além de inconstitucional, é ineficaz (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Conforme determina o art. 8^{o27} do CPC, o juiz ao aplicar a norma deverá observar a proporcionalidade e a razoabilidade, de modo que normas não razoáveis poderão deixar de serem aplicadas. O dispositivo legal que limita o alcance territorial da coisa julgada coletiva não é razoável porque permite o ajuizamento simultâneo de inúmeras ações civis públicas idênticas em diferentes unidades territoriais. E essas demandas poderão receber soluções diferentes ou até mesmo contraditórias do Poder Judiciário, infringindo o princípio da igualdade.

Importante destacar que o art. 93, II²⁸ do CDC (BRASIL, 1990), aplicável a todo sistema das ações coletivas, estabeleceu a competência do juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal para julgamento de ilícitos de âmbito regional ou nacional. Dessa forma, a regra prevista no art. 16 da LACP (BRASIL, 1985) é ineficaz. Portanto, os efeitos da coisa julgada não estão limitados territorialmente.

Rocha (2018) também destaca que os direitos envolvidos nas ações coletivas são, por sua natureza, indivisíveis. Isso, por si só, já faz com que essas ações escapem do limite territorial. Para o autor, o dispositivo legal que impõe a restrição confunde competência com coisa julgada.

Apesar de forte crítica da doutrina, durante muito tempo o STJ entendeu pela legalidade dos limites territoriais da coisa julgada coletiva. Entretanto, posteriormente, firmou-se a tese de que a eficácia da sentença não estaria restrita

²⁶ “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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” (BRASIL, 1985).

²⁷ “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2015).

²⁸ “Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: (...) II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente” (BRASIL, 1990).

aos limites territoriais do órgão prolator, independente do direito coletivo tutelado. A ementa abaixo ilustra o novo entendimento:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE.

DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N.º 1.243.887/PR, REL. MIN.

LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, **consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante.**

2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85.

(EREsp 1134957/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2016, DJe 30/11/2016) (**grifo nosso**).

Por outro lado, o STF tem entendido que a eficácia *erga omnes* da sentença da ação coletiva (no caso concreto, uma ação civil pública) fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator, vinculando-se ao texto normativo que considerou constitucional quando foi chamado a se manifestar. Espera-se que o STF altere sua jurisprudência, observando o apelo da doutrina. Para refletir o atual entendimento da Corte Suprema, reproduzem-se as ementas abaixo:

TUTELA ANTECIPADA - SERVIDORES - VENCIMENTOS E VANTAGENS - SUSPENSÃO DA MEDIDA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ao primeiro exame, inexistente relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último. LIMINAR - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTECIPADA - CAUÇÃO - GARANTIA REAL OU FIDEJUSSÓRIA. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de direito público. SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, **a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.**

(ADI 1576 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1997, DJ 06-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02113-01 PP-00123) (**grifo nosso**).

Agravo regimental em reclamação. 2. **Ação coletiva. Coisa julgada. Limite territorial restrito à jurisdição do órgão prolator. Art. 16 da Lei n. 7.347/1985.** 3. Mandado de segurança coletivo ajuizado antes da modificação da norma. Irrelevância. Trânsito em julgado posterior e eficácia declaratória da norma. 4. Decisão monocrática que nega seguimento a agravo de instrumento. Art. 544, § 4º, II, b, do CPC. Não ocorrência de efeito substitutivo em relação ao acórdão recorrido, para fins de atribuição de efeitos erga omnes, em âmbito nacional, à decisão proferida em sede de ação coletiva, sob pena de desvirtuamento da lei que impõe limitação territorial. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 7778 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 16-05-2014 PUBLIC 19-05-2014) (**grifo nosso**).

2.7. AUTOCOMPOSIÇÃO

A autocomposição, que é um método de solução consensual de conflitos (CABRAL, 2019), além de evitar processos intermináveis, garante maior efetividade por diminuir a resistência das partes em cumprir a determinação judicial negociada. Será um meio legítimo para a solução do conflito caso seja o mais adequado. Não pode ser imposta, respeitando-se a escolha dos interessados. Deve-se garantir que ocorra em igualdade de condições, conforme os princípios da autonomia da vontade e da decisão informada, previstos no art. 166²⁹ do CPC (BRASIL, 2015).

O desequilíbrio de poder econômico é um fator que comumente leva a parte mais vulnerável a celebrar acordo lesivo a seu interesse. Caso não disponha de recursos financeiros para o financiamento do processo judicial, a parte enfrentará maiores dificuldades em reunir e analisar informações. Tenderá a celebrar um acordo de forma precipitada, pois, necessita de imediato da indenização pleiteada. Dessa forma, a participação do Ministério Público como autor da ação ou fiscal da ordem jurídica é fundamental para mitigar esses problemas.

Para garantir uma decisão bem informada, deve-se evitar a celebração de acordos muito precoces que tendem a ser prejudiciais. Isso porque, na fase inicial do processo, as partes não dispõem das informações necessárias para avaliar a adequação da solução negociada. A publicidade do acordo deve ser incentivada, se possível com a realização de audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*, para fomentar a participação dos diversos grupos interessados na decisão.

²⁹ Art. 166 – “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (BRASIL, 2015).

O art. 841³⁰ do Código Civil (CC) estabelece que só caberá autocomposição no caso de direitos privados disponíveis. Conforme mencionado anteriormente, processos coletivos envolvem necessariamente interesse público, ou seja, direitos indisponíveis. Ainda sim, admite-se autocomposição (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Uma das marcas do CPC-2015 é o estímulo à autocomposição. No rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2^{o31} e 3^{o32} do art. 3^o do CPC, que estabelecem uma política nacional de estímulo à solução negociada de conflitos. Não há qualquer razão prática para excluir os processos coletivos desse cenário.

Alterações legislativas recentes reforçaram a previsão já existente no art. 5^o, §6^{o33} da LACP (BRASIL, 1985). A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), conhecida como pacote anticrime, alterou o art. 17, §1^{o34} da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), que passou a prever possibilidade de autocomposição na ação de improbidade administrativa.

A realização obrigatória de audiência de mediação ou conciliação prevista no art. 334³⁵ do CPC aplica-se às ações coletivas, uma vez que tais ações utilizam a mesma sequência de atos do procedimento comum. Como exceção, a realização da audiência não é obrigatória no mandado de segurança coletivo (embora possa ser realizada), por se tratar de procedimento especial de caráter documental.

Conforme previsão do art. 334, §4^o, I³⁶ do CPC, a audiência de mediação e conciliação só não ocorrerá quando as partes manifestarem expressamente seu desinteresse na sua realização. Entretanto, se o legitimado coletivo for um ente público, inclusive o Ministério Público, a recusa deverá ser motivada. Isso por causa do dever funcional de estímulo à autocomposição previsto no art. 3^o, §3^o do CPC.

³⁰ Art. 841 – “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” (BRASIL, 2002).

³¹ Art. 3^o, §2^o – “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015).

³² Art. 3^o, §3^o – “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

³³ Art. 5^o, §6^o – “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, 1985).

³⁴ Art. 17, §1^o – “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei” (BRASIL, 1992).

³⁵ Art. 334 – “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” (BRASIL, 2015).

³⁶ Art. 334, §4^o – “A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” (BRASIL, 2015).

Por se tratar substituição processual, não se admite renúncia, já que o autor da ação não é titular do direito, mas legitimado extraordinário coletivo. É possível, porém, cogitar o reconhecimento da procedência do pedido, caso reflita em benefício para o grupo.

Poderão ocorrer várias audiências para autocomposição de questões que surgirem ao longo do processo. É a chamada tomada de decisões em cascata, característica dos processos coletivos estruturais. Esse tópico será retomado com uma explicação mais pormenorizada na seção 4 deste trabalho.

Especialmente em matérias de interesse público, o juiz participará ativamente no processo de autocomposição, sem prejuízo a priori da sua imparcialidade. Haverá controle judicial do mérito e do conteúdo do acordo durante a fase homologatória, para evitar prejuízo aos interesses dos membros do grupo. O órgão julgador poderá deixar de homologar, homologar parcialmente ou recomendar alterações em determinadas cláusulas do acordo.

Durante a fase homologatória, também caberá controle judicial da representatividade adequada (ver seção 2.4), ou seja, a legitimação em concreto dos envolvidos para celebrarem o acordo. Também caberá ao Poder Judiciário coibir a celebração de acordos precoces, quando as partes não dispõem de informações necessárias, descumprindo o princípio da decisão informada.

Caso não tenha participado do acordo, outros colegitimados extraordinários poderão intervir no processo, como litisconsortes das partes. É o que prevê o art. 5º, §2º da LACP (BRASIL, 1985). O Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica e interveniente obrigatório, gozará da mesma prerrogativa, decorrência lógica do microsistema do processo coletivo (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

3. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Direitos fundamentais dizem respeito a prerrogativas com assento constitucional que visam garantir uma convivência digna, livre e igual para todos. Referem-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico (SILVA, 2012). Por isso, constituem parâmetro hermenêutico e são valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica (ROCHA, 2018).

Trata-se de situações jurídicas sem as quais o ser humano não se realiza, não convive e, algumas vezes, não sobrevive (por isso, fundamentais). Foram definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana (SILVA, 2012). As normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, conforme previsto no art. 5º, §1º³⁷ da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988).

A Constituição positivou extenso rol não taxativo de direitos fundamentais, conforme princípio não-taxatividade inserto no art. 5º, §2º³⁸ da CRFB (BRASIL, 1988), conferindo ampla proteção. Essa abrangência significativa de direitos fundamentais traduz a concepção de Estado Democrático de Direito acolhida no art. 1º³⁹ da lei maior (SILVA, 2012).

Por sua relevância, o legislador constituinte conferiu aos direitos fundamentais o status de cláusula pétrea, conforme expresso no art. 60, §4º, IV⁴⁰ da CRFB. Dessa forma, não prosperará qualquer proposta de norma infraconstitucional ou mesmo de emenda constitucional tendente a eliminá-los do ordenamento jurídico.

Direitos fundamentais são concretizados por meio de políticas públicas. Políticas públicas constituem metas, programas e ações de conteúdo variado, a serem elaborados, desenvolvidos e efetivados pelo Estado, por meio dos seus

³⁷ Art. 5º, §1º – “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

³⁸ Art. 5º, §2º – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

³⁹ “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 (...)” (BRASIL, 1988).

⁴⁰ Art. 60, §4º – “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

diversos órgãos, com o propósito de concretizar os objetivos fundamentais da República expressos no art. 3º⁴¹ da CRFB (LIBERAL, 2018).

A elaboração e a execução de políticas públicas fazem parte das funções típicas estabelecidas constitucionalmente aos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, não estão imunes ao controle jurisdicional. Cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, suprir a omissão estatal e concretizar os comandos normativos pelo meio processual adequado (LIBERAL, 2018).

Direitos sociais correspondem a uma parcela dos direitos fundamentais previstos na Constituição que exigem intervenção ativa do Estado por meio de prestações estatais positivas. Esses direitos tendem a realizar o princípio da igualdade, pois, visam garantir melhores condições de vida aos menos favorecidos, possibilitando igualdade substancial entre os cidadãos. São os chamados direitos de segunda dimensão, tais como saúde, educação e direitos trabalhistas (SILVA, 2012).

Os direitos sociais não nasceram com a Constituição de 1988, estando presente no ordenamento constitucional brasileiro desde 1934. Entretanto, o grande trunfo da constituição cidadã foi integrá-los no conjunto de direitos fundamentais, trazendo conquistas importantes. Devido a esse enquadramento, os direitos sociais também gozam da aplicabilidade imediata e da proteção contra ameaça legislativa das cláusulas pétreas. Da mesma forma que os direitos fundamentais, os direitos sociais são concretizados por meio de políticas públicas (ROCHA, 2018).

Os direitos sociais são considerados direitos públicos subjetivos. Direitos subjetivos são direitos exigíveis, é o direito integrado ao patrimônio do titular, que lhe dá o poder de exigir sua prestação, se necessário, por via judicial (SILVA, 2012). A qualificação de um direito como “público subjetivo” significa um direito oponível ao Poder Público, um dever prioritário que cabe ao Estado satisfazer sob pena de omissão constitucional (ROCHA, 2018).

A possibilidade de o Poder Judiciário intervir nas políticas públicas decorre do princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional expresso

⁴¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

no art. 5º, XXXV⁴² da CRFB e no art. 3º⁴³ do CPC (BRASIL, 2015). Segundo Refosco (2018), o próprio acesso à justiça é também direito social e, o mais básico dos direitos humanos, sendo requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário. Para a autora, trata-se de um direito promotor de justiça social, devendo ser garantido pelo Estado, prioritariamente, aos mais pobres, menos escolarizados e mais desprovidos de oportunidade.

O princípio do acesso à justiça tem por fundamento os princípios da legalidade (art. 5º, II⁴⁴ da CRFB) e da separação dos poderes (art. 2º⁴⁵ da CRFB), com igual assento constitucional. De fato, decorre logicamente deles, pois, caberá ao Poder Judiciário o controle das leis produzidas pelo Poder Legislativo e sua observância por todos, inclusive pelo próprio Estado, representado pelo Poder Executivo (SILVA, 2012).

Tal mandamento constitucional possibilita concretizar os direitos fundamentais por meio da ação jurisdicional em caso de omissão estatal ou de ação em desconformidade com o ordenamento jurídico. Daí resulta a maior importância desse princípio, por ser garantia indispensável para o exercício de outros direitos, para a conformação do Estado de Direito e componente fundamental do desenvolvimento social do país (REFOSCO, 2018). Por isso, Rocha (2018) afirma que esse princípio tem como base jurídica e fundamental a dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III⁴⁶ da CRFB (BRASIL, 1988).

Acesso à justiça não se resume a acesso à jurisdição ou acesso formal ao Judiciário. Por isso, essa garantia constitucional vai muito além dos direitos de ação e de petição. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal (juízos e tribunais enquanto órgãos jurisdicionais integrantes da estrutura política do Estado), mediante o ingresso em juízo. Mas pretende viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, o direito de receber tratamento justo e de se obter justiça (ROCHA, 2018). É o que Liberal (2018) chama de justiça

⁴² Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

⁴³ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (BRASIL, 2015).

⁴⁴ Art. 5º, II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

⁴⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

⁴⁶ “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” (BRASIL, 1988).

substancial. Para o autor, o acesso a uma ordem jurídica justa significa a outorga da tutela adequada, tempestiva e efetiva, garantindo a pacificação social.

Dirige-se igualmente ao Estado-legislador e ao Estado-juiz. Impõe ao legislador o dever de elaborar normas processuais adequadas à tutela do direito material, considerando suas particularidades. O Estado-juiz, por sua vez, valendo-se da normatização processual, oferecerá uma solução justa à lide, em conformidade com os valores constitucionais, com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais e operacionalizar a necessária transformação social.

Para Refosco (2018), o acesso à justiça, enquanto acesso a uma ordem jurídica justa, reflete em uma prestação jurisdicional inclusiva, imparcial, célere, eficiente e segura. O efetivo acesso à justiça contribui para a redução da desigualdade econômica e social, tão presente no cenário nacional, reconhecendo a função distributiva do Direito. Prestação jurisdicional inclusiva é aquela acessível a todos, inclusive para os mais pobres e demais minorias. A persistência da desigualdade impacta o exercício da cidadania, sobretudo dos grupos menos favorecidos social e economicamente.

Acesso à justiça também representa a prestação de uma tutela jurídica imparcial, ou seja, uma decisão baseada nos fatos e não nas pessoas dos envolvidos. De maneira similar, também implica em uma prestação jurisdicional célere, conforme o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII⁴⁷ da CRFB (BRASIL, 1988). A celeridade é indispensável para que a parte menos privilegiada financeiramente não seja forçada a celebrar um acordo desvantajoso, em virtude da necessidade inadiável por recursos financeiros.

A prestação jurisdicional também deve ser eficiente, entendida como aquela apta a produzir um efeito real, efetivo e sem desperdícios. Portanto, a efetividade é componente essencial do acesso à justiça, conforme posição majoritária da doutrina brasileira (REFOSCO, 2018).

Uma tutela eficiente implica em fornecer soluções rápidas e adequadas ao problema, bem como na utilização racional dos recursos e na capacidade de implementar a solução proposta. O princípio da eficiência, além de orientar a

⁴⁷ Art. 5º, 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” (BRASIL, 1988).

atuação administrativa, conforme previsão no art. 37, *caput*⁴⁸ da CRFB, também foi incluído no rol de normas fundamentais do CPC. Por fim, acesso à justiça também implica em uma prestação jurisdicional segura.

Tendo em vista o conteúdo e a dimensão do acesso à justiça, não é mais possível levantar óbices à judicialização das políticas públicas. A jurisdição é a função típica do Poder Judiciário, atribuída pelo texto constitucional, e não pode ser negada. É papel do Judiciário, mediante a adoção de técnicas processuais adequadas, intervir nas políticas públicas essenciais à concretização dos direitos fundamentais, na exata medida do necessário (LIBERAL, 2018).

A jurisprudência do STJ vem admitindo, em situações de necessidade, a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Para ilustrar esse entendimento, reproduz-se a ementa abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, **inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político**, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

4. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra a União, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

5. Está devidamente comprovada a necessidade emergencial do uso do medicamento sob enfoque. A utilização desse remédio pela autora terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê.

⁴⁸ "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 (...)" (BRASIL, 1988).

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014) (**grifo nosso**)

Por sua vez, o STF também tem reconhecido reiteradamente a legitimidade da intervenção jurisdicional nas políticas públicas. Segundo a Corte Constitucional, é lícito ao Poder Judiciário, em casos emergenciais, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar as medidas necessárias à efetiva implementação de políticas públicas, como medida assecuratória de direitos fundamentais, diante de omissão ou morosidade estatal. As ementas transcritas abaixo refletem esse entendimento:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que **é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados**, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 761127 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014) (**grifo nosso**)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o **Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas** nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou a Turma Recursal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no

art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o disposto no art. 85, § 11, CPC, porquanto não houve fixação de verba honorária nas instâncias de origem. (ARE 1049831 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 27/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 07-11-2017 PUBLIC 08-11-2017) (**grifo nosso**)

3.1. A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO COLETIVO

As políticas públicas constituem um direito fundamental difuso, razão pela qual o palco processual mais adequado para reivindicar sua implementação junto ao Poder Judiciário é o processo coletivo. Apesar de haver exemplos práticos de controle de políticas públicas por meio de demandas individuais, são as ações coletivas as mais eficazes e indicadas para tanto.

Conforme discutido no capítulo 2 deste trabalho, processos coletivos apresentam ampla repercussão subjetiva, já que podem beneficiar número considerável de pessoas, além de possibilitarem ao magistrado visão global da questão litigiosa. Permitirão ainda conferir tratamento isonômico à situação, e proferir uma decisão compatível com as necessidades sociais.

Facilita-se, portanto, por meio das ações coletivas, a obtenção de uma decisão justa e equilibrada, em uma demanda que discute a judicialização de políticas públicas. Isso justifica a tese da doutrina (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019 / ROCHA, 2018 / LIBERAL, 2018) de que ações coletivas representam o meio processual mais adequado para a condução desses litígios.

Retomando o conceito de acesso à justiça proposto por Refosco (2018), o acesso à justiça, entendido como acesso a uma ordem jurídica justa, implica necessariamente em uma prestação jurisdicional inclusiva, imparcial, célere, eficiente e segura. Tendo esse conceito como premissa, é possível elencar de que forma as ações coletivas contribuem para ampliar e aprimorar o acesso à justiça.

Para a autora, ação coletiva favorece a imparcialidade, por compensar eventuais vantagens estratégicas de litigantes habituais. De maneira similar, o aprimoramento da ação coletiva poderia resultar em maior celeridade ao Poder Judiciário, uma vez que evitaria a multiplicação de processos individuais repetidos, possibilitando o julgamento coletivo da questão. A ação coletiva também contribui para uma prestação jurisdicional eficiente, por sua capacidade de reduzir custos agregando várias pretensões em uma ação, além de ser mais efetiva sob a perspectiva dos grupos lesados, especialmente por seu maior poder dissuasório.

Ações coletivas que discutem a concretização de direitos fundamentais por meio de políticas públicas em geral dependem de decisões estruturais para corrigir efetivamente a omissão estatal. Por isso, geralmente, o processo coletivo tradicional será insuficiente para oferecer uma tutela jurisdicional efetiva. Esse tema será detalhado no capítulo 4.

3.2. OBSTÁCULOS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle judicial das políticas públicas tem enfrentado resistência da Administração Pública que busca artifícios para afastar essa possibilidade. Isso, porque, ao atuar em sede de controle de políticas públicas, o Poder Judiciário assume a função política de controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo que não querem sofrer intervenção em suas funções típicas (ROCHA, 2018).

Por vezes, em demandas judiciais são levantados falsos obstáculos à intervenção do Poder Judiciário no controle e na efetivação das políticas públicas. Os principais são: discricionariedade administrativa, reserva do possível, separação de poderes e princípios da impessoalidade e da isonomia. Esses argumentos serão analisados nas subseções a seguir.

3.2.1. Separação dos Poderes

A Teoria da Separação dos Poderes surgiu no Estado Liberal (séculos XVII e XVIII.) sob a influência de Montesquieu, como forma de dividir o poder estatal para fortalecer as liberdades individuais. Temendo-se o retrocesso ao absolutismo, tal teoria fundou-se na necessidade de impor limites ao poder. O exercício concentrado e ilimitado do poder conduz, invariavelmente, ao abuso e à tirania. Garantiam-se, no plano normativo, os direitos individuais, notadamente os direitos de liberdade e de propriedade, contra eventual arbítrio estatal (ROCHA, 2018).

O Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, limitava-se à função declaratória. Proclamava, no caso concreto, a vontade do legislador expressa na lei, porque desprovido de maiores poderes criativos e interpretativos. Para Montesquieu, o juiz era tão somente a *bouche de la loi* (boca da lei). Exigia-se do Estado uma

posição não intervencionista, impondo-se dever de abstenção, para que os cidadãos pudessem fruir livremente os seus direitos fundamentais.

No século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, o papel do Estado foi redefinido. Àquela altura, a mera abstenção estatal era insuficiente. Os direitos sociais exigiam uma postura mais ativa por parte do Estado. E a atuação do Poder Judiciário também se ampliou. Atualmente, não se admite mais um juiz neutro, que se limita a declarar a vontade do legislador. Exige-se um Poder Judiciário ativo e independente, capaz de impor a todos, inclusive ao próprio Estado, a observância da supremacia da Constituição (LIBERAL, 2018).

A República Federativa do Brasil adotou a separação dos poderes, prevista no art. 2º da CRFB (BRASIL, 1988). A norma constitucional estabeleceu a tripartição dos poderes com independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Segundo Bulos (2015), não há separação de poderes, mas separação de funções. O poder político é uno e não admite fragmentações. É exercido por meio de três funções: Legislativa, Administrativa ou Executiva e Jurisdicional.

Algumas funções são típicas, próprias ou preponderantes, sendo desempenhadas por órgãos estatais especializados para cada atribuição. Assim, a função típica do Poder Legislativo é elaborar normas gerais e abstratas. Já a função típica do Poder Executivo é aplicar a lei de ofício. Por sua vez, a função típica do Poder Judiciário é o exercício da jurisdição.

Em contrapartida, os órgãos estatais também exercem funções atípicas ou impróprias. São assim denominadas por não serem inerentes a cada órgão, mas secundárias ou subsidiárias. Portanto, a Constituição previu funções típicas e atípicas para cada um dos Poderes, exercidas mediante controle recíproco.

Dessa forma, a independência dos Poderes prevista no texto constitucional é meramente relativa (SILVA, 2012). Ingerências indevidas não são admitidas. Mas, a própria Constituição prevê um mecanismo de controle recíproco por meio de freios e contrapesos (*checks and balances*), de modo que a função desempenhada por um Poder seja controlada por outro.

Hoje, o princípio da separação de poderes não se configura mais com a rigidez de outrora. Bulos (2015) sustenta que o constituinte de 1988 conferiu flexibilidade ao princípio da separação dos poderes. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de Poderes e

novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário. Tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de Poderes (SILVA, 2012).

Para Silva (2012), Liberal (2018), Rocha (2018) e Refosco (2018), a intervenção jurisdicional nas políticas públicas não afronta o princípio da separação dos poderes. O exercício da jurisdição constitui função típica do Poder Judiciário. Qualquer situação conflituosa é passível de judicialização, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição positivado no art. 5º, XXXV da CRFB (BRASIL, 1988).

A legitimidade do Poder Judiciário em realizar o controle de políticas públicas decorre, portanto, da própria Constituição Federal, que lhe outorgou a função jurisdicional como típica. Nesse sentido, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas não só se revela possível, mas indispensável para concretizar os direitos fundamentais, corrigindo ação indevida ou suprindo omissão do Poder Público (LIBERAL, 2018).

Segundo posição do STF, o Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados (em especial os direitos sociais), sem ofender ao princípio da separação dos Poderes. Para ilustrar esse entendimento, transcrevem-se as ementas abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 761127 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014) (**grifo nosso**)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 279/STF. Hipótese em que, para dissentir da conclusão firmada pelo Tribunal de origem, seria necessário reexaminar os fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279/STF. É firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não afronta o princípio da separação dos Poderes o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre atos administrativos tidos por abusivos ou ilegais. Precedentes.

Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento (AI 410544 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 16-03-2015 PUBLIC 17-03-2015) (**grifo nosso**)

A adequada tutela coletiva impõe revisar a noção clássica da tripartição de poderes, bem como o dogma de que o Judiciário não pode criar determinações concretas para suprir a omissão dos demais poderes. Portanto, o sistema adotado atualmente não é o da “separação de poderes”, mas o do “balanceamento dos poderes”. Nesse modelo, os atos dos demais poderes estão sujeitos a controle jurisdicional de legalidade e constitucionalidade (ARENHART, 2009).

A aplicação da teoria da “separação de poderes” de forma inflexível resultaria na imposição de rígida divisão de atribuições entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Fortaleceria argumento contrário ao controle judicial das políticas públicas, que seria considerado intromissão indevida do Poder Judiciário, violando a separação dos poderes.

Implicaria ainda na aceitação da ideia de que a competência para legislar é exclusiva do Legislativo, da mesma forma que a administração somente compete ao Executivo e de que a aplicação do direito ao caso concreto é providência exclusivamente reservada ao Judiciário. As medidas provisórias, a autonomia administrativa do Legislativo e do Judiciário e as sentenças normativas da Justiça do Trabalho são demonstração do equívoco dessa premissa (ARENHART, 2009).

3.2.2. Discricionariedade administrativa

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II da CRFB, estabelece que todos (Estado e cidadãos) estão subordinados à lei, fonte de direitos e obrigações. Entretanto, a liberdade de atuação do indivíduo é bem mais ampla que a do Estado. É lícito ao particular fazer tudo o que a lei não proíbe, conforme princípio da autonomia da vontade. Já o administrador público, em face da indisponibilidade do interesse público, só pode fazer o que a lei determina (LIBERAL, 2018).

Ato administrativo é o ato jurídico praticado pela Administração Pública, ou por quem esteja atuando no exercício da função administrativa, sob o regime de Direito Público, manifestando a vontade do poder público em casos concretos ou de forma geral. Em conformidade com o princípio da legalidade, a lei poderá estipular a

atuação do agente público de forma objetiva ou conceder margem de escolha, dentro de limites estabelecidos. Nesse sentido, os atos administrativos são classificados em vinculados ou discricionários (CARVALHO, 2017).

O ato discricionário é aquele no qual o texto legal confere liberdade de escolha ao administrador público, dentro dos limites estabelecidos pela legislação, mediante o juízo de conveniência e oportunidade (análise do mérito). Em algumas situações, as opções disponíveis para o administrador estão expressamente determinadas pela norma, que se valendo de conceitos vagos ou indeterminados, confere poder de escolha ao administrador (CARVALHO, 2017).

Por sua vez, o ato vinculado é aquele no qual a conduta do agente está descrita de forma objetiva e pormenorizada na legislação, não concedendo liberdade de atuação ao administrador público. Uma vez preenchidos os requisitos definidos de forma objetiva no texto legal, o ato administrativo deve ser praticado pelo poder público, independente de juízo de valor (CARVALHO, 2017).

Contudo, não há discricionariedade absoluta. A lei determinará requisitos a serem observados pela Administração Pública em sua atuação. O ato administrativo possui cinco elementos: competência, forma, finalidade, motivo e objetivo. Ainda que o ato seja discricionário, haverá sempre vinculação ao ordenamento jurídico relativamente à competência, forma e finalidade.

Portanto, todos os atos administrativos vinculados, bem como os atos discricionários, quanto à competência, forma e finalidade, submetem-se ao controle do Poder Judiciário, a quem caberá verificar se foram praticados em conformidade com a legislação (LIBERAL, 2018).

Em geral, as políticas públicas são implementadas por meio de atos administrativos discricionários, mediante análise de conveniência e oportunidade do administrador público. A grande questão, porém, é analisar se o ato administrativo discricionário, no que concerne ao motivo e ao objeto, também é passível de controle pelo Poder Judiciário. Em outros termos, é preciso investigar se o mérito do ato administrativo igualmente se submete ao controle jurisdicional.

Entende-se por motivo, as razões de fato e de direito que levam o ato a ser praticado, ou seja, a situação fática que precipita sua edição. Já o objeto refere-se ao que o ato dispõe, ou seja, é o efeito produzido pelo ato administrativo no mundo jurídico, aquilo que fica decidido em virtude de sua prática (CARVALHO, 2017).

Inicialmente, a jurisprudência do STJ entendia que o mérito do ato administrativo não era passível de controle judicial. Segundo o Tribunal da Cidadania competia exclusivamente ao administrador público deliberar com ampla liberdade sobre a conveniência, oportunidade e justiça da prática do ato administrativo. A decisão abaixo reflete essa tese:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA DE OBRAS DE MODIFICAÇÃO E REFORMA NO MORRO DA URCA E NO MORRO DO PÃO DE AÇÚCAR E LICENÇA PARA A INSTALAÇÃO DE ELEVADORES DESTINADOS A DEFICIENTES FÍSICOS. ALEGADA OMISSÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. NÃO-EVIDENCIADA A PRESENÇA DE SUPOSTO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE. NÃO-CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESPÉCIE.

Consoante asseverado pela impetrante, bem como pela autoridade apontada como coatora e pela Corte Estadual, uma vez que os Morros da Urca e do Pão de Açúcar são bens tombados pela União Federal, qualquer obra neles realizada deve ter a "aprovação prévia por diversos outros órgãos que realizarão os estudos necessários à outorga da referida licença" (fl. 96).

In casu, porém, da análise atenta dos elementos constantes nos autos, verifica-se que não restou demonstrado o pretense direito líquido e certo de que se diz titular a impetrante. Com efeito, carecem os autos de elementos esclarecedores no sentido de que seu pedido esteja devidamente instruído de modo a determinar que seja proferida uma decisão administrativa no prazo estabelecido pela lei.

A esse respeito, enfatizou o Tribunal a quo que "não foram carreadas aos autos as provas necessárias, pré-constituídas de molde a comprovar a existência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante, uma vez que as exigências preliminares ao licenciamento urbanístico não foram atendidas ou, pelo menos, seu cumprimento não restou demonstrado. De fato, não foi feita ou não ficou comprovada a retirada dos elementos estranhos ao Plano Diretor, tais como quiosques, estandes e lanchonete, esta construída em 1992, nem foi realizado estudo de impacto ambiental, devidamente aprovado, imprescindível à apreciação da pretensão ao licenciamento" (fl. 96).

É consabido que se não concebe a produção de prova na angusta via do mandado de segurança, que reclama a demonstração incontestável da existência de direito líquido e certo.

Ainda que assim não fosse, **com fulcro no princípio da discricionariedade administrativa e na supremacia do interesse público, a Municipalidade tem liberdade para decidir pela conveniência ou não da execução da obra.** Como ensina Hely Lopes Meirelles, "só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos (...). Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo".

Recurso ordinário improvido.

(RMS 19.535/RJ, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2005, DJ 31/05/2006, p. 244) (**grifo nosso**).

Entretanto, esse entendimento não é mais compatível com a ordem jurídica atual. A Lei da Ação Popular (BRASIL, 1965), por meio do disposto no art. 2º, alínea

“d”⁴⁹, enuncia que são nulos os atos lesivos ao patrimônio público, nos casos de inexistência dos motivos. Por esse comando legal, permite-se que o Poder Judiciário analise o mérito do ato administrativo. Assim, quando provocado, o Poder Judiciário está autorizado a verificar se efetivamente existiram os motivos que conduziram à prática do ato, e se os mesmos guardam pertinência com a finalidade perseguida.

A opção pelo Estado Democrático de Direito estampada no art. 1º, *caput* da CRFB, revela a intenção estatal de ir além da mera obediência à legalidade. O Estado assume compromisso com a garantia e efetivação dos direitos e com a realização plena dos objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Carta Política e com o fundamento superior representado pela dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III). A legislação busca realizar transformação social, garantindo igualdade material entre os cidadãos.

Sempre que o ato administrativo, ainda que discricionário, deixar de observar os princípios e valores previstos no ordenamento jurídico, apresentar-se-á viciado e passível de invalidação, inclusive pelo Poder Judiciário, uma vez que excedeu os limites da discricionariedade (LIBERAL, 2018).

Para Liberal (2018), os atos administrativos em geral, vinculados ou discricionários, submetem-se ao controle jurisdicional, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição inserto no art. 5º, XXXV da CRFB. Para o autor, autoriza também a submissão dos atos administrativos ao controle jurisdicional o art. 5º, LXIX⁵⁰, LXX⁵¹ e LXXIII⁵² da CRFB (BRASIL, 1988). No plano infraconstitucional, além da Lei da Ação Popular (BRASIL, 1965), a autorização para o controle judicial de atos administrativos pode ser encontrada na LACP (BRASIL, 1985) e na Lei do Mandado de Segurança (BRASIL, 2009).

⁴⁹ “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...)d) inexistência dos motivos” (BRASIL, 1965).

⁵⁰ Art. 5º, LXIX – “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (BRASIL, 1988).

⁵¹ Art. 5º, LXX – “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (BRASIL, 1988).

⁵² Art. 5º, LXXIII – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1988).

As políticas públicas se destinam à concretização dos direitos, à promoção da igualdade material e da dignidade da pessoa humana, realizando os valores da sociedade. Por sua importância, não podem ficar ao alvedrio exclusivo do legislador e/ou administrador. A Administração Pública deve ser intimada pelo Poder Judiciário a implementar ou corrigir políticas públicas deixadas de lado em razão da discricionariedade conveniente. A discricionariedade não pode ser um escudo da Administração Pública para justificar sua omissão (ROCHA, 2018).

Dessa forma, como as políticas públicas visam concretizar direito fundamental assegurado em normas constitucionais e infraconstitucionais, o Poder Público não tem discricionariedade para decidir se atenderá ou não aquele direito. Todavia, permanece a discricionariedade em definir como irá atender a determinação legal. Em se tratando de demanda judicial que discuta o acesso à educação infantil, por exemplo, o Poder Executivo poderá optar por construir novas escolas, ampliar as escolas existentes ou firmar convênios com instituições privadas (SILVEIRA, 2014).

A discricionariedade no modo de execução da política pública evita atitudes ineficientemente rígidas e desnecessariamente intrusivas no exercício da função jurisdicional. Também possibilita maior comprometimento da Administração Pública e evita um total esvaziamento da separação dos poderes (REFOSCO, 2018);

Os processos estruturais que serão detalhados no capítulo 4 deste trabalho possuem características que facilitam a preservação da discricionariedade do Poder Executivo para definir a forma de implementação da política pública. A fase de cumprimento de sentença precisa ser conduzida de forma diferenciada, possibilitando amplo debate e intenso contraditório.

As jurisprudências atuais do STJ e do STF têm admitido o controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, conforme transparece nas decisões abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. REALIZAÇÃO DE EIA/RIMA. CONCLUSÕES DO IBAMA NA ESFERA ADMINISTRATIVA PELA SUFICIÊNCIA DE RCA. CONTESTAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ART. 5º, INC. XXXV, DA CR88. INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.

1. Trata-se, na origem, de agravo de instrumento, interposto no âmbito de ação movida por associação indígena, contra decisão que, no ponto ora objeto de debate, deferiu tutela antecipada para o fim de determinar que o Ibama apenas concedesse licenciamento ambiental a empreendimento de derrocamento de rochas subaquáticas localizadas no Rio Paraná após realização e consequente análise criteriosa do EIA/Rima, a ser levado a cabo e custeado pelos empreendedores (União e DNIT).

2. O acórdão recorrido acolheu a tese do DNIT no sentido de só caberia ao Ibama, no exercício de sua discricionariedade administrativa, definir se é cabível ou não o licenciamento ambiental, não podendo o Poder Judiciário se imiscuir nesta decisão agora, a considerar que, no caso concreto, o Ibama já se manifestou pelo não-cabimento de EIA/Rima, mas apenas de Relatório de Controle Ambiental (RCA).

3. Nas razões recursais, a parte recorrente sustenta ter havido violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC) - ao argumento de que o acórdão é omissivo -, 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), 54, § 3º, da Lei n. 9.605/98, 1º da Lei n. 11.105/05, 8º, inc. I, da Lei n. 6.938/81, entre diversos outros - uma vez que o princípio da precaução deveria ter sido observado na espécie.

4. Não viola o artigo 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no caso em exame.

5. Inviável sustentar as conclusões do acórdão recorrido. E isto muito menos em razão do princípio da precaução - pois, para sua estrita observância, a Administração possui mais de um mecanismo, entre eles o próprio RCA, não se limitando seu cumprimento, portanto, apenas à realização de EIA/Rima -, e muito mais porque, **no Brasil, vigora a inafastabilidade do controle jurisdicional.**

6. Quer dizer: salvo em casos excepcionalíssimos (como, por exemplo, os consagrados atos nitidamente políticos), **todo e qualquer ato é, a princípio, controlável pelo Judiciário.**

7. Nesta lógica, se é verdade que ao Ibama compete avaliar a necessidade de realização de EIA/Rima, não é menos verdade que qualquer conclusão a que chegue a referida autarquia é sindicável na via judicial.

8. É de pelo menos muito duvidosa a afirmação, feita peremptoriamente no acórdão recorrido em corroboração ao que disse o DNIT, ora recorrido, de que os atos praticados no âmbito do licenciamento ambiental são marcados por alta discricionariedade administrativa.

Se isso é correto em face de alguns atos, trata-se de conclusão inteiramente inadequada em face de outros. É que o simples uso de conceitos indeterminados não é suficiente para conferir a qualquer escolha administrativa a correção. Ao contrário, a utilização deste tipo de técnica de construção normativa tem por escopo possibilitar que a Administração identifique, na análise casuística, qual é a melhor escolha - que, por ser a melhor, é única.

9. Mesmo que se admitisse se estar diante de um ato eminentemente discricionário, alegar que o confronto judicial do mesmo seria inviável equivale a sustentar, em última linha, que a legislação vigente retirou do Poder Judiciário a possibilidade de analisar impugnações aos mais diversos atos administrativos, o que é inconstitucional, em face do que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República.

10. Nesse contexto de idéias, o acórdão recorrido merece reforma: não para asseverar que, na hipótese, o EIA/Rima é pura e simplesmente de realização compulsória, mas para que o Tribunal Regional avalie o agravo de instrumento interposto para dizer se concorda ou não com a necessidade de realização do estudo de impacto ambiental no caso concreto (em lugar do RCA), como sustenta o MPF, afastando-se a conclusão de que os aportes do Ibama na esfera administrativo-ambiental não são sindicáveis em face do Judiciário.

11. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1279607/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011) (**grifo nosso**)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. **O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.** 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas

ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

3.2.3. Princípios da Impessoalidade e da Isonomia

Segundo o princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, *caput*⁵³ da CRFB (BRASIL, 1988), que rege a administração pública em geral, o ato administrativo deve ser praticado observando a finalidade prevista em lei. Assim, o administrador público não poderá valer-se de subjetivismos, beneficiando ou prejudicando pessoas determinadas, sob pena de incorrer em abuso de poder, por desvio de finalidade.

Previu também a CRFB o princípio da isonomia ou da igualdade que estabeleceu a igualdade formal entre todos, proclamando em seu art. 5º, *caput* que “todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1988).

Conforme mencionado anteriormente, as ações coletivas constituem o instrumento processual mais adequado para a intervenção jurisdicional nas políticas públicas, uma vez que encerram um direito fundamental difuso ou coletivo *stricto sensu*, conforme o caso concreto. Entretanto, não é o único meio processual possível. À luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV

⁵³ “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” (BRASIL, 1988).

da CRFB (BRASIL, 1988), que assegura a atipicidade da tutela jurisdicional, demandas individuais, destinadas à tutela de direito estritamente individual, também se prestam a intervir em políticas públicas.

Quando demandado em ações individuais que buscam a tutela de direito exclusivamente individual, mas relativas a políticas públicas, o poder público alega ofensa aos princípios da impessoalidade e da isonomia para afastar a pretensão do autor. Entretanto, essa tese não merece prosperar.

A realização do direito individual, no âmbito administrativo ou jurisdicional, não dá margem a subjetivismo, tampouco concede privilégio a quem quer que seja, porque está previsto em lei. Da mesma forma, não prejudica outrem ou a coletividade, que poderá, caso julgue oportuno, também exercer o seu direito perante a administração pública ou em juízo (LIBERAL, 2018).

No que diz respeito à isonomia, o cumprimento da norma pela Administração Pública tão somente confirma a igualdade formal assegurada pela Carta Política, de que todos são iguais perante a lei. Dessa forma, não cabe a alegação de que o controle judicial das políticas públicas, por meio de ações individuais, ofende aos princípios da impessoalidade e da isonomia (LIBERAL, 2018).

Os tribunais brasileiros têm afastado a alegação de afronta aos princípios da impessoalidade e da isonomia. A título de exemplo, reportam-se as decisões abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ACESSO À SAÚDE. PERDA DO OBJETO COM A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INOCORRÊNCIA. DIREITO QUE EXIGE PROTEÇÃO SUFICIENTE. SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DO POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. CARTÓRIO ESTATIZADO. ISENÇÃO. 1. Não ocorre perda do objeto por ter sido deferido pedido de antecipação dos efeitos da tutela. 2. **O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o implementam, embora vinculem o Estado e os cidadãos, devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo obrigação do Poder Judiciário fiscalizar a execução dessas políticas, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes (ar. 2º da CF/88), da reserva do possível ou da isonomia e da impessoalidade.** 3. Custas judiciais são taxa segundo o Supremo Tribunal Federal. Quando o cartório em que tramita o processo tem regime estatizado, as custas processuais não são devidas pelo Estado. Regra extraível da interpretação do art. 11, parágrafo único, da Lei Estadual nº 8.121/85. Precedentes da Câmara. 4. Ausente sucumbência recíproca, descabe atribuir à parte autora condenação à restituição de despesas processuais ou a condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Sucumbência suportada unicamente pelos demandados. Mantido o valor dos honorários fixados na sentença. PRELIMINAR AFASTADA. APELAÇÃO DO ESTADO PARCIALMENTE PROVIDA E APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

(Apelação Cível, Nº 70026405100, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em: 26-11-2008) **(grifo nosso)**

Apelação e Reexame necessário. Mandado de Segurança Fornecimento de medicamentos Paciente portador de "Diabetes Mellitus Tipo 1" Falta de interesse de agir Inocorrência **Ausência de violação aos princípios da separação dos Poderes, Isonomia e Impessoalidade** Dever de assistência à saúde Inteligência do artigo 196 da Constituição Federal Astreintes. Possibilidade em desfavor da Fazenda Pública Redução do valor Proporcionalidade Cabimento. Recursos voluntário e oficial parcialmente providos, com observação.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1010510-75.2014.8.26.0451; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/03/2015; Data de Registro: 28/03/2015) **(grifo nosso)**

3.2.4. Reserva do possível

A implementação de políticas públicas, como qualquer atividade estatal, depende da utilização de recursos financeiros. Todo orçamento tem uma capacidade limitada e, por isso, requer um planejamento antecipado com rubricas preestabelecidas para atender o exercício financeiro seguinte. De fato, esse planejamento não cabe ao Poder Judiciário (ROCHA, 2018).

São incontáveis os direitos a serem efetivados por meio de políticas públicas. Em contrapartida, os recursos financeiros a serem aplicados são limitados, talvez insuficientes para atender toda a demanda. Diante desse cenário, a Administração Pública, ao ser demandada a respeito de políticas públicas, invoca em sua defesa, pretendendo a rejeição do pedido do autor, a teoria da reserva do possível. Segundo Liberal (2018), a reserva do possível é argumento frequente da Administração Pública para justificar sua omissão.

Apesar de não prevista expressamente no ordenamento constitucional brasileiro, doutrina e jurisprudência reconhecem a aplicação e os desdobramentos da teoria da reserva do possível que implicam na inadmissibilidade do controle judicial de políticas públicas (ROCHA, 2018).

A reserva do possível se caracteriza pela vedação ao Judiciário, em lides que são postas à sua apreciação, de impor ao Estado o cumprimento de prestações positivas que exijam o emprego de recursos públicos, uma vez que tais recursos são limitados e, portanto, incapazes de atender a todos (REIS JR, 2009). E a

prerrogativa de dispor desses recursos limitados seria exercida com exclusividade pelo administrador público.

O Estado aduz que não há recursos financeiros disponíveis para atendimento da pretensão (reserva do possível fática) e/ou que não há previsão orçamentária da despesa, conforme exige a legislação, notadamente a Lei de Responsabilidade Fiscal (reserva do possível jurídica) (LIBERAL, 2018).

Em primeiro lugar, convém lembrar que compete ao Estado comprovar suas alegações. Isso porque tal ônus processual lhe é carreado, nos termos do art. 373, II⁵⁴ do CPC (BRASIL, 2015), por se tratar de fato impeditivo do direito do autor. Insuficiente, portanto, a alegação genérica de carência de recursos.

Há ainda outros argumentos que justificam a atribuição do encargo probatório ao Estado-réu. O primeiro deles é a inversão do ônus da prova, mediante aplicação analógica do art. 6º, VIII⁵⁵ do CDC (BRASIL, 1990). Em se tratando de demanda coletiva, esse dispositivo legal incidirá diretamente, uma vez que a codificação consumerista integra o microssistema processual coletivo, aplicável a todas as ações coletivas (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

A decisão abaixo ilustra o entendimento do STJ sobre a possibilidade de aplicar a regra de inversão do ônus da prova prevista no CDC diretamente em ações coletivas não envolvendo consumidores. No caso em questão, o órgão julgador aplica a regra do CDC combinada com a LACP, mostrando a integração do microssistema processual coletivo.

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET. MATÉRIA PREJUDICADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA ? ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

3. **Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação**

⁵⁴ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...) II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (BRASIL, 2015).

⁵⁵ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (BRASIL, 1990).

do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985,
conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 972.902/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA,
julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009) (**grifo nosso**)

Outra possibilidade é a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, que pode ocorrer em demandas coletivas ou individuais. Dessa forma, atribui-se o ônus probatório à parte que apresenta as melhores condições de provar os fatos necessários à solução da controvérsia, que será o Estado-réu, conforme previsão expressa no art. 373, §1º⁵⁶ do CPC (BRASIL, 2015). Enfim, em qualquer cenário, o encargo probatório deve ser atribuído ao Poder Público, que detém informações e documentos sobre os recursos financeiros disponíveis.

Porém, Liberal (2018) afirma ser irrelevante para a solução de demandas relativas a políticas públicas a comprovação da insuficiência financeira do Estado ou da falta de previsão orçamentária. Isso porque tais questões, ainda que comprovadas, são momentâneas, não constituindo impedimentos definitivos. Se o autor tem o direito afirmado, a decisão deverá ser pela procedência do pedido.

Não faz sentido rejeitar o pedido sob o argumento de que o Estado não dispõe de recursos financeiros para implementar a política pública. Isto representaria, em comparação com o direito privado, a esdrúxula situação na qual o devedor não seria condenado à reparação dos danos porque não dispõe de patrimônio suficiente para honrar o futuro adimplemento da sentença.

A despeito da carência de recursos e/ou da falta de previsão orçamentária, uma vez constatado o direito à política pública alegado pelo autor, o Estado deve ser condenado, impondo-se o dever de incluir a política pública no orçamento e implementá-la em seguida. Estabelece-se a regra sancionadora que será efetivada na fase de cumprimento de sentença.

Convém salientar que não se trata de sentença condicional, que subordina a sua eficácia à ocorrência de evento futuro e incerto, vedada pelo art. 492, parágrafo

⁵⁶ Art. 373, §1º – “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (BRASIL, 2015).

único⁵⁷ do CPC (BRASIL, 2015). Trata-se de sentença certa e precisa que decidirá pela condenação do Poder Público a:

- Implementar ou corrigir a política pública ou;
- Providenciar a dotação orçamentária necessária e a implementar a política pública.

Pode-se argumentar que esse cenário resultaria em uma fase de cumprimento de sentença fadada ao fracasso. Todavia, o sucesso da execução, com a realização do direito no mundo fático, depende do emprego de técnicas processuais adequadas, com extensa produção probatória e contraditório intenso. Essas características são comumente encontradas nos processos coletivos estruturais, que serão detalhados no capítulo 4 deste trabalho.

Além do mais, Rocha (2018) destaca que não é possível invocar a teoria da reserva do possível para se desincumbir dos encargos constitucionais pela escassez de recursos. A restrição a direitos fundamentais só é constitucionalmente legítima se comprovada a necessidade de proteção de outro direito prioritário. Por isso, a reserva do possível não possibilitará que o Poder Público se esquive da obrigação de concretizar os direitos fundamentais.

As jurisprudências do STJ e STF vêm rechaçando a aplicação da reserva do possível como alegação para afastar a implementação de políticas públicas que visam a concretização de direitos fundamentais. Também não se vem admitindo essa tese em razão de defesas sem embasamento fático ou tomadas como genéricas. Ou seja, o Poder Público não comprova a insuficiência de recursos. As ementas abaixo ilustram esse entendimento:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA.

ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA.

PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

⁵⁷ Art. 492, parágrafo único – “A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional” (BRASIL, 2015).

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, **a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas.** Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, por meio da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público, em que se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do

Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel.

Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

10. Porém, é preciso fazer uma ressalva no sentido de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas.

Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. **Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.** No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 790.767/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015) (**grifo nosso**)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Chuvas. Residência interditada pela Defesa Civil. 3. Termo de compromisso. Solidariedade dos entes federativos, podendo a obrigação ser demandada de qualquer deles. Súmula 287. 4. Princípio da legalidade. Lei municipal nº 2.425/2007. Súmula 636. 5. **Teoria da reserva do possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade. Injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao estado. Cumprimento de políticas públicas previamente estabelecidas pelo Poder Executivo.** 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 855762 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2015 PUBLIC 01-06-2015) (**grifo nosso**)

3.2.5. Mínimo existencial

O direito ao mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Trata-se de um direito fundamental social não escrito, ou seja, atribuído a partir da interpretação do dispositivo de outro direito expresso. Fundamenta-se no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (WEBER, 2013).

Segundo Torres (1989), o mínimo existencial vai além da simples garantia de sobrevivência. Refere-se à garantia de uma existência digna, com exercício dos direitos de liberdade e assistência dos direitos sociais.

O mínimo existencial deve ser atendido prioritariamente e não pode ser denegado pelo Estado. O conceito aponta para uma obrigação do poder público e um direito subjetivo do administrado. Em caso de falha na implementação de políticas públicas que concretizam direitos sociais, o Poder Judiciário poderá ser chamado a intervir no exercício da função jurisdicional (CLEVE, 2006).

A tese do mínimo existencial afasta a incidência da reserva do possível. Essa posição foi referendada pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45/DF⁵⁸.

3.2.6. Vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso social é uma garantia constitucional implícita que coíbe intervenções estatais que venham a desconstruir ou prejudicar o grau de concretização já conquistado por determinado direito fundamental. Como a Constituição Federal de 1988 elevou os direitos sociais à categoria de direito fundamental, este princípio também se aplica a esses direitos (ROCHA, 2018).

O princípio da vedação ao retrocesso social impede que o legislador suprima ou altere normas infraconstitucionais que concretizam normas constitucionais de direitos sociais, violando sua eficácia. A vedação ao retrocesso social também se estende à concretização de direitos fundamentais por meio de políticas públicas pela Administração Pública. O objetivo é impedir que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos.

A jurisprudência do STF vem admitindo a aplicação da vedação do retrocesso social para afastar a incidência da reserva do possível, em casos de judicialização de políticas públicas. A título de exemplo, reproduz-se a ementa abaixo:

E M E N T A: DEFENSORIA PÚBLICA – DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA – ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPOSTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA – IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA – MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR

⁵⁸ (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DF 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA – **OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS** – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – **O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO** – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (**PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL**, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 763667 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013) (**grifo nosso**)

3.3. ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é uma postura ou escolha do magistrado ou tribunal em interpretar a Constituição de modo específico, proativo e expansivo cujas origens remontam à jurisprudência americana. Normalmente ele se manifesta diante de retração ou omissão do Poder Legislativo, ou quando há descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009).

Já Sarlet (2017) define ativismo judicial como um fenômeno caracterizado pela acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos processuais e na esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, que coloca o Poder Judiciário como protagonista, diante dos valores constitucionais.

Quando adota uma postura ativista, o Poder Judiciário opta por exercer papel criativo e inova, antecipando-se à criação ou alteração da legislação. Ocorre normalmente diante de novas necessidades, quando a lei não se mostra suficiente ou diante de situações que exigem uma interpretação expansiva da legislação (GRANJA, 2013). Ainda que se argumente que a finalidade do ativismo judicial é concretizar valores constitucionais e, portanto, benéfica, ao adotar uma postura ativista, o Poder Judiciário exorbita de suas atribuições constitucionais, caracterizando interferência ilegítima na esfera de atuação dos demais Poderes.

Rocha (2018) lembra que é importante diferenciar os termos judicialização, que diz respeito à função típica do Poder Judiciário e ativismo judicial. O controle judicial de políticas públicas não caracteriza ativismo judicial. O Poder Judiciário cumpre as obrigações previstas no ordenamento jurídico que passou pelo crivo do Poder Legislativo. Segundo, Barroso (2009), judicialização diz respeito a:

Algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2009, p.3).

Várias são as causas para a proliferação da judicialização no país. Após a redemocratização, com a promulgação da Constituição de 1988, ocorreu o fortalecimento e a expansão do Poder Judiciário. Trata-se de uma constituição abrangente, incluindo diversos temas antes regulamentados por legislação infraconstitucional a cargo do processo político. Além disso, aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. E também é importante mencionar o amplo sistema de controle de constitucionalidade, que permite que questões política ou moralmente relevantes passem pelo crivo do STF (BARROSO, 2009).

Não se defende o ativismo judicial. Muito pelo contrário, tal prática é considerada desrespeito aos limites normativos da função jurisdicional. Entretanto, também não se admite o passivismo judicial. É preciso delimitar com clareza as situações em que o Poder Judiciário deve autoconter-se, daquelas nas quais deve agir. Por força do seu compromisso com os valores fundamentais da República, o Poder Judiciário não pode assistir passivamente a omissão dos demais poderes na efetivação dos direitos fundamentais e proteção do regime democrático, em desconformidade com o ordenamento constitucional (REFOSCO, 2018);

A atuação do Poder Judiciário brasileiro em políticas públicas é necessária para concretizar o modelo garantista preconizado pela atual Constituição, nos casos de omissão ou inconstitucionalidade dos atos dos demais poderes. Trata-se de uma atividade essencialmente cognitiva, pois decorre da interpretação do ordenamento jurídico em defesa dos direitos fundamentais e não da mera criatividade do juízo (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017). O recurso às decisões estruturantes (tema que será abordado no capítulo 4 deste trabalho) parece mais viável no caso brasileiro, inclusive em virtude do caráter analítico da Constituição e do fato de contemplar direitos sociais (SARLET, 2017).

O controle da disfunção política do ponto de vista jurídico passa por identificar se está ocorrendo, no caso concreto, uma proibição de excesso ou de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Ultrapassadas essas linhas, a intervenção é obrigatória. O exame da suficiência da política pública incumbe ao Poder Judiciário, como forma de assegurar o conteúdo mínimo de proteção (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

Uma questão aderente com a proteção mínima dos direitos fundamentais é o conceito do mínimo existencial, frequentemente associado com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Definido como o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar uma vida digna às pessoas, a noção de mínimo existencial é considerada critério material importante, mas não exclusivo, para a decisão sobre o que deve ser assegurado pelo Poder Judiciário, mesmo contra as opções do legislador e do administrador (SARLET, 2017).

Ora, se o Judiciário deixar de agir, estará incorrendo na proibição da proteção insuficiente, uma vez que deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. O compromisso do Estado Democrático Constitucional é com a efetivação dos direitos fundamentais como um todo e a proibição de sua proteção insuficiente (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017). Convém lembrar que os direitos sociais foram expressamente previstos no texto constitucional, e dotados de aplicabilidade direta na condição de direitos fundamentais. Assim, essas normas podem ser aplicadas pelos órgãos judiciais, independente de regulamentação (SARLET, 2017).

4. PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

Processo coletivo estrutural diz respeito a um modelo de processo coletivo diferenciado que busca implantar uma reforma estrutural em uma organização, para concretizar um direito fundamental, realizar uma política pública ou resolver litígios complexos⁵⁹ ou de difusão irradiada (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017). Os processos coletivos estruturais são materializados por meios de ações coletivas.

Inicialmente, é importante lembrar que as decisões são estruturais, e não o processo. Entretanto, o processo em que se constrói uma decisão estrutural é chamado pela doutrina de processo estrutural (LIMA, 2015). Essa aparente confusão terminológica faz com que diversas denominações apareçam na doutrina designando o mesmo fenômeno.

Litígios estruturais, processos estruturais, medidas estruturantes, decisões estruturantes, decisões estruturais, ações estruturais, técnicas estruturantes, reformas estruturantes e remédios estruturantes são apenas algumas das várias nomenclaturas já utilizadas pela doutrina brasileira para designar esse novo modelo de processo coletivo que pode funcionar como uma ferramenta mais eficiente para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, por meio da atuação do Poder Judiciário, diante da omissão dos demais poderes.

Em um cenário marcado por crise fiscal e corte de gastos dos governos, a luta por direitos, em especial o amplo rol de direitos fundamentais garantidos pela Constituição, ganha ainda mais importância. É preciso lembrar que esses direitos fundamentais devem ser concretizados, o que ocorre por meio de prestações estatais chamadas genericamente de políticas públicas.

Nesse cenário, o tema dos processos estruturais torna-se bastante relevante, em razão da perspectiva de a judicialização de políticas públicas envolver temas de grande repercussão social, além de envolverem coletividades consideráveis (ROCHA, 2018). É importante garantir meios processuais adequados para que a sociedade provoque o Poder Judiciário a intervir junto aos entes estatais, alterando e/ou implementando políticas públicas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, notadamente, o direito à educação infantil (ARENHART, 2009).

⁵⁹ Litígios complexos referem-se a situações em que há colisão de múltiplos interesses sociais tuteláveis, afetando diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos de maneira diferente (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017). Este trabalho considera como sinônimo de litígio de difusão irradiada, conceito proposto por Lima (2015).

As decisões são chamadas estruturais em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, supervisionar práticas e políticas adotadas pelas instituições, sob intervenção judicial. Partem da crença de que os valores constitucionais não podem ser plenamente assegurados sem que se realizem mudanças básicas na própria estrutura dessas organizações. Portanto, a natureza estrutural não decorre da vontade das partes, mas das características da demanda (TESHEINER, 2017).

Conforme antecipado na seção 2.3 do presente trabalho, litígios complexos ou de difusão irradiada referem-se a situações em que há colisão de múltiplos interesses sociais tuteláveis, afetando diretamente diversas pessoas ou segmentos. Entretanto, o resultado do litígio não atingirá essas pessoas ou grupos de maneira idêntica, uma vez que suas visões sobre o resultado desejável para o processo poderão ser divergentes ou até antagônicas. Por isso, é recomendável a utilização de processos estruturais (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

Causas envolvendo direitos fundamentais também são passíveis de resolução por meio de processos estruturais. Conforme já abordado anteriormente, os direitos fundamentais são considerados direitos públicos subjetivos do cidadão em face do Estado, exigíveis, portanto, pela via judicial (SARLET, 2017).

É imprescindível que o direito processual se preocupe com a tutela dos direitos fundamentais, já que os instrumentos processuais atualmente disponíveis são inadequados. Demandas individuais e mesmo o processo coletivo tradicional mostram-se insuficientes. (ARENHART, 2015). Justamente por isso é que se propõe um modelo de processo de caráter prospectivo ou preventivo, caracterizado pela multiplicidade de partes e flexibilidade das regras procedimentais.

Os processos estruturais surgiram nos Estados Unidos da América (EUA) entre as décadas de 1950 e 1970, a partir da postura mais ativa dos juízes. Por meio de suas decisões, o Poder Judiciário passou a impor reformas estruturais em instituições burocráticas, para atender as diretrizes constitucionais. Partia da premissa de que era necessário reconstruir as organizações burocráticas para pôr fim à ameaça ou à lesão que essas instituições representavam para a efetividade das normas constitucionais (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

O litígio estruturante inicial foi o caso *Brown versus Board of Education of Topeka* em 1954. A Suprema Corte americana decidiu pela inconstitucionalidade do sistema de segregação racial nas escolas públicas. Com essa decisão, iniciou-se um

processo amplo de mudança do sistema público educacional. O Poder Judiciário passou a impor reformas estruturais nas instituições, para atender as diretrizes constitucionais (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

4.1. PROCESSO COOPERATIVO

A doutrina tradicional identifica, usualmente, dois modelos de estruturação do processo: adversarial (ou dispositivo) e inquisitorial (ou inquisitivo). Didier Jr. (2016) identifica um terceiro modelo chamado de processo cooperativo.

Segundo o autor, no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo, caracterizado por maior protagonismo das partes. O processo desenvolve-se como uma disputa entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional passivo, a quem cabe decidir o caso. Esse modelo de processo é frequentemente associado a regimes democráticos e liberais.

Já no modelo inquisitorial, o processo se organiza como uma pesquisa oficial, preponderando o princípio inquisitivo, de modo que caberá ao órgão judicial o papel de protagonista. A doutrina costuma associar esse modelo de processo a regimes autoritários. Portanto, o que diferencia os dois modelos de processo é, basicamente, a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional (DIDIER, 2016).

Evidentemente, não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo. O mais correto é caracterizar a predominância de um ou outro modelo em determinados temas, tais como: instauração do processo, produção de provas, delimitação do objeto litigioso, recursos, dentre outros. Como há bastante equilíbrio entre os dois modelos, Didier Jr. (2016) entende que o modelo processual brasileiro é o cooperativo. Trata-se de um modelo coparticipativo, com o objetivo de construir um processo civil democrático em conformidade com a Constituição. Exigem-se novos modelos de jurisdição e processo, abertos à cooperação e ao diálogo. O poder jurisdicional não é mais autossuficiente (TESHEINER, 2017).

O processo coletivo estrutural, para que seja efetivo, deve ser entendido enquanto um processo cooperativo. O processo cooperativo caracteriza-se como um espaço coparticipativo e democrático de formação das decisões, observando as normas fundamentais (valores e normas constitucionais) presentes no ordenamento jurídico (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório servem de base para o surgimento do princípio da cooperação. Esse princípio define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro e encontra-se positivado no art. 6º⁶⁰ do CPC (BRASIL, 2015). O princípio da cooperação exige que todos os sujeitos processuais cooperem entre si para o alcance de decisão de mérito justa, efetiva e tempestiva. Tal princípio expande a solidariedade prevista no art. 3º, I⁶¹ da CRFB (BRASIL, 1988), para que se aplique entre os entes da relação processual (CABRAL, 2019).

O princípio da cooperação enaltece o contraditório, por exigir das partes tratamento igualitário no exercício de direitos e faculdades processuais, a partir de oportunidades concretas de contribuir para o convencimento do juiz. O princípio do contraditório torna-se instrumento para o aprimoramento da decisão judicial. Além de valorizado, o contraditório é ampliado, com a inclusão do órgão jurisdicional no diálogo processual, e não mais como um espectador passivo do conflito entre as partes (DIDIER JR, 2016).

Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem protagonismos e destaques para qualquer um dos sujeitos processuais. Entretanto, apesar de a atividade cognitiva⁶² ser compartilhada, a decisão judicial permanece como manifestação de poder exclusiva do órgão jurisdicional que assume dupla posição: de um lado, mostra-se paritário na condução do processo e no diálogo processual; e de outro lado, é assimétrico no momento da decisão.

A partir do princípio da cooperação, surgem deveres de conduta para as partes e para o órgão jurisdicional, propiciando a obtenção de um processo leal e cooperativo. A eficácia desse princípio independe de regras jurídicas expressas. Cabral (2019) afirma que os deveres de esclarecimento, prevenção, debate e auxílio, advindos do princípio da cooperação, são aplicáveis a todos os sujeitos processuais reciprocamente. Mas há autores que enumeram deveres distintos para as partes e para o órgão julgador.

Segundo Didier Jr. (2016), são exemplos de deveres atribuídos às partes pelo princípio da cooperação:

⁶⁰ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

⁶¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988).

⁶² No sentido jurídico do termo: processo de conhecimento.

- Dever de esclarecimento – as demandas devem ser redigidas com clareza e coerência, sob pena de inépcia;
- Dever de lealdade – as partes devem observar o princípio da boa-fé processual (art. 5^{o63} do CPC), vedada a litigância de má-fé;
- Dever de proteção – vedação de uma parte causar danos à parte adversária.

Complementando, o eminente doutrinador esclarece que o princípio da cooperação também imputa deveres ao órgão jurisdicional. Cita-se como exemplo:

- Dever de lealdade – também como consequência do princípio da boa-fé processual;
- Dever de esclarecimento – consiste no dever de esclarecer as dúvidas apresentadas pelas partes quanto a alegações, pedidos ou posições apresentadas em juízo;
- Dever de motivar – é uma garantia processual já consolidada que consiste no dever de explicitar as razões da decisão;
- Dever de consulta – impede que o órgão jurisdicional decida com base em questão de fato ou de direito sobre determinada questão, sem que as partes sejam intimadas a se manifestarem sobre ela, ainda que se trate de questão que possa ser conhecida de ofício. O dever de consulta está expresso no art. 10⁶⁴ do CPC (BRASIL, 2015);
- Dever de prevenção – corresponde ao dever do órgão julgador de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas.

O princípio da cooperação e a cláusula geral de negociação sobre o processo podem ser bases doutrinárias processuais que justificam a implementação de um modelo processual mais interventivo, dialógico e flexível, demandado pelo processo coletivo estrutural. O tema de negócios jurídicos ou convenções processuais será explorado na seção 4.4 deste trabalho.

⁶³ “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (BRASIL, 2015).

⁶⁴ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL, 2015).

4.2. CARACTERÍSTICAS

Não há um modelo fechado de processo coletivo estrutural. Entretanto, a maioria deles compartilha algumas características que serão detalhadas nas subseções a seguir. Essas características visam assegurar ao Poder Judiciário ferramentas que lhe permitam realizar as mudanças estruturais necessárias para concretizar direitos fundamentais, implantar políticas públicas ou solucionar litígios complexos ou de difusão irradiada.

4.2.1. Processo prospectivo e multipolarizado

A discussão de políticas públicas exige um procedimento com maior amplitude e que não esteja preso à lógica bipolar dos processos tradicionais. O modelo tradicional de processo é bipolarizado, próprio das ações individuais, com protagonismo das partes. Muitas vezes, mesmo as demandas coletivas seguirão a lógica individual bipolarizada e retrospectiva (ARENHART, 2015). O processo é organizado como uma disputa entre dois indivíduos ou dois interesses opostos, que será decidido na base de que o vencedor levará tudo (CHAYES, 1976).

O modelo tradicional de processo possui caráter retrospectivo, pois busca reparar ilícitos passados por meio de uma indenização. A controvérsia se dá sobre eventos cuja ocorrência gerou consequências jurídicas para as partes. Ou ainda sobre eventos que não ocorreram, mas que, caso tivessem ocorrido, impactariam as relações jurídicas dos envolvidos. A ação envolve um julgamento simples que se limita a suspender ou evitar algum evento isolado (fatos corriqueiros e simples).

Trata-se de uma ação individualista, envolvendo valores e objetivos privados, de modo que o processo judicial é percebido como um antagonismo bipolar. Infere-se que *status quo* é justo, mas foi alterado pelo conflito. Dessa forma, a tutela jurisdicional pedida é a restauração do *status quo*. O Judiciário é visto como uma instituição isolada, que obtém sua legitimidade com consentimento individual que a parte dá para ingressar na relação processual (FISS, 2005).

Já o processo estrutural é multipolarizado, com maior protagonismo do Poder Judiciário. É caracterizado pela multiplicidade de partes, flexibilidade das regras procedimentais e concretização de valores constitucionais. A estrutura de partes é

extensa e amorfa, sujeita a mudanças ao longo do processo. Substitui-se o relacionamento adversarial por negociação e mediação contínuas (CHAYES, 1976).

Os processos envolverão visões e interesses distintos, que não poderão ser agrupados em apenas dois blocos. Essas visões não são necessariamente opostas e incompatíveis, podendo convergir em diversas situações (ARENHART, 2015).

O processo estrutural representa uma forma de adjudicação diferenciada, de caráter prospectivo ou preventivo chamado de injunção⁶⁵. A tutela jurisdicional pedida é a criação de uma nova realidade social por meio de mudanças estruturais nas instituições, ao passo que o *status quo* tem sua exatidão questionada. O Poder Judiciário é compreendido como parte integrante do sistema de governo, conferindo-lhe legitimidade (FISS, 2005).

4.2.2. Ativismo judicial moderado

Há diversos autores (ARENHART, 2009; CAMPOS, 2015; SARLET, 2017) que afirmam que a principal característica dos processos estruturais é o ativismo judicial moderado ou equilibrado, fenômeno já descrito na seção 3.3 deste trabalho. Campos (2015) qualifica o ativismo como dialógico, evidenciando a necessidade de harmonizá-lo com a proposta de diálogos institucionais.

A princípio, essa afirmação pode parecer bastante estranha. Conforme detalhado anteriormente, não se defende o ativismo judicial, uma vez que não se admite que o Poder Judiciário exorbite das funções delegadas pela Constituição, agindo em desacordo com o ordenamento jurídico. Entende-se que o ativismo judicial recomendado pela doutrina é diferente, como o conceito proposto por Rodrigues e Gismondi (2017):

A participação cada vez mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação classicamente atribuído aos Poderes Legislativo e Executivo, inclusive na efetivação de políticas públicas (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

⁶⁵ Ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente, tão medida judicial possui caráter preventivo, visto que não se destina a reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros (FISS, 2005).

Observa-se que a exigência é por um maior protagonismo do Poder Judiciário, e não por ativismo judicial, sem exorbitar das prerrogativas estabelecidas pela Constituição. Conforme foi explorado no capítulo 3 deste trabalho, doutrina e jurisprudência têm reconhecido reiteradamente, a legitimidade da intervenção jurisdicional nas políticas públicas.

Portanto, ao intervir na esfera de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo para efetivar políticas públicas, o Poder Judiciário estará exercendo suas atribuições em conformidade com a Constituição, de modo que sua postura não poderá ser considerativa ativista, no sentido original do termo. Dessa forma, os juízes determinarão soluções e medidas que serão cumpridas pelos atores estatais (SARLET, 2017), mas respeitando o seu rol de atribuições.

O litígio estrutural normalmente demanda ordens de execução complexas, que cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do problema. Não há como alcançar esses objetivos sem um maior protagonismo do juiz. Para encampar tal tarefa, a atuação “ativista” acaba sendo o único meio possível (CAMPOS, 2015).

O juiz não é mais visto como simples aplicador do direito, mas quase como agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Se isso já ocorre no plano das ações individuais, com muito mais razão também será característica marcantes das ações coletivas. De fato, qualquer litígio coletivo envolverá o embate entre interesses relevantes e com hierarquia constitucional (ARENHART, 2009).

Isso confere ao magistrado um poder político semelhante ao desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, para escolher o interesse “mais relevante”. Espera-se que o magistrado não escolha arbitrariamente, mas que tome uma decisão fundamentada, amparada pelos princípios fundamentais do Direito e com sensibilidade diante da realidade social. Caberá ao magistrado aplicar os princípios constitucionais ao caso concreto, por meio da ponderação de interesses e da aplicação do princípio da proporcionalidade (ARENHART, 2009):

4.2.3. Redefinição da noção de contraditório

A ampliação do contraditório já é uma característica presente em qualquer processo coletivo, conforme abordado anteriormente no capítulo 2 deste trabalho. Entretanto, no caso do processo estrutural, é necessária uma ampliação ainda maior, de modo que parte da doutrina chega a mencionar que, mais que ampliação, há uma verdadeira redefinição do conceito de contraditório.

O contraditório, visto como direito de efetivamente influir no convencimento do juiz, não pode limitar-se às partes do conflito. No caso dos processos estruturais, exige-se a participação de toda a coletividade, já que a política pública se destina a todos. Litígios estruturais geram decisões que almejam alterar substancialmente, para o futuro, determinada prática ou instituição. As questões típicas desse tipo de causa envolvem valores amplos da sociedade, de modo que há vários interesses concorrentes em jogo e a decisão pode afetar a esfera jurídica de vários terceiros.

O novo conteúdo para o contraditório dependerá da influência exercida pelos vários núcleos de interesses envolvidos na controvérsia. Entretanto, a participação direta de todos os sujeitos individuais com interesse no resultado pode ser inviável, já que pode envolver, em último caso, a sociedade como um todo. Por isso, devem ser empregadas técnicas de representação dos vários interesses em disputa e dos vários segmentos que possam contribuir para a construção da decisão judicial.

Em razão da complexidade das matérias debatidas e da potencialidade das decisões atingirem grande de número de pessoas, processos estruturais demandam novas formas de participação dos sujeitos no processo. Essa participação poderá ocorrer por meio de representantes de núcleos de interesses, legitimados extraordinários ou especialistas que possam contribuir com suas visões sobre o problema e possíveis soluções. Para a consecução desse objetivo, admissão de *amicus curiae*, a realização de audiências públicas e outras formas atípicas que garantam ampla participação são fundamentais.

Com as audiências públicas e o *amicus curiae* supera-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos. O processo comum individualista (ainda que por meio de uma ação coletiva) opera com a lógica de que há duas visões antagônicas sobre o problema. No ambiente das políticas públicas, a visão deve ser diferente (ARENHART, 2015).

4.2.4. Provimentos em cascata

Outra característica marcante dos processos coletivos estruturais diz respeito aos provimentos em cascata. Segundo Didier Jr. e Zanata Jr. (2019), tal possibilidade encontra amparo legal como uma analogia ao que o CPC já prevê para o saneamento compartilhado (art. 357, §3^o⁶⁶ do CPC). Essa característica está relacionada com outros atributos dos processos estruturais que serão detalhados posteriormente, quais sejam: execução atípica e monitoramento.

Há no processo estrutural uma decisão principal que, para ser efetivamente concretizada, depende de inúmeras outras decisões que a sucedem. A decisão principal será genérica e estabelecerá as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado. Já o objetivo das decisões secundárias é solucionar problemas e questões pontuais decorrentes da efetivação das decisões anteriores.

Muitas vezes, a decisão atual depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior. Buscam-se soluções capazes de mitigar eventuais impactos negativos, adequando a resolução proposta para o caso para obtenção de macrojustiça (TESHEINER, 2017).

A microjustiça é a justiça do caso concreto, realizada individualmente, no contexto da questão levada ao conhecimento do juiz. Enquanto isso, a macrojustiça se relaciona à resolução de determinadas questões sociais e políticas no universo da coletividade (ALVAREZ, 2015).

A decisão estrutural possui conteúdo complexo, pois prescreve simultaneamente uma norma-princípio e uma norma-regra. A norma-princípio é uma norma jurídica de conteúdo aberto, indicando um resultado, meta ou objetivo a ser alcançado. São essenciais para estabelecer as finalidades e objetivos, e para controlar a adequação dos resultados alcançados ao que foi inicialmente planejado. Corresponde à decisão primária mencionada anteriormente.

Mas haverá também decisões que estruturam e detalham como alcançar a meta planejada, estabelecendo condutas que devem ser observadas ou evitadas.

⁶⁶ Art. 357, § 3º – “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” (BRASIL, 2015).

Essas decisões são as normas-regras, e correspondem às decisões secundárias que sucedem a decisão principal (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

As decisões secundárias são fundamentais para a eficácia da tutela pretendida (entrega do bem da vida). A simples emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não é suficiente para atingir os resultados desejados. Mas, para isso, é imprescindível o envolvimento do juiz no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento. Medidas estruturantes são soluções efetivas quando o julgador sai do gabinete e conhece a realidade da comunidade atingida pela demanda, oferecendo sugestões ou opções para efetivar o que já fora decidido no processo (ROCHA, 2018).

Ambas as estruturas normativas, norma-princípio e normas-regras se apoiam e se complementam, de modo que as normas-regra realizam o que as normas-princípio planejam.

4.2.5. Forma dialógica das decisões judiciais

A forma dialógica das decisões judiciais também é característica marcante dos processos estruturais. As decisões tradicionais são normalmente impositivas, por meio de ordens rígidas e desvinculadas da implementação das medidas. Em caso de descumprimento da decisão, há previsão de medidas coercitivas, notadamente a aplicação de multas. Prevalece, portanto, a supremacia judicial.

Já nas decisões estruturais, a supremacia judicial é substituída pelo diálogo. As cortes devem estar cientes de suas limitações. Não podem resolver o quadro atuando isoladamente, correndo o risco de pronunciarem decisões impossíveis ou tecnicamente inviáveis e que não resolverão o problema (CAMPOS, 2015). A ampliação do debate processual deve ocorrer não só na fase cognitiva⁶⁷, mas também na fase executiva (TESHEINER, 2017).

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Em questões dessa natureza, a capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. A construção dialógica de decisões, com o

⁶⁷ Mais uma vez, refere-se ao sentido jurídico do termo: processo de conhecimento.

envolvimento direto de interessados, especialistas e da sociedade civil como um todo, torna-se especialmente relevante (BARROSO, 2009).

Com ordens flexíveis e diálogo, o Poder Judiciário fixa parâmetros e prazos, mas deixa as escolhas técnicas a cargo dos outros poderes, preservando a sua discricionariedade (CAMPOS, 2015). Em vez de apostar em modelos de intervenção, o Tribunal, em exercício de *self restraint* (oposto de ativismo judicial), estabelece prazo para que o Poder Público, no âmbito do processo político e democrático, apresente um plano de ação factível e devidamente estruturado e justificado. Esse plano será posteriormente homologado pelo órgão judiciário, recomendando a realização dos ajustes necessários (SARLET, 2017).

Fiss (2005) destaca que há autores que veem no caráter negociado e dialógico das decisões judiciais estruturadas uma fonte de legitimidade democrática. É o caso de Sarlet (2017), para quem o modelo dialógico das decisões estruturais assegura maior legitimidade aos órgãos judiciários quando ao modo de decidir. Entretanto, Fiss (2005) discorda dessa posição. Para o autor, a legitimidade do Poder Judiciário advém do seu pertencimento a um sistema democrático, que lhe incumbiu o papel de solucionar os conflitos com exclusividade.

Portanto, pode-se afirmar que a legitimidade do Poder Judiciário não advém do voto popular, como ocorre com os Poderes Executivo e Legislativo. Mas sim das atribuições que lhe foram conferidas pelo legislador constituinte, bem como da adequada fundamentação de suas decisões.

Tesheiner (2017) propõe uma analogia interessante, ao afirmar que o processo estrutural deve assemelhar-se a um parlamento, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e contribuir para a formação da solução jurisdicional. Para que o Judiciário possa legitimamente interferir em políticas públicas ou em questões complexas, deve-se criar um ambiente democrático de participação.

4.2.6. Estímulo à autocomposição

Associado à forma dialógica das decisões judiciais, há estímulo à autocomposição em qualquer momento do processo, inclusive durante a fase de cumprimento de sentença (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017). Pode-se afirmar que essa prática decorre do estabelecido nos arts. 3º, §3º⁶⁸ e 515, §2º⁶⁹, ambos do CPC (BRASIL, 2015).

Em decisões estruturais, soluções consensuais são melhores que uma decisão imposta que corre o risco de desagradar todas as partes envolvidas no processo, bem como parcela significativa da sociedade civil com interesse na causa. Soluções consensuais são construídas em diálogo com as partes e com a participação de especialistas no tema, para a obtenção de decisões tecnicamente viáveis. O diálogo entre as partes pode ocorrer inclusive sem a participação do juiz, cuja intervenção pode, em alguns casos, inibir certas colocações ou dificultar sua exposição (ARENHART, 2015).

Também é importante lembrar que soluções consensuais geram menor resistência em sua implementação. Como efeito reflexo, há redução do potencial de recursos, que pode ser um dos grandes entraves à solução adequada desse tipo de controvérsia (SARLET, 2017).

Por fim, é importante salientar que a legitimidade das soluções consensuais sobre políticas públicas depende da possibilidade de participação dos grupos que podem ser atingidos e de especialistas no tema (ARENHART, 2015).

⁶⁸ Art. 3º, §3º – “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

⁶⁹ Art. 515, §2º – “A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo” (BRASIL, 2015).

4.2.7. Execução atípica e negociada

As decisões estruturais se caracterizam pela execução atípica, conforme advém da combinação do art. 139, IV⁷⁰, com o art. 536, *caput*⁷¹ e §1º⁷², todos do CPC (BRASIL, 2015). Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

O tradicional princípio da tipicidade dos meios de execução foi substituído pela atipicidade dos meios executivos, permitindo-se ao órgão jurisdicional, por conseguinte, postura mais ativa, despida de amarras rígidas, podendo determinar inúmeras medidas destinadas a efetivar o direito reconhecido, conforme as necessidades do caso concreto.

O órgão julgador pode conceder à parte coisa diversa daquela pedida ou outorgada em decisão judicial anterior, desde que capaz de proporcionar, no mundo dos fatos, igual utilidade prática. É o que prevê o art. 497⁷³ do CPC (BRASIL, 2015) e o art. 84⁷⁴ do CDC (BRASIL, 1990). Os dispositivos legais supracitados preveem, em realidade, tutela específica ao direito material, mas alcançada por via alternativa, diversa daquela proposta pelo autor, mas capaz de proporcionar resultado prático equivalente (LIBERAL, 2018).

Tesheiner (2017) destaca a importância do debate processual não apenas durante o processo de conhecimento, mas também na fase executiva. As características e a complexidade dos litígios estruturais recomendam a valorização da consensualidade e da cooperação em ambas as etapas, mas, principalmente, na

⁷⁰ “Art. 139 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (BRASIL, 2015).

⁷¹ “Art. 536 – No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente” (BRASIL, 2015).

⁷² Art 536, §1º – “Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial” (BRASIL, 2015).

⁷³ “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente” (BRASIL, 2015).

⁷⁴ “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (BRASIL, 1990).

fase executiva, por meio da chamada execução negociada ou execução complexa cooperativa ou execução participativa de interesse público.

Julgamentos envolvendo efetivação de políticas públicas, por seu caráter complexo, tornam o modelo tradicional de execução-sanção inadequado como solução em um primeiro momento. A execução negociada deve ser estimulada, enquanto que a execução forçada, utilizada somente em último caso. Esse modelo de execução requer de todos os sujeitos processuais atitudes cooperativas (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

No processo tradicional, direito e reparação são interdependentes. A reparação deriva de uma violação, de modo que uma parte receberá a compensação proporcional ao dano causado pela outra. Já no processo estrutural, o juiz torna-se criador e gestor de formas complexas de reparação contínua, requerendo envolvimento do juiz na administração e implementação das medidas necessárias, durante toda a fase de execução (CHAYES, 1976).

Execuções coletivas envolvendo políticas públicas são potencialmente desafiadoras para o julgador. Elas podem se prolongar no tempo, demandando atenção, comprometimento e criatividade contínuas, inclusive à vista de fatos novos que possivelmente ocorrem durante a execução e que influenciam o seu andamento. Dessa forma, a técnica dos provimentos em cascata é especialmente útil nessa fase de cumprimento de sentença.

Usualmente, uma ordem mandamental condenará o réu a executar um plano, para garantir a efetivação da política pública. Caberá ao órgão julgador acompanhar e monitorar a execução desse plano. A execução deverá ocorrer de forma coletiva, sem a necessidade de liquidação ou execução individual (REFOSCO, 2018).

4.2.8. Monitoramento

Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento a partir de plano de ação previamente negociado são soluções superiores a ordens detalhadas e rígidas, não apenas sob a ótica democrática e política, mas também quanto aos resultados práticos obtidos (CAMPOS, 2015).

Em vez de medidas coercitivas que devem ser utilizadas somente em caso excepcional de não cumprimento, cria-se um sistema tecnicamente qualificado de monitoramento do cumprimento da decisão. No caso de medidas coercitivas, muito

se tem discutido quanto a sua irrelevância e inadequação nos casos de processos estruturais envolvendo a implementação de políticas públicas. O pagamento de multa aplicada aos órgãos estatais tem sido meio ineficaz e de adequação duvidosa, pois além de esbarrar na resistência ao seu cumprimento (superável por bloqueio de recursos públicos), onera ainda mais o contribuinte-cidadão (SARLET, 2017).

Não se trata de intervenção, mas de monitoramento de perfil dialógico realizado por agentes designados pelo Tribunal que proferiu a decisão, que ficarão encarregados de elaborar e divulgar periodicamente relatórios para dar ciência aos demais envolvidos sobre o andamento do cumprimento da decisão. É possível contar com o acompanhamento de representantes do Ministério Público (atuando como parte ou fiscal da ordem jurídica), especialistas da sociedade civil com competência técnica específica e ampla gama de atores representativos dos diversos interesses envolvidos no processo. (SARLET, 2017).

A participação do público potencialmente impactado pelos efeitos da decisão permite um controle social mais efetivo sobre o conteúdo, as razões e as possibilidades da solução acordada. Forjará maior compreensão sobre os limites existentes (em relação a outras possíveis soluções), mas também abrirá espaço para um legítimo direito de se opor aos termos do acordo, demonstrando sua insatisfação com a atuação do legitimado extraordinário (ARENHART, 2015).

Por sua vez, a participação de especialistas na área oferecerá aos sujeitos do processo (incluindo o juiz) contornos mais precisos do litígio e de possíveis soluções cabíveis. Os especialistas, por seu conhecimento técnico, poderão contribuir expondo aspectos, problemas e interesses não percebidos inicialmente, bem como mostrando alternativas de composição do conflito (ARENHART, 2015). Os provimentos em cascata poderão ser mais uma vez utilizados para adequar o plano quando necessário, conforme subsídio gerado pelos envolvidos.

Para admitir todas essas intervenções em conjunto, a estratégia pode prever a realização de audiências públicas com a participação da sociedade civil, especialistas técnicos, agentes designados pelo Tribunal para a tarefa de monitoramento e representantes das partes. As audiências permitirão aos juízes monitorar se as instituições envolvidas estão progredindo no plano de ação proposto. Uma vez devidamente informados, eles poderão tomar medidas capazes de assegurar a implementação da decisão (CAMPOS, 2015).

As audiências públicas permitem a participação dos grupos que devem ser ouvidos sempre nessas causas (técnicos e sociedade afetada) e legitimam a atuação do autor da ação coletiva (legitimado extraordinário) e a intervenção judicial nesse assunto. Deve-se permitir ampla participação social e, sempre que possível, devem ocorrer em local próximo à comunidade atingida (ARENHART, 2015).

A falta de previsão legislativa não significa a vedação ao monitoramento e à criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento das decisões. As cláusulas abertas previstas nos arts. 139, IV e 536 do CPC (BRASIL, 2015) já mencionadas no tópico anterior possuem potencial suficiente para amparar a criação desses mecanismos.

Outra possibilidade para fortalecer a estratégia de monitoramento passa pela criação de grupos de monitoramento. Tais grupos devem contar com representantes da coletividade, especialistas e representantes das partes, de modo a replicar a representatividade que se exige durante todo o curso da demanda. Apesar de não haver previsão legal específica para isso, a amplitude com que a legislação processual trata dos administradores judiciais (CPC, arts. 159-161, 862-863, 866-869) parece ser suficiente para autorizar a criação de grupos de acompanhamento para: sugerir medidas específicas para alguns problemas, fiscalizar o atendimento a metas e decisões do Judiciário e acompanhar o desenvolvimento de planos de implementação (ARENHART, 2015).

4.2.9. Flexibilização dos princípios da demanda e da congruência

Os processos estruturais demandam procedimento diferenciado, que não se amolda aos parâmetros tradicionais do processo individual e também do processo coletivo (ARENHART, 2015). Dessa forma, a admissão das decisões estruturais como realidade no Direito brasileiro pressupõe a revisão de conceitos jurídicos que só fazem sentido diante da lógica individualista dos processos tradicionais (individuais e coletivos), para a construção de um processo diferenciado.

Conforme abordado na seção 3.2.1, não se admite mais a total proibição da interferência judicial nos atos dos demais poderes, de modo que, há consenso de que o princípio da separação de poderes já teve seu conteúdo alterado (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2017). Para além desse princípio, outros precisam ter seu conteúdo alterado ou pelo menos seu âmbito de incidência amenizado.

O princípio da Demanda e o seu corolário, o princípio da Congruência, que exigem a correlação entre a decisão e o pedido da parte, devem ter sua incidência atenuada. Assim, o juiz poderá, diante da insuficiência ou inadequação da tutela pedida na petição inicial, evidenciada no caso concreto, extrapolar os limites do pedido inicial (ARENHART, 2015).

Litígios coletivos estruturais são caracterizados por suas complexidade e mutabilidade. Por isso, exigem “uma reconstrução dogmática das normas de interpretação da postulação e de observância da congruência entre o pedido e a decisão judicial”. É preciso conceber novos padrões de interpretação da demanda aplicáveis a esse processo diferenciado (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 391-392).

É importante que o magistrado tenha liberdade para escolher a forma de tutelar o direito. O juiz não pode estar preso aos pedidos das partes, pois, a lógica dos processos estruturais é diferente dos litígios individuais, em que o julgador está limitado a três possibilidades de decisão: deferimento total, deferimento parcial ou indeferimento da postulação.

A ideia dos processos estruturais é a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas para alcançar essa finalidade já no início do processo. Muitas vezes isso ficará perceptível apenas durante o andamento do feito, quando a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

Discussão judicial sobre efetivação de políticas públicas implica em conflitos com condições mutáveis e fluidas. Isso impõe uma dificuldade enorme para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, o que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Deve-se permitir processos com causas de pedir abertas e pedidos fluidos, relativizando o princípio da demanda. O julgamento é orientado ao futuro, pois o processo é prospectivo. Em vez de reconhecer uma violação exaurida e determinar o pagamento de indenização, a demanda visa à adoção de medidas concretas para concretizar direitos (ARENHART, 2015).

Convém lembrar a previsão do art. 324, §1º, II⁷⁵ do CPC (BRASIL, 2015), que afirma ser lícita a formulação de pedido genérico quando não for possível

⁷⁵ Art. 324, §1º – “É lícito, porém, formular pedido genérico: (...) II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato” (BRASIL, 2015).

determinar, no início do processo, as consequências do ato ou do fato. Esse cenário adequa-se perfeitamente aos processos coletivos estruturais, marcados pela mutabilidade e fluidez dos pedidos.

Em *Brown versus Board of Education of Topeka*, o pedido original não era o fim da segregação racial nas escolas, mas a melhoria da qualidade do ensino e da infraestrutura das escolas destinadas à população negra. A Corte escolheu o pedido e a causa de pedir que quis julgar. Se o juiz desse caso estivesse restrito ao que foi pedido, não poderia ter proferido a decisão que implementou mudanças estruturais no sistema público de ensino americano, adequando-o aos ditames constitucionais, e pôs fim à segregação racial nas escolas daquele país (TESHEINER, 2017).

O art. 493, *caput*⁷⁶ do CPC (BRASIL, 2015) ajuda a compreender a disciplina dos processos coletivos estruturais. O dispositivo estabelece que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos. Dessa forma, o legislador orienta o julgador a interpretar a demanda segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência. A interpretação do pedido deve sempre considerar a complexidade do litígio estrutural, conforme se apreende a partir do disposto no art. 322, §2º⁷⁷ do CPC (BRASIL, 2015).

4.3. CRÍTICAS

Como uma das principais funções dos processos coletivos estruturais é a tutela de políticas públicas, as principais críticas contra esse novo modelo de processo coincidem com os obstáculos apresentados ao controle judicial de políticas públicas: separação de poderes, discricionariedade administrativa e reserva do possível. Esses argumentos já foram analisados e afastados nas seções 3.2.1, 3.2.2 e 3.2.4, respectivamente, para as quais se remete o leitor, em caso de dúvida, evitando duplicidade.

Sobre a separação dos poderes, há algumas especificidades que serão elencadas em uma subseção própria. Outra crítica bastante comum é falta de legitimidade ou representatividade do autor da ação (legitimado extraordinário), bem

⁷⁶ “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão” (BRASIL, 2015).

⁷⁷ “Art. 322, §2º – A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé” (BRASIL, 2015).

como o protagonismo excessivo do Ministério Público. Essa crítica também será desenvolvida em uma subseção específica.

Arenhart (2015) lembra que, apesar das críticas à atuação do Poder Judiciário, é inegável que a judicialização de políticas públicas é fato presente na realidade brasileira. Portanto, no entender do autor, mais importante que debater sobre a possibilidade dessa intervenção, é discutir sobre o modo e o ambiente em que esse tipo de conflito deve ser levado à análise judicial. É fato que o processo brasileiro não comporta, sob seus princípios e procedimento tradicionais, os requisitos necessários para uma adequada discussão de políticas públicas. Por isso, o papel dos processos coletivos estruturais é tão relevante.

4.3.1. Princípio da separação de poderes

Há operadores do direito que sustentam que o Poder Judiciário não deveria se envolver em questões relativas a omissões em políticas públicas. Argumentam que o caráter expansivo das decisões estruturantes resulta em pronunciamentos de caráter quase legislativo ou regulamentar (Executivo), o que violaria o princípio da separação dos poderes (VERBIC, 2014).

Entretanto, é incompatível com o Estado contemporâneo a total proibição de interferência judicial nos atos emanados pelos demais poderes. A atuação do Poder Judiciário nos processos estruturais, marcada por maior protagonismo judicial, não se caracteriza como atividade política. Mas ocorre legitimada por uma disfunção política, normalmente, a omissão na concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

Assim, não há ofensa à separação de poderes. O que diferencia os poderes é a sua legitimidade. Enquanto os poderes Executivo e Legislativo exercem a sua legitimidade a partir da representação popular, o Poder Judiciário o faz a partir da Constituição e das leis (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017), bem como da fundamentação de suas decisões. O Poder Judiciário é tão democrático quanto os demais, mesmo que sua legitimidade não venha do voto popular (VERBIC, 2014).

Entretanto, para que não se caracterize intervenção indevida do Poder Judiciário, é fundamental que os juízes atuem com responsabilidade, dentro dos limites de competência estabelecidos pela Constituição (VERBIC, 2014). Conforme mencionado anteriormente, as decisões estruturais devem, preferencialmente,

indicar os problemas a corrigir, transferindo a decisão sobre como proceder a correção aos demais órgãos constitucional e legalmente competentes, mediante a apresentação um plano ação viável (SARLET, 2017).

4.3.2. Falta de representatividade das associações civis e protagonismo excessivo do Ministério Público

Por serem processos coletivos, os litígios estruturais são conduzidos por legitimados extraordinários. Uma das críticas a esse modelo de processo diz respeito à falta de legitimidade das associações civis, que são entidades que possuem autorização legal para conduzirem esse tipo de demanda.

A questão não está na ausência de previsão legal, uma vez que está configurada expressamente no art. 5º, V⁷⁸ da LACP (BRASIL, 1985), bem como no art. 5º, XXI⁷⁹ da CRFB (BRASIL, 1988). A crítica se baseia na falta de participação efetiva na tutela de direitos coletivos por meio de ações coletivas. Cerca de 90% (noventa por cento) das ações civis públicas são ajuizadas pelo Ministério Público, mesmo que o constituinte e o legislador ordinário tenham oferecido diversos mecanismos de apoio e estímulo ao associativismo. Da atuação falha das associações civis decorre outra crítica bastante presente (ROCHA, 2018).

O protagonismo excessivo do Ministério Público (MP) tem gerado muitas críticas pela doutrina (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2019). Por ser instituição governamental, o Ministério Público está sujeito a pressão política. Sem mencionar que, diante de direitos coletivos, que exigem qualificação técnica em áreas não jurídicas, seus membros sofrem pela falta de treinamento e experiência.

Essa posição “privilegiada” tem sobrecarregado o MP, e os demais colegitimados têm colaborado para essa situação em razão da representatividade jurisdicional inadequada. A defensoria pública e algumas associações civis melhor estruturadas podem ser a solução para preencher essa lacuna (ROCHA, 2018).

Convém lembrar que, muitas vezes, esse protagonismo do MP é necessário ou até mesmo desejável. Em sua grande maioria, processos estruturais são exemplos de litígios de difusão irradiada. Nesse tipo de demanda, em virtude da

⁷⁸ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) V - a associação (...)” (BRASIL, 1985).

⁷⁹ Art. 5º, XXI – “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (BRASIL, 1988).

pluralidade de interesses envolvidos, identificar o legitimado adequado para conduzir o processo será desafiador. O mais comum é que o caso seja conduzido pelo MP (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2019).

Refosco (2018) destaca que o fortalecimento de associações da sociedade civil como legitimados extraordinários em ações coletivas estruturais garantem maior e melhor controle social, bem como a representatividade adequada. O empoderamento da sociedade civil potencializa a capacidade de entes que não fazem parte da administração pública de fiscalizar atividades estatais.

4.4. CONVENÇÕES PROCESSUAIS

A complexidade dos processos relacionados à judicialização de políticas públicas gera reflexos diretos nas fases de conhecimento e executiva dos processos judiciais. É imprescindível que a técnica processual, por meio de um modelo cooperativo e democrático, se estruture para solucionar o conflito de forma adequada e eficiente.

No campo cognitivo, considerada a relevância e a repercussão social, econômica e política dos temas submetidos à apreciação judicial, deve-se estruturar um procedimento democrático, com expansão da fase probatória, valendo-se, inclusive, de meios atípicos de prova.

Já no campo executivo, deve a técnica processual ser estruturada para garantir a efetividade da tutela judicial concedida. Casos complexos como esses exigem a participação de inúmeros atores e instituições, com diversos atos ocorrendo simultaneamente e que se prolongam no tempo. Nesse cenário, as técnicas executivas tradicionais se mostram incapazes de dar real efetividade à satisfação das políticas públicas (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

Dentre os instrumentos disponíveis capazes de oferecer maior efetividade à tutela jurisdicional, e operacionalizar as customizações necessárias na fase cognitiva, destacam-se as convenções processuais, prestigiando-se a consensualidade e o princípio democrático. Elas podem funcionar como instrumentos aptos a conferir ao Judiciário maior eficiência em processos relacionados à judicialização de políticas públicas (TESHEINER, 2017).

O CPC-1973 ampliou significativamente os poderes do juiz, deixando a atuação das partes em segundo plano. Mas o CPC-2015 propôs um novo modelo de

processo civil, equilibrando o protagonismo do juiz com a atuação das partes, e potencializando o princípio da cooperação, em prol de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e justa. Uma das maiores novidades trazidas pelo código foi o prestígio à liberdade processual das partes. Entretanto, convém salientar que a maior participação das partes não descaracteriza a natureza pública do processo.

O exercício da liberdade constitui direito fundamental expresso no art. 5º, *caput*⁸⁰ da CRFB (BRASIL, 1988) e pode ser externado de diversas formas e com diversos graus, representando importante expressão da dignidade da pessoa humana. O legislador do CPC-2015 transpôs o direito fundamental à liberdade para o processo civil, reconhecendo-o como meio legítimo de manifestação da vontade das partes e dando origem ao princípio da liberdade processual.

Foram instituídas várias formas de disponibilidade processual das partes que devem conviver com as prerrogativas do juiz, em prol do princípio da cooperação, mas limitadas pela natureza pública do processo, como garantia da preservação do interesse público. O termo “atos de disposição processual” designa as diferentes formas de expressão da liberdade processual das partes, independente do conteúdo e dos sujeitos processuais envolvidos. Podem ser: expressos ou tácitos, omissivos ou comissivos, relacionados a conflitos individuais ou coletivos (CABRAL, 2019).

A doutrina costuma classificar os atos de disposição processual em:

- Unilaterais – há a manifestação de vontade de apenas uma das partes;
- Bilaterais – há duas declarações de vontade que se fundem para formar um novo ato;
- Plurilaterais – envolvem as partes e outros sujeitos processuais, como o juiz, os auxiliares da justiça, ou mesmo com a inclusão de terceiros.

Convenções processuais são atos de disposição processuais bilaterais (a maioria) ou plurilaterais⁸¹, por meio dos quais se ajusta o procedimento às especificidades da causa ou dispõe-se sobre ônus, poderes, faculdades e deveres, observados os requisitos legais e os limites aplicáveis. Esses acordos têm por objetivo construir consensualmente um procedimento mais adequado ao caso

⁸⁰ “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” (BRASIL, 1988).

⁸¹ Embora o art. 190 do CPC se refira apenas às partes, indicando que as convenções processuais se resumiriam a atos bilaterais, tem-se como possível a existência de acordos procedimentais plurilaterais, incluindo o juiz ou os auxiliares da justiça (CABRAL, 2019).

concreto. A visão clássica do processo de que a flexibilização procedimental é restrita à atividade legislativa deve ser revista (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

A Resolução nº 118/2014 do CNMP reconhece que as convenções processuais são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, reduzindo a excessiva judicialização (CNMP, 2014). As soluções consensuais levam à efetividade processual, uma vez que facultam às partes a oportunidade de adequar o processo/procedimento às necessidades do seu caso, permitindo-se a superação da crise jurídica pela qual passam.

Didier Jr. (2016, p. 380) utiliza o termo negócio jurídico processual o qual define como “o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”. De maneira similar e utilizando a mesma terminologia, Rodrigues e Gismondi (2017, p. 145) definem que “os negócios jurídicos processuais são (...) espécie de fato jurídico produzidos pela vontade humana, direcionados ao autorregramento de situações jurídicas processuais ou à alteração do procedimento legalmente estabelecido”.

As convenções processuais possuem forma livre, devido ao estabelecido no art. 188⁸² do CPC (BRASIL, 2015), podendo ser orais (produzidas em audiências) ou escritas (peças individuais ou ato processual conjunto). Contudo, devem ser documentadas antes de ingressarem no processo, principalmente, para que passem pelo controle judicial. Ainda que as partes discordem sobre as questões de direito material, nada impede que cheguem ao consenso em matéria processual, por meio de uma convenção que adeque o procedimento, no interesse de todos.

Além de por fim ao conflito material, a autocomposição pode ter a função de solucionar questões processuais. Dessa forma, as convenções processuais são consideradas formas de autocomposição. Quando o art. 3º, §2º do CPC estabelece que: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015), deve-se interpretar que essa norma também alcança as questões de direito processual (CABRAL, 2019).

É fato que o CPC-1973 já admitia a flexibilização do processo por imposição legal ou por ato do juiz, prevendo algumas convenções processuais típicas.

⁸² “Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial” (BRASIL, 2015).

Entretanto, o CPC-2015 ampliou as hipóteses de convenções processuais típicas e acrescentou dois novos institutos: as convenções processuais atípicas, com fundamento na cláusula geral de convenções prevista no art. 190⁸³ do CPC (BRASIL, 2015), e o calendário processual. Para Didier Jr. (2016), a principal novidade implementada pelo CPC-2015 foi justamente a possibilidade de celebração de convenções processuais atípicas.

O calendário processual está previsto no art. 191⁸⁴ do CPC (BRASIL, 2015) e permite que as partes criem um cronograma de atos processuais. Poderá ser estabelecido em qualquer fase do procedimento. Sua principal função é racionalizar o procedimento, reduzindo os lapsos inúteis de tempo, sendo manifestação clara do princípio da cooperação (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

Conforme o art. 190 do CPC, as convenções processuais podem ter por objeto: direitos que admitam autocomposição, mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convenção sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (BRASIL, 2015). Convém lembrar que o dispositivo citado menciona “direitos que admitam autocomposição”, conceito mais amplo que “direitos disponíveis” e que permite abarcar grande parte das questões envolvendo a efetivação judicial de políticas públicas e de direitos coletivos.

A autocomposição em matéria de direitos coletivos *lato sensu*, comumente tidos como “indisponíveis”, possui previsão na legislação (art. 5º, §6º⁸⁵ da LACP e art. 14⁸⁶ da Resolução CNMP nº 118/2014) segundo Rodrigues e Gismondi (2017). Pela cláusula geral de convenção processual do art. 190 do CPC, admite-se a celebração de convenções processuais em processos coletivos (DIDIER JR, 2016). Tal argumento é ratificado pelo Enunciado nº 255⁸⁷ do Fórum Permanente de

⁸³ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (BRASIL, 2015).

⁸⁴ “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso” (BRASIL, 2015).

⁸⁵ Art. 5º §6º – “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, 1985).

⁸⁶ “Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social” (CNMP, 2014).

⁸⁷ É admissível a celebração de convenção processual coletiva.

Processualistas Cíveis (FPPC). Há inclusive possibilidade de conversão da ação individual em coletiva por convenção processual (DIDIER JR; ZANETTI JR, 2019).

Todavia, é preciso que haja legitimação convencional coletiva por parte do ente que a celebre. A Resolução nº 118/2014⁸⁸ do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2014) disciplina a legitimidade do Ministério Público para a celebração de convenções processuais. Aplica-se, ainda, o regramento das convenções coletivas de consumo previstas no art. 107⁸⁹ do CDC (BRASIL, 1990), contemplando a participação de associações civis. Sobre a análise da legitimidade adequada em ações coletivas, remete-se o leitor à seção 2.4 em que esse tema já foi abordado.

As convenções processuais podem versar apenas sobre normas processuais que visam proteger ou beneficiar as próprias partes. Não podem dispor sobre normas processuais cogentes e de relevante interesse público. É importante lembrar que a indisponibilidade do direito material não afeta a disponibilidade do direito processual e vice-versa (CABRAL, 2019).

As partes poderão elaborar um procedimento específico, convencionando sobre quais atos praticarão, bem como a forma e a sequência desses atos, ainda que não estabeleçam uma data limite (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

Caso uma das partes não cumpra com o que foi acordado na convenção, estará sujeitas às sanções previstas no acordo, sem prejuízo de que outras de natureza processual. Para isso, é importante que as partes estabeleçam previamente as consequências do descumprimento da convenção.

Esse entendimento foi ratificado pelo Enunciado nº 17 do FPPC, que estabelece que “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”. Em todo caso, o inadimplemento deve ser reclamado pelas partes, não cabendo ao juiz conhecê-lo de ofício (CABRAL, 2019).

Segundo Cabral (2019), as convenções processuais poderão ser:

⁸⁸ Art. 1º, parágrafo único – “Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos” (CNMP, 2014).

⁸⁹ Art. 107 – “As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo” (BRASIL, 1990).

- Típicas ou atípicas:
 - *Típicas* – estabelecidas em lei;
 - *Atípicas* – com base na cláusula geral de convenção processual prevista no art. 190 do CPC.
- Extrajudiciais ou judiciais:
 - *Extrajudiciais* – estipuladas em instrumento fora do processo para depois ser a ele integradas;
 - *Judiciais* – formuladas dentro do processo.
- Prévias ou incidentais:
 - *Prévias* – acordadas antes de ajuizada a demanda;
 - *Incidentais* – acordadas após a instauração do processo (a maioria delas).

O art. 190, *caput* e parágrafo único⁹⁰ do CPC (BRASIL, 2015) estabelecem requisitos que devem ser cumpridos para que as convenções sejam válidas. O primeiro desses requisitos é a capacidade plena das partes, que deve ser entendida como capacidade de ser parte, de se estar em juízo, bem como a capacidade postulatória (são atos que só podem ser praticados por advogado com poderes especiais, conforme determinação do art. 105⁹¹ do CPC).

As convenções processuais não poderão conter nulidades de cunho material ou processual. Quanto ao aspecto processual, devem observar as normas de ordem pública, e não poderão conter defeitos que comprometam o ato ou procedimento. Já sobre o aspecto material, não poderão contrariar normas de direito material, contendo vícios de consentimento, ilicitudes ou outros defeitos estabelecidos pela legislação (CABRAL, 2019).

Também não se admitem convenções processuais caracterizadas como inserções abusivas em contrato de adesão. A intenção do legislador foi proteger a

⁹⁰ Art. 190, parágrafo único – “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (BRASIL, 2015).

⁹¹ “Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica” (BRASIL, 2015).

parte cuja manifestação de vontade não é exercida plenamente, havendo apenas uma anuência a contrato cujos termos foram estipulados unilateralmente.

Nenhuma das partes poderá se encontrar em situação de vulnerabilidade, que se configura quando há desequilíbrio entre os participantes da convenção, verificado no caso concreto. O dispositivo visa resguardar o princípio da igualdade entre as partes na convenção processual, previsto no art. 5º, *caput* da CRFB (BRASIL, 1988) e também como norma fundamental processual no art. 7º⁹² do CPC (BRASIL, 2015). A vulnerabilidade deve se revelar evidente e grave, a ponto de comprometer a igualdade entre os sujeitos processuais, incumbindo ao juiz exercer esse controle nos termos do art. 139, I⁹³ do CPC (BRASIL, 2015).

Além dos requisitos previstos no art. 190 do CPC, outros dispositivos que tratam das convenções típicas poderão estabelecer requisitos específicos. Rodrigues e Gismondi (2017) elencam ainda alguns parâmetros gerais que devem ser observados durante a elaboração de uma convenção processual:

- Cooperação e boa-fé em seus termos e resultados, sendo vedada a realização de acordos celebrados com dolo, simulação, má-fé;
- Foco no resultado da negociação, avaliando se o acordo trará benefícios concretos;
- Impossibilidade de transferir a terceiros ou ao Judiciário o impacto econômico da litigância.

As convenções processuais dependem de provocação das partes, não se admitindo que o juiz as suscite de ofício. Porém, uma vez inseridas no processo, produzirão efeitos imediatos, conforme prevê o art. 200⁹⁴ do CPC (BRASIL, 2015).

Caso as convenções envolvam prerrogativas do juiz, este deverá manifestar sua concordância com os termos propostos para integrar a convenção, vinculando-se às novas regras procedimentais. Em caso de discordância total ou parcial, o juiz poderá propor modificações às partes.

⁹² “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL, 2015).

⁹³ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento” (BRASIL, 2015).

⁹⁴ “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais” (BRASIL, 2015).

Nas convenções processuais plurilaterais, bem como naquelas envolvendo prerrogativas do juiz, entende-se que a homologação judicial é necessária. Todavia, uma vez homologada a convenção, o juiz ficará vinculado às disposições inseridas, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 357, §2º⁹⁵ do CPC (BRASIL, 2015).

Caso ocorra a substituição do juiz, e o substituto não concorde com o que foi pactuado, considerando que o ato vincula o juízo, o atual juiz permanecerá vinculado à convenção. Entretanto, se o novo juiz não tiver, por razões funcionais, as mesmas condições de cumprir o acordo procedimental, poderá propor sua readequação ou extinção. Em qualquer hipótese, é imperioso que juiz substituto fundamente a decisão, explicando as razões de sua impossibilidade, e facultando o contraditório das partes, na busca do consenso.

Após a inserção da convenção no processo, caberá ao juiz realizar o juízo de admissibilidade (menos amplo que a homologação). O magistrado não poderá apreciar a conveniência ou o conteúdo do acordo, limitando-se a controlar sua validade. Deve fundamentar sua decisão, indicando claramente eventuais problemas identificados, para que as partes possam corrigi-los (CABRAL, 2119).

Após essa avaliação inicial, caberá ao juiz controlar os limites, que são elementos extrínsecos (externos) dos atos de disposição. Considerada a natureza pública do processo, a autonomia da vontade não goza da mesma amplitude que na esfera privada (RODRIGUES; GISMONDI, 2017). São exemplos de limites às convenções processuais comumente elencados pela doutrina: direitos fundamentais, garantias processuais, reserva legal, administração judiciária e proteção a terceiros.

As partes não podem dispor sobre direitos fundamentais ou questões regulamentadas exclusivamente pela norma legal. Tampouco poderão dispor das garantias processuais que são normas jurídicas assecuratórias do regular desenvolvimento do processo, tais como:

- Acesso à justiça (art. 5º, XXXV⁹⁶ da CRFB);
- Coisa julgada (art. 5º, XXXVI⁹⁷ da CRFB);
- Juiz natural (art. 5º, LIII⁹⁸ da CRFB);

⁹⁵ Art. 357, §2º – “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz” (BRASIL, 2015).

⁹⁶ Art. 5º, XXXV – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

⁹⁷ Art. 5º, XXXVI – “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988).

- Devido processo legal (art. 5º, LIV⁹⁹ da CRFB);
- Contraditório e ampla de defesa (art. 5º, LV¹⁰⁰ da CRFB);
- Provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI¹⁰¹ da CRFB).

Cabe ao magistrado limitar qualquer ajuste entre as partes que interfira ou impacte diretamente na administração judiciária. Potenciais impactos da disposição processual no funcionamento das unidades judiciárias devem ser controlados pelo juiz. Mesmo unidades judiciárias que adotam o processo eletrônico podem enfrentar dificuldades no processamento dos atos convencionais, seja pela quantidade ou conteúdo. Qualquer ato de disposição processual que eleve os custos do processo, onerando o Judiciário, também é passível de controle e invalidação pelo juiz.

Convenções processuais não podem prejudicar terceiros. Caso isso ocorra, caberá o controle judicial de ofício ou por provocação do interessado. Todavia, é necessário que o terceiro demonstre algum interesse jurídico capaz de justificar sua intervenção na relação processual, comprovando o prejuízo a que estaria sujeito.

A interpretação da convenção processual será de competência do juiz. Em caso de dúvida quanto à validade do ato, a interpretação deve ser restritiva, ou seja, para deixar de conferir eficácia ao ato de disposição (CABRAL, 2019).

Convenções processuais típicas poderão ser úteis para efetivação de políticas públicas, conforme análise do caso concreto. Já os acordos atípicos possibilitarão às partes realizar um ajuste fino sobre os efeitos desejados, diante de determinados fatos jurídicos processuais.

O calendário processual será bastante útil na fase executiva do processo, possibilitando que os sujeitos processuais construam soluções consensuais. Trata-se de casos de natureza complexa, em que a prestação não se satisfaz com uma única conduta do executado, dependendo de diversas condutas de diversos executados, simultaneamente ou não. Nesse cenário, o calendário processual será

⁹⁸ Art. 5º, LIII – “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988).

⁹⁹ Art. 5º, LIV – “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

¹⁰⁰ Art. 5º, LV – “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

¹⁰¹ Art. 5º, LVI – “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

um instrumento útil para que se obtenha a efetividade da jurisdição e o cumprimento adequado da decisão.

A suspensão convencional do processo está tipificada no art. 313, II¹⁰² do CPC (BRASIL, 2015). O prazo máximo de suspensão será de seis meses, conforme previsão art. 313, §4¹⁰³ do CPC (BRASIL, 2015). A finalidade dessa limitação é evitar a perpetuação de pendências judiciais. Caso o magistrado participe da convenção, entende-se ser possível estabelecer prazo superior. A limitação temporal não incidirá sobre a suspensão convencional ocorrida durante a fase executiva do processo, conforme expresso no art. 922¹⁰⁴ do CPC (BRASIL, 2015).

Em algumas situações, o andamento regular do processo pode prejudicar a resolução consensual da controvérsia. A suspensão do procedimento pode ser útil para que as partes tenham tempo, dada a complexidade da matéria, para construir uma solução consensual, sem o risco da preclusão temporal. Além disso, pode disponibilizar maior prazo para o cumprimento de uma fase administrativa indispensável à satisfação de decisão judicial, como, por exemplo, para a realização de um procedimento licitatório.

Convenções dispendo sobre prazos processuais também podem ser instrumentos importantes. O art. 222, §1¹⁰⁵ do CPC (BRASIL, 2015) autoriza expressamente que o magistrado reduza os prazos peremptórios, desde que com anuência das partes. Logo, se é possível restringir garantias processuais, entende-se possível que as partes e o juízo pactuem sobre a majoração dos prazos, diante da lógica de que quem pode mais, pode menos (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

Trata-se de casos que envolvem documentação extensa, realização de perícias complexas e participação de diversos especialistas. Sendo assim, não podem se submeter ao mesmo prazo processual de demandas mais simples.

Em litígios estruturais, dada sua complexidade, mostra-se recomendável a realização de audiência pública para o saneamento e organização do processo, tal como previsto no art. 357, §3¹⁰⁶ do CPC (BRASIL, 2015). A audiência para

¹⁰² “Art. 313. Suspende-se o processo: (...) II - pela convenção das partes” (BRASIL, 2015).

¹⁰³ Art. 313, §4^o – “prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II” (BRASIL, 2015).

¹⁰⁴ “Art. 922. Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação” (BRASIL, 2015).

¹⁰⁵ Art. 222, §1^o – “Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes” (BRASIL, 2015).

¹⁰⁶ Art. 357, §3^o – “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes,

saneamento em cooperação permitirá às partes a aproximação para potencial acordo sobre aspectos processuais e materiais. Permite também que o magistrado esclareça dúvidas de temas sobre os quais não possui familiaridade.

Convenções processuais durante a fase probatória poderão ser instrumentos importantes para garantir um debate plural. É fundamental: a utilização de meios de prova condizentes com a dimensão e magnitude das questões envolvidas, o incremento dos mecanismos de diálogo (contraditório substancial), com a oitiva de pessoas ou entidades com representatividade adequada sobre o tema, inclusive com a realização de audiências públicas.

Atividade probatória necessitará lidar com questões de grande complexidade, envolvendo, muitas vezes, diversas áreas de conhecimento. Trata-se de processos em que há múltiplas variáveis envolvidas. Em cenários como esses, é comum a exigência de perícias complexas, cuja realização demanda trabalho coordenado em equipe, não sendo suficiente a figura do perito singular.

Estão previstas convenções processuais típicas sobre ônus da prova e indicação consensual do perito, respectivamente nos arts. 373, §§3^o¹⁰⁷ e 4^o¹⁰⁸; e 471¹⁰⁹ do CPC (BRASIL, 2015). Permite-se ainda a convenção atípica, com fundamento na cláusula geral, sobre aspectos procedimentais relativos à atividade probatória, com a modificação da sequência de atos e prazos, prevendo, inclusive, a produção antecipada de provas. Também é comum a maior utilização dos meios atípicos de prova, com base no art. 369¹¹⁰ do CPC (BRASIL, 2015).

oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” (BRASIL, 2015).

¹⁰⁷ Art. 373, §3^o – “A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” BRASIL, 2015).

¹⁰⁸ Art. 373, §4^o – “A convenção de que trata o § 3^o pode ser celebrada antes ou durante o processo” (BRASIL, 2015).

¹⁰⁹ “Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição” (BRASIL, 2015).

¹¹⁰ “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL, 2015).

O Enunciado nº 19 do FPPC elenca um rol de convenções processuais admissíveis:

São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal (Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹¹¹).

A valorização da vontade no processo civil e a consolidação das noções de comparticipação, cooperação e consensualidade foram extremamente importantes para o desenvolvimento e a consolidação das convenções processuais como técnica de efetividade do processo, notadamente nos casos envolvendo a efetivação de políticas públicas (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

As convenções processuais, em suas diversas espécies, são instrumentos importantes para a implementação do processo coletivo estrutural e, conseqüentemente, para a efetividade das demandas discutindo a judicialização de políticas públicas. Pois permitem a adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto, acomodando as especificidades e as mudanças conceituais necessárias à efetividade desse modelo diferenciado de processo.

¹¹¹ Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em> 28 jun. 2020.

5. DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL

O direito à educação ganhou o status de direito fundamental somente com a Constituição Federal de 1988, apesar de constar expressamente em todas as constituições anteriores (ROCHA, 2018). Está inserida no rol dos direitos sociais (art. 6º¹¹² da CRFB), de modo que se exige uma ação estatal para a sua concretização, o que se dá, usualmente, por meio de políticas públicas.

O legislador constituinte reservou atenção especial ao direito à educação, tratando do tema também no Título “Da Ordem Social” nos arts. 205 a 214 da CRFB, regulando seus objetivos, princípios, condições, conteúdos mínimos, organização estatal e vinculação de receitas tributárias (BRASIL, 1988).

Os objetivos da educação estão previstos no art. 205¹¹³ da CRFB. Conforme esse dispositivo, a educação é direito de todos, sendo informado pelo princípio da universalidade. O mesmo dispositivo completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever da obrigação, destacando que a educação é dever do Estado e da família (SILVA, 2012).

O dispositivo estabelece ainda que a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988). A finalidade se repete no art. 53¹¹⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990A) e no art. 22¹¹⁵ da Lei de Diretrizes e Bases da Educação¹¹⁶ (LDB) (BRASIL, 1996).

Segundo Rocha (2018), em razão da sua essencialidade para a formação da personalidade e para a dignidade humana, o direito à educação faz parte do mínimo existencial. Reforça essa posição o fato de a educação ser premissa para o próprio e efetivo exercício de outros direitos essenciais para a dignidade humana.

¹¹² “Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988 – grifo nosso).

¹¹³ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

¹¹⁴ “Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (...)” (BRASIL, 1990A).

¹¹⁵ “Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores” (BRASIL, 1996).

¹¹⁶ A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) complementa e integra a Constituição no que tange ao direito à educação, porquanto concretiza e detalha os preceitos constitucionais por meio de escolhas legislativas (VIECELLI, 2012).

É oportuno esclarecer que a dignidade humana possui uma dimensão sociocultural. Por essa razão, prestações básicas em matéria de direitos culturais estariam incluídas no conceito de mínimo existencial. É o caso, por exemplo, da educação básica, destinada a assegurar uma efetiva possibilidade de integração social, econômica, cultural e política ao indivíduo (SARLET, 2017).

A educação faz parte do rol universal dos direitos humanos, de modo que está resguardada pela ordem jurídica internacional¹¹⁷. O art. 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948 destaca que “toda pessoa tem direito à educação” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948). Da mesma maneira, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591/1992, regulamenta o direito à educação nos arts. 13 e 14, e enuncia que “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação” (BRASIL, 1992A).

Enquanto direito de todos, conforme previsão na ordem constitucional e na ordem jurídica internacional, a educação é direito difuso. A jurisprudência do STJ já reconheceu que a educação é direito coletivo e difuso, conforme a existência ou não de uma relação jurídica base e a determinabilidade do titular do direito, nos termos do art. 81, parágrafo único, I e II do CDC, por se tratar de direito transindividual e com objeto indivisível (BRASIL, 1990). A ementa abaixo ilustra esse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. COLÉGIO PEDRO II. EXTINÇÃO DO CURSO NOTURNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

INTERESSES COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO E DIFUSOS.

1. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública objetivando a manutenção do curso de ensino médio no período noturno oferecido pelo Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão, que teria sido ilegalmente suprimido pelo Diretor da referida entidade educacional.

2. **O direito à continuidade do curso noturno titularizado por um grupo de pessoas ? alunos matriculados no estabelecimento de ensino ? deriva de uma relação jurídica base com o Colégio Pedro II e não é passível de divisão, uma vez que a extinção desse turno acarretaria idêntico prejuízo a todos, mostrando-se completamente inviável sua quantificação individual.**

3. **Há que se considerar também os interesses daqueles que ainda não ingressaram no Colégio Pedro II e eventualmente podem ser atingidos pela extinção do curso noturno, ou seja, um grupo indeterminável de futuros alunos que titularizam direito difuso à manutenção desse turno de ensino.**

4. Assim, a orientação adotada pela Corte de origem merece ser prestigiada, uma vez que **os interesses envolvidos no litígio revestem-se**

¹¹⁷ A ordem jurídica internacional é formada por posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da vinculação a uma ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal e gozam de caráter supranacional (ROCHA, 2018).

da qualidade de coletivos e, por conseguinte, podem ser defendidos pelo Ministério Público em ação civil pública.

5. No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece expressamente a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ações fundadas em **interesses coletivos ou difusos** para garantir a oferta de ensino noturno regular adequado às condições do educando.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 933.002/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009) (**grifo nosso**).

Ainda que o direito à educação fosse considerado como direito individual homogêneo, este seria mais bem tutelado por meio de uma ação coletiva. Isso porque há homogeneidade, e as peculiaridades de cada lide individual seriam irrelevantes. Dessa forma, o pedido seria uma tese jurídica geral que beneficiasse a todos os titulares dos direitos individuais. Ressalta-se que os direitos individuais homogêneos nada mais são que direitos individuais coletivizados pelo ordenamento jurídico, ou seja, ficção jurídica, para obter uma tutela mais adequada (GIDI, 1995).

O direito à educação infantil está previsto no art. 208, IV¹¹⁸ da CRFB (BRASIL, 1988). Pelo princípio da não-taxatividade dos direitos fundamentais, inserto no art. 5º, §2º da Lei Maior, considera-se que o direito à educação infantil é um direito fundamental. E como depende de prestações estatais positivas para a sua efetivação, é também direito social.

Conforme abordado em seções anteriores, por se tratar de direito fundamental, o direito à educação infantil goza da aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, §1º da CRFB e também é protegido como cláusula pétrea, de modo que não pode ser alterado nem mesmo por proposta de emenda à Constituição, conforme previsto no art. 60, §4º, IV da CRFB (BRASIL, 1988).

A educação infantil é direito da criança, e não de assistência social (SILVEIRA, 2014). Segundo define o Ministério da Educação, a educação infantil é:

A primeira etapa da educação básica, oferecida em creches e pré-escolas, às quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade no período diurno, em jornada integral ou parcial, regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino e submetidos a controle social (BRASIL, 2010, p. 12).

A LDB em seu art. 4º, II, determina que o “dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: (...) educação infantil gratuita

¹¹⁸ “Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (BRASIL, 1988)

às crianças de até cinco anos de idade” (BRASIL, 1996). Tal previsão é ratificada pelo art. 54, IV¹¹⁹ do ECA (BRASIL, 1990A).

A Educação Infantil visa o desenvolvimento integral da criança sob os aspectos físico, cognitivo e afetivo, a aprendizagem de diferentes formas de expressão, além do preparo para as etapas seguintes da educação (SILVA; MONTEIRO; RODRIGUES, 2017). Poderá ocorrer em tempo parcial, com uma jornada mínima de quatro horas diárias, ou em tempo integral, com jornada diária igual ou superior a sete horas, compreendendo o tempo total que a criança permanece na instituição (BRASIL, 2010).

A tabela abaixo mostra como a oferta da educação infantil está dividida entre instituições públicas e privadas:

Fase da Educação Infantil	Instituições Públicas	Instituições Privadas
Creche (crianças com três anos idade ou menos)	64%	36%
Pré-escola (crianças com quatro ou cinco anos de idade)	76%	24%

Tabela 1 – Divisão da oferta da Educação Infantil entre instituições públicas e privadas. Fonte: Simões (2018).

A trajetória da educação infantil como etapa educacional é bastante recente, se comparada aos demais níveis da educação básica. Com a fim da ditadura militar em 1985, na esteira dos movimentos democráticos que ganharam força durante a década de 1980, as crianças pequenas passaram a ser reconhecidas enquanto sujeitos de direitos, entre eles, o direito à educação (FLORES; PERONI, 2018).

Foi somente após a redemocratização que o Estado brasileiro ratificou os principais tratados de proteção aos direitos humanos, entre eles, o direito à educação. Entretanto, somente a partir de 1996, com a promulgação da LDB, que a educação infantil passou a ser oficialmente integrada ao sistema de ensino (SILVA; MONTEIRO; RODRIGUES, 2017).

A Constituição, explicitamente, por meio do art. 208, I¹²⁰; §1^{o121}, estabelece que o acesso à educação básica obrigatória e gratuita, dos quatro aos dezessete

¹¹⁹ “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade” (BRASIL, 1990A).

anos de idade, é direito público subjetivo (BRASIL, 1988). O direito à educação dá ao indivíduo e aos seus representantes a faculdade de exigir do Estado o cumprimento de um dever jurídico (XIMENES; GRINKRAUT, 2014).

O sistema educacional brasileiro é dividido em educação básica e ensino superior (MENDES, 2017). A LDB (BRASIL, 1996) considera a educação infantil como a primeira etapa da educação básica¹²², sendo oferecida em creches, para crianças de até três anos de idade, e em pré-escolas, para as crianças entre quatro a cinco anos de idade. Estabelece a LDB:

Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (...).

Art. 29 – A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30 – A educação infantil será oferecida em: I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade” (BRASIL, 1996 – grifo nosso).

Por ser etapa da educação básica, a educação infantil é direito público subjetivo. Essa tese é ratificada pelo art. 5º, *caput*¹²³ da LDB (BRASIL, 1996). Dessa forma, é possível provocar o Poder Judiciário para tutelá-lo e garantir seu cumprimento pelo Estado (SILVEIRA, 2008).

Silveira (2014) lembra que a educação infantil é dever do Estado, sendo opção da família a matrícula de seus filhos. A partir de 2009, com Emenda Constitucional (EC) nº 59, que trouxe a redação atual do art. 208, I da CRFB, a matrícula de todas as crianças na escola a partir dos quatro anos tornou-se obrigatória (BRASIL, 1988). Antes da mudança na Constituição, o ensino fundamental era a única fase escolar obrigatória no Brasil.

Depois da emenda constitucional, como a matrícula na pré-escola passou a ser obrigatória, ao Estado foi incumbido o dever de assegurar sua oferta gratuita. Já

¹²⁰ “Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (BRASIL, 1988).

¹²¹ “Art. 208, §1º – O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (BRASIL, 1988).

¹²² As demais etapas da educação básica são o ensino fundamental, dos seis aos catorze anos, e o ensino médio, dos quinze aos dezessete anos.

¹²³ “Art. 5º – O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo” (BRASIL, 1996).

a matrícula em creche, para crianças com três anos de idade ou menos, permaneceu de caráter facultativo para as famílias, mas cabe ao Estado a oferta de vagas para atender à demanda manifesta, conforme dispõe o art. 208, IV da CRFB (BRASIL, 1988). De toda forma, a frequência na Educação Infantil não é pré-requisito para a matrícula no Ensino Fundamental (BRASIL, 2010).

A EC nº 53 de 2006 inclui a educação infantil no rol dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, conforme previsto do art. 7º, XXV¹²⁴ da CRFB (BRASIL, 1988). A importância dessa garantia foi assegurar que os trabalhadores tivessem um local apropriado para deixar seus filhos, enquanto estivessem ausentes do lar para se dedicarem a atividades profissionais.

Conforme estabelece o art. 211, §2º¹²⁵ da CRFB, compete prioritariamente aos municípios a oferta da educação infantil (BRASIL, 1988). Essa determinação é reforçada pelo previsto no art. 11, V¹²⁶ da LDB (BRASIL, 1996), que estabelece a responsabilidade dos municípios em oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental.

Devido a essa previsão da LDB, alguns municípios, quando são intimados pelo Poder Judiciário a assegurar a educação infantil, sustentam que priorizam o ensino fundamental, em função da escassez de recursos, deixando a educação infantil em segundo plano (SILVEIRA, 2014). Todavia, o texto constitucional estabelece a obrigação em atender prioritariamente ambas as etapas da educação básica: educação infantil e ensino fundamental.

Embora os municípios sejam os responsáveis pela oferta da educação infantil, por expressa previsão constitucional, por serem os entes federativos mais frágeis na capacidade orçamentária, necessitam do apoio técnico e financeiro dos estados e da União (COUTINHO; SILVEIRA, 2016, p. 65).

O STF vem afirmando o direito à educação infantil como prerrogativa constitucional indisponível deferida às crianças, sendo que esse direito não depende

¹²⁴ “Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas” (BRASIL, 1988).

¹²⁵ Art. 211, §2º – “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil” (BRASIL, 1988).

¹²⁶ “Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: (...) V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino” (BRASIL, 1996).

de regulamentações para ser exigível, já que seu conteúdo básico pode ser extraído diretamente do texto da Constituição (XIMENES; GRINKRAUT, 2014).

Em importante decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello, a Corte Suprema reconheceu que o direito à educação infantil faz parte do rol dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, como primeira etapa da educação básica. Reconheceu ainda a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em situações excepcionais de omissão estatal, determinando a implementação das políticas públicas necessárias à concretização desse direito.

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como **primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV)**. - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - **A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança**, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes**, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290) (**grifo nosso**).

A partir de tudo que foi exposto nesta seção, percebe-se que, do ponto de vista legal ou formal, o direito à educação infantil está contemplado. Todavia, seu atendimento ainda precisa ser ampliado (SILVEIRA, 2014), conforme se demonstrará a seguir.

O direito à educação infantil pode ser analisado sob duas dimensões: acesso e qualidade. A primeira diz respeito à oferta de vagas desta etapa de ensino, na educação pública e gratuita, a todos que demandarem. A segunda dimensão avalia a qualidade da educação oferecida. Por se tratar de um trabalho de conclusão de curso a nível de graduação, que deve ser concluído no período de um semestre, somente uma das dimensões será analisada. Optou-se por analisar apenas a dimensão do acesso à educação infantil.

Justifica-se essa escolha a partir de dois argumentos. Em primeiro lugar, a definição de educação infantil de qualidade ultrapassa as questões jurídicas, sendo tema relevante para a pesquisa na área educacional. Cabe destacar também que a maior parte das decisões judiciais analisam a ampliação da oferta à educação infantil, sem avaliar a qualidade dessa oferta (TAPOROSKY; SILVEIRA, 2018).

Silveira (2010) analisou 483 (quatrocentos e oitenta e três) decisões prolatadas entre 1991 e 2008 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), envolvendo o direito de crianças e adolescentes. Desse total, 175 (cento e setenta e cinco) ou mais de 36% (trinta e seis por cento) discutiam a requisição de vagas em instituições de educação infantil.

Já Viecelli (2012) relata que o STF julgou 157 (cento e cinquenta e sete) demandas educacionais no período de 1988 a 2011, sendo que a maioria delas tratava de vagas pleiteadas para crianças em creches e pré-escolas.

Por sua vez, Scaff e Pinto (2016) pesquisaram a jurisprudência do STF em busca de decisões judiciais relacionadas ao direito à educação de crianças e adolescentes no período de 2003 a 2012. Do conjunto de acórdãos analisados, observou-se que a temática mais presente era o acesso a vagas na educação infantil, representativas de 20% (vinte por cento) das ações analisadas.

Observa-se que o direito à educação infantil ainda não está plenamente concretizado no país (FLORES; PERONI, 2018). Todavia, teve avanços significativos nos últimos anos no que diz respeito à expansão do atendimento, beneficiando um número crescente de crianças e famílias (ABUCHAIM, 2019).

O acesso à primeira etapa da educação básica vem crescendo nas últimas décadas, como resultado da positividade dessa garantia na legislação e da pressão exercida pela sociedade civil (COUTINHO; SILVEIRA, 2016). Todavia, a procura por vagas também aumentou, de modo que o aumento de vagas não foi proporcional ao incremento da demanda (MENDES, 2017).

Em 2014, o Congresso Nacional aprovou o Plano Nacional de Educação (PNE) por meio da Lei nº 13.005/2014 (BRASIL, 2014), que regulamenta o artigo 214¹²⁷ da CRFB (XIMENES; GRINKRAUT, 2014). O PNE estabelece diretrizes, metas e estratégias que devem reger as iniciativas na área da educação e tem validade de dez anos, ou seja, até 2024.

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) é uma autarquia federal responsável por monitorar o cumprimento das metas do PNE. Por isso, divulga o relatório de monitoramento a cada dois anos, conforme determina o art. 5º, §2º¹²⁸ do PNE (BRASIL, 2014).

O Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação – 2018, divulgado pelo INEP, mostra que o acesso à educação infantil não foi universalizado (BRASIL, 2018). O PNE estabelece vinte metas a serem cumpridas até 2024, sendo que a meta nº 1 faz referência à educação infantil.

Segundo a publicação do INEP (BRASIL, 2018), em 2016, 91,5% (noventa e um inteiros e cinco décimos por cento) das crianças com quatro ou cinco anos de idade frequentavam a pré-escola. A meta nº1 do PNE¹²⁹ previa universalizar o acesso até 2016 (BRASIL, 2014). Para as crianças com três anos de idade ou menos, apenas 32% (trinta e dois por cento) frequentavam a creche em 2016 (BRASIL, 2018). A meta do PNE era ampliar a oferta para atender 50% (cinquenta por cento) do público alvo até 2024 (BRASIL, 2014).

¹²⁷ “Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas (...)” (BRASIL, 1988):

¹²⁸ “Art. 5º, §2º – A cada 2 (dois) anos, ao longo do período de vigência deste PNE, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP publicará estudos para aferir a evolução no cumprimento das metas estabelecidas no Anexo desta Lei, com informações organizadas por ente federado e consolidadas em âmbito nacional, tendo como referência os estudos e as pesquisas de que trata o art. 4º, sem prejuízo de outras fontes e informações relevantes” (BRASIL, 2014).

¹²⁹ A meta 1 está prevista no anexo da Lei nº 13.005/2014 (PNE) *in verbis*: “Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE” (BRASIL, 2014).

É importante lembrar que, o fato do PNE estabelecer metas que devam ser cumpridas até 2024, não significa que esteja adiada a possibilidade de exigir o acesso à educação infantil em ações individuais ou coletivas. Interpretar a legislação dessa forma seria inconstitucional, uma vez que a Carta Política, em seu art. 208, IV, estabelece que é dever do Estado garantir esse direito. Sem mencionar que a Meta nº1 do PNE foi considerada modesta por organizações da sociedade civil e do movimento da educação infantil, que chegaram a propor a universalização do acesso à creche até 2016 (XIMENES; GRINKRAUT, 2014).

Os indicadores produzidos pelo INEP para o monitoramento da meta nº 1 do PNE demonstram uma evolução no percentual de crianças atendidas pela educação infantil, apesar de a melhoria ainda ser insuficiente para o cumprimento da meta estabelecida (BRASIL, 2018). Todavia, apesar do evidente crescimento do número de matrículas, o atual ritmo de crescimento projeta o não cumprimento da meta no prazo previsto (TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2018).

Outro ponto a destacar, é que nem sempre a melhoria do indicador é reflexo do aumento da oferta pública de vagas. Para o segmento da pré-escola, apesar de ter havido aumento da oferta pública de vagas, a melhoria do indicador de monitoramento da meta deveu-se, sobretudo, à redução do número de crianças entre quatro e cinco anos na população. Já para o segmento das creches, tanto o aumento da oferta de vagas quanto a redução do número de crianças na faixa etária correspondente, justificam, igualmente, a melhoria do indicador. (SIMÕES, 2018).

Além disso, há desigualdades importantes no acesso à educação infantil, com menos matrículas de crianças oriundas das camadas mais vulneráveis da população, em comparação àquelas com melhores condições econômicas. A desigualdade afronta o estabelecido no art. 4º, IV¹³⁰ da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 (BRASIL, 2016A), conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, que determina que as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância¹³¹ reduzam as desigualdades. Por isso, as políticas públicas educacionais devem privilegiar as famílias mais vulneráveis (ABUCHAIM, 2019).

¹³⁰ “Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a: (...) IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança” (BRASIL, 2016A).

¹³¹ Segundo o art. 2º da Lei nº 13.257/2016 (BRASIL, 2016A), a primeira infância abrange os primeiros seis anos completos de vida. *In verbis*: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se

Para os 20% (vinte por cento) mais ricos, o número de crianças menores de três anos atendidas em creches em 2015 era de 51,6% (cinquenta e um inteiros e seis décimos por cento). Os dados mostram que, para esse segmento privilegiado da população, a meta do PNE de ampliar a oferta para atender 50% (cinquenta por cento) do público alvo já foi cumprida desde 2014 (SIMÕES, 2018).

Todavia, ao analisar os 20% (vinte por cento) mais pobres, o resultado é bem diferente. Em 2015, apenas 20% (vinte por cento) das crianças menores de três anos eram atendidas por creches, número bem distante da meta do PNE. Concomitante, para esse segmento da população, o ritmo de crescimento no atendimento foi menor em 6,5% (seis inteiros e cinco décimos por cento), o que colaborou para acentuar a desigualdade (SIMÕES, 2018).

Mantido esse cenário, o acesso à educação infantil potencializará a desigualdade social e econômica já presente na população brasileira (ABUCHAIM, 2019), o que, decididamente, não é o que se espera de uma política pública.

Além da questão da renda, a desigualdade também apresenta aspectos regionais. Segundo a organização Todos pela Educação (2018), em 2017, 81,5% (oitenta e um inteiros e cinco décimos por cento) das crianças entre quatro e cinco anos da região metropolitana de Porto Alegre eram contempladas com a oferta de pré-escola. Enquanto que em Belo Horizonte, 96% (noventa e seis por cento) das crianças dessa faixa etária são atendidas. Já no estado do Amapá, pouco mais de 72% (setenta e dois por cento) das crianças eram atendidas no mesmo período.

Esses dados diferenciados por região geográfica evidenciam ainda, que as metas de acesso à educação infantil definidas pelo PNE, são apenas parâmetros mínimos nacionais. Mas, será a demanda manifesta em cada localidade que definirá, no fim das contas, o quanto essa meta se aproximará da realidade em cada município do país (XIMENES; GRINKRAUT, 2014).

Também há desigualdades de oferta quando se analisa a raça/cor da criança e a situação de domicílio (urbano/rural). É o que demonstra o documento “Plano Nacional de Educação: linha de base” elaborada pelo INEP (BRASIL, 2015A), com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2013.

primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.”

Segundo a publicação (BRASIL, 2015A), o acesso à pré-escola rural era de apenas 72,8% (setenta e dois inteiros e oito décimos por cento), muito aquém da urbana que era 83,4% (oitenta e três inteiros e quatro décimos por cento). De maneira similar, o acesso a pré-escola entre a população negra era de 79,4% (setenta e nove inteiros e quatro décimos por cento), inferior à oferta na população branca que era de 83,9% (oitenta e três inteiros e nove décimos por cento).

Também se evidenciou forte desigualdade nos dados relativos à oferta de creche. As matrículas na área urbana representavam 26,1% (vinte e seis inteiros e um décimo por cento), enquanto que na área rural era de apenas 8,4% (oito inteiros e quatro décimos por cento). A situação se repetia ao analisar a cor/raça da criança. Enquanto que para os brancos a oferta atendia 26,2% (vinte e seis inteiros e dois décimos por cento) do público alvo, para os negros era de apenas 20,4% (vinte inteiros e quatro décimos por cento) (BRASIL, 2015A).

Dessa forma, os números mostram que há ainda um longo caminho para que se possa universalizar efetivamente o direito à educação infantil. Especialmente porque essa aparente melhoria na oferta de vagas na educação infantil esconde aumento na desigualdade.

5.1. IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO INFANTIL

O direito à educação apresenta íntima relação com a dignidade da pessoa humana. Rocha (2018) considera que a educação é a fonte primordial da dignidade humana. A Constituição Federal de 1988 reservou atenção especial ao direito à educação, consagrando-o como o primeiro dos direitos fundamentais sociais no art. 6º. Além da previsão no rol dos direitos sociais, o direito à educação recebeu do legislador constituinte tratamento diferenciado nos arts. 205 a 214, criando um regime jurídico único, marcado por intensa determinação de conteúdo e densidade de proteção (SCAFF; PINTO, 2016).

Como direito fundamental, o direito à educação é essencial para assegurar a igualdade material de oportunidades. Trata-se de um direito instrumental para garantir o acesso a outros direitos fundamentais, uma vez que possibilita a qualificação para o trabalho, a emancipação da pobreza e a preparação para o exercício da cidadania em um Estado Democrático. Por isso, considera-se que o direito à educação faz parte do mínimo existencial (VIECELLI, 2012).

O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático, por ser requisito para o exercício da cidadania. Por isso, a educação deve ser encarada como um processo de aprendizagem que permite que o estudante se torne um cidadão apto a participar da sociedade e compreender seus direitos e deveres (ROCHA, 2018).

A educação infantil é uma das etapas da educação básica mais importante para o desenvolvimento das crianças, quando se inicia a construção de sua personalidade. Segundo Silva, Monteiro e Rodrigues (2017), a primeira infância (de 0 a 5 anos de idade) é um período em que as habilidades cognitivas, mentais, afetivas e psicomotoras estão em constante evolução. A criança é um ser em desenvolvimento físico, social, psicológico e intelectual. E a educação infantil colabora para esse desenvolvimento (MENDES, 2017).

Para James J. Heckman, professor de economia da Universidade de Chicago e ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 2000, o investimento na primeira infância é uma estratégia eficaz para o crescimento econômico. Nessa etapa da vida, o cérebro é maleável e se desenvolve rapidamente, o que favorece o desenvolvimento de habilidades cognitivas, sociais e emocionais fundamentais para o sucesso pessoal, para aumentar a empregabilidade e para reduzir a desigualdade social e a criminalidade (FRANCO, 2019).

Segundo Mendes (2017), a educação infantil é importante por ser o primeiro contato da criança com a educação formal¹³², possibilitando o início do processo de socialização e a vivência de novas experiências. Além de desenvolver o conhecimento, a criança aprenderá a interagir com outras pessoas que não fazem parte do seu núcleo familiar, desenvolverá a imaginação e a sensibilidade. A educação infantil melhora ainda o desempenho no ensino fundamental (FLORES; PERONI, 2018).

A importância da educação infantil pode ser percebida também a partir dos requisitos que as propostas pedagógicas das instituições que oferecem essa etapa da educação básica devem atender, conforme orientação do Ministério da Educação (BRASIL, 2010). Portanto, para que cumpra sua função sociopolítica e pedagógica, a educação infantil deve garantir condições e recursos para:

¹³² Para Mendes (2017, p. 10), educação formal diz respeito à: “educação oferecida nas instituições de ensino, autorizadas pelo Poder Público, e que atuam com base na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e nos demais documentos oficiais emitidos pelos Governos, Federal, Estaduais e Municipais”.

- Que as crianças usufruam seus direitos civis, humanos e sociais;
- Possibilitar que instituições e famílias compartilhem a educação e o cuidado com as crianças, complementando-se mutuamente;
- Possibilitar a convivência entre crianças e adultos;
- Ampliar saberes e conhecimentos de diferentes naturezas;
- Promover a igualdade de oportunidades de acesso a bens culturais entre as crianças de diferentes classes sociais;
- Construir novas formas de sociabilidade e subjetividade, comprometidas com ludicidade, democracia, sustentabilidade e com o rompimento de relações de dominação etária, socioeconômica, étnico-racial, de gênero, regional, linguística e religiosa;
- Assegurar a dignidade da criança como pessoa humana e a proteção contra qualquer forma de violência (física ou simbólica) e negligência, no interior da instituição ou praticadas pela família, prevendo o encaminhamento das violações para instâncias competentes.

A relevância da educação infantil vai além de sua importância pedagógica. Essa etapa da educação básica exerce também função de saúde. Em razão da extrema desigualdade econômica presente na realidade brasileira, muitas famílias ficam impossibilitadas de oferecer cuidados essenciais com a alimentação e higiene de suas crianças. Cabe à educação infantil uniformizar o atendimento nessas questões tão relevantes (REFOSCO, 2018).

A urbanização, a crescente participação da mulher no mercado de trabalho e as alterações na estrutura familiar são ainda hoje fatores determinantes da demanda por creches e pré-escola (SILVA; MONTEIRO; RODRIGUES, 2017). A educação infantil ainda cumpre papel assistencial, pois, possibilita que pais e mães que precisam se ausentar para se dedicar às suas atividades profissionais, disponham de estabelecimento adequado para a guarda dos seus filhos.

A educação infantil também revela sua importância perante a sociedade como um todo. A garantia do acesso a essa relevante etapa da educação básica demonstra comprometimento real com os direitos constitucionais e com os ideais que regem a democracia brasileira, tais como a solidariedade social, redução da pobreza e promoção do desenvolvimento (REFOSCO, 2018).

5.2. PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL

O direito à educação é um direito tão relevante para o progresso humano e uma cidadania ativa e responsável que, tal como o direito à saúde e a proteção da infância e juventude, foi guindado pelo ordenamento constitucional à condição de prioridade (ROCHA, 2018). O legislador constituinte positivou o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação com proteção integral e prioridade absoluta, conforme previsto no art. 227¹³³ da CRFB (BRASIL, 1988), consagrando a chamada doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (ALMEIDA, 2010).

A prioridade de atendimento à criança e ao adolescente foi reforçada com a aprovação do ECA que prevê em seu art. 4º, *caput*¹³⁴ e parágrafo único¹³⁵, que a garantia de prioridade no atendimento do direito à educação de crianças e adolescentes compreende: precedência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos (BRASIL, 1990A).

Almeida (2010) considera que o direito à educação é o que possui maior relevância social, dentre os direitos da infância mencionados nos arts. 227 da CRFB e 4º do ECA. Isso porque, para a autora, dos direitos elencados, a educação é o único direito cujo exercício pleno poderá, por si só, provocar transformação do país, garantindo crescimento socioeconômico sólido, sustentável e duradouro.

A teoria da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta são o resultado de longas lutas sociais ocorridas no mundo inteiro e que deram origem a importantes documentos internacionais tais como:

¹³³ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988 – grifo nosso).

¹³⁴ “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 1990A – grifo nosso).

¹³⁵ Art. 4º, parágrafo único – “A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (BRASIL, 1990A).

- Declaração Universal dos Direitos do Homem (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948);
- Declaração Universal dos Direitos da Criança (20 de novembro de 1959);
- Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança (adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990);
- Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90 (Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, Nova Iorque, 30 de setembro de 1990).

Todos esses Documentos Internacionais destacam a necessidade de proteção integral à criança e ao adolescente, destacando que essa proteção deva ser feita com prioridade absoluta (ALMEIDA, 2010).

Silva (2012) aponta alguns dispositivos constitucionais que transparecem a prioridade absoluta da educação, caracterizando-a como serviço público essencial. Segundo dispõe o art. 209¹³⁶ da CRFB, “o ensino é livre à iniciativa privada”, desde que as instituições cumpram as normas gerais da educação nacional e sejam autorizadas pelo Poder Público, além de submetidas a avaliações periódicas de qualidade (BRASIL, 1988). Para o eminente doutrinador, esse dispositivo transparece a preferência constitucional pelo ensino público e gratuito, considerando a iniciativa privada, embora livre, meramente secundária e condicionada.

Outra norma constitucional destacada por Silva (2012) é a obrigação atribuída ao Poder Público de assegurar educação básica “para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”, conforme previsto no art. 208, I da CRFB (BRASIL, 1988). O célebre constitucionalista considera que tal previsão demonstra o status de prioridade absoluta e serviço público essencial reservado à educação pelo legislador constituinte, além de reforçar a necessidade de proteção integral.

Também merece destaque a norma estabelecida no art. 208, § 2º da CRFB, que prescreve que “o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou

¹³⁶ “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público” (BRASIL, 1988).

sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (BRASIL, 1988). Para Silva (2012), esse dispositivo destaca a necessidade de proteção integral e o status de prioridade absoluta auferidos pelo direito à educação.

Devido à previsão de prioridade absoluta, a definição e a implementação de políticas públicas deveriam estar voltadas prioritariamente para o atendimento das necessidades das crianças e dos adolescentes, destinando recursos para o desenvolvimento das áreas necessárias, como por exemplo, para a garantia do acesso à educação infantil (SILVEIRA, 2014).

Os recursos públicos disponíveis devem ser investidos em ações capazes de garantir o direito à educação a todos, até que esse resultado seja efetivamente alcançado. Enquanto essa meta não for atingida, outras políticas públicas não prioritárias do ponto de vista constitucional deverão aguardar (BARCELOS, 2005).

Por prioridade absoluta, deve-se entender que a criança e o adolescente estarão em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes, de modo que suas necessidades devem ser atendidas primeiro. Dessa forma, enquanto não existirem creches e pré-escolas em número suficiente para atender toda a demanda repressada, não se deveria: asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, estádios de futebol, etc (ALMEIDA, 2010).

Especificamente sobre a educação infantil, convém destacar alguns dispositivos previstos no Marco Legal da Primeira Infância (BRASIL, 2016A). O art. 3º¹³⁷ dessa legislação estabelece que a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança “implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral” (BRASIL, 2016A). Por sua vez, o art. 5º¹³⁸ desse mesmo diploma legal prevê que a educação infantil constitui área prioritária para as políticas públicas para a primeira infância (BRASIL, 2016A).

¹³⁷ “Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral” (BRASIL, 2016A).

¹³⁸ “Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica” (BRASIL, 2016A).

A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido da prioridade absoluta que se deve dar à educação da criança. Para ilustrar esse entendimento, transcreve-se a ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMANDA POR VAGAS ESCOLARES. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO PROVER O ENSINO INFANTIL NA REDE PÚBLICA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO FUNDAMENTADA. VIOLAÇÃO DA LEI 4.320/1964 E DA LEI COMPLEMENTAR 101/2000. ALEGAÇÃO GENÉRICA.

DISPOSITIVOS NÃO PARTICULARIZADOS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

SÚMULA 284/STF.

1. Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública postulando a condenação do município à obrigação de suprir a demanda por vagas na educação infantil, considerando a existência de 267 menores entre 0 e 14 anos de idade sem atendimento escolar, em franco descumprimento do art. 208 da Constituição Federal. A sentença de improcedência fora reformada pelo Tribunal de Justiça, que proveu a Apelação Cível do Parquet para determinar que o Município de Garça, no prazo de um ano do trânsito em julgado, supra a demanda não atendida de crianças e adolescentes de zero a quatorze anos de idade, em sistema público de ensino, sob pena de multa, permitindo ao apelado a firmação de convênio para o preenchimento dessas vagas em entidades não governamentais.

2. Ao contrário do que pretende o Município, **a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido da prioridade absoluta que se deve dar à educação da criança.** Descabido, in casu, falar, genericamente, em "reserva do possível".

3. Quanto à negativa de vigência de lei federal, a pretensão de reforma está fundada na alegação genérica de ofensa às Leis 4.320/1964 e à Lei Complementar 101/2000, cujos dispositivos em momento algum foram particularizados, o que leva à impossibilidade de se compreender de que forma o acórdão de origem divorciou-se da ordem jurídica ou mesmo quais foram os comandos normativos contrariados. A patente deficiência de fundamentação leva à aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

4. Por fim, é impassível de exame a alegada violação da Lei Orgânica do Município de Garça, tendo em conta o enunciado da Súmula 280/STF.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1365384/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 05/09/2016) (**grifo nosso**)

O fato de o direito à educação fazer parte do mínimo existencial, bem como seu status de prioridade absoluta, são argumentos mais que suficientes para afastar a reserva do possível. Dessa forma, ao ser demandado pelo Poder Judiciário para garantir esse direito, não pode alegar como justificativa para a sua omissão a falta de recursos financeiros.

6. INADEQUAÇÃO E/OU INSUFICIÊNCIA DO MODELO TRADICIONAL DE PROCESSO PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme detalhado anteriormente, o acesso à educação infantil não está universalizado no país. Quando o Estado é omissivo no cumprimento de suas obrigações, o Poder Judiciário é provocado para tutelar o direito subjetivo deficitário. Há grande número de ações judiciais solicitando vagas na educação infantil (SILVEIRA, 2008). Isso pode ocorrer por tutela individual ou via ações coletivas (TAPOROSKY; SILVEIRA, 2018).

Nas subseções a seguir, buscar-se-á demonstrar como o modelo de processo tradicional, seja por meio de demandas individuais ou coletivas, mostra-se inadequado e/ou insuficiente para a tutela de efetivação do direito à educação infantil, por meio de políticas públicas, diante da omissão estatal.

6.1. INADEQUAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Nas ações individuais, a criança, seus representantes legais ou o Ministério Público pleiteiam vagas em creches e pré-escolas contra o litigante habitual, o Poder Público Municipal, devido ao disposto no art. 211, §2º da CRFB (BRASIL, 1988). Segundo Refosco (2018), esses litígios têm, pelo menos desde o ano de 2005, destino praticamente certo: a procedência da demanda. Foi em 2005 que a jurisprudência do STF se firmou no sentido de que o direito à educação infantil é direito público subjetivo, conforme ementa abaixo.

Auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

(AI 761908 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 07-08-2012 PUBLIC 08-08-2012)

Entretanto, verificaram-se algumas decisões de demandas individuais em busca da tutela da educação infantil que foram desprovidas pelo Poder Judiciário. A título de exemplo, ilustra-se decisão exarada pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

DIREITO CONSTITUCIONAL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MATRÍCULA EM CRECHE PÚBLICA. LISTA DE ESPERA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A URGÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

1. É cediço que o Estado tem o dever de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso de crianças a creches e a unidades pré-escolares, por imposição contida nos arts. 205, 206 e 208, IV, da Constituição Federal; no art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 11, V, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

2. Embora seja possível, em alguns casos, que o Poder Judiciário determine ao ente estatal o cumprimento dessa obrigação constitucionalmente prevista, há de se ponderar que, quando não houver vagas suficientes disponibilizadas pelo Poder Público para atendimento da demanda por creche na localidade requisitada e havendo outras crianças que também se encontram na mesma condição, é razoável que o menor seja inscrito em lista de espera, e aguarde o preenchimento das vagas por outras com melhor posicionamento, sob pena de ofensa ao Princípio da Isonomia.

3. Considerando os direitos das demais crianças igualmente necessitadas de matrícula em creche pública ou escola em período integral, havendo cadastro e/ou lista de espera, **a determinação judicial para que a instituição de ensino proceda à imediata matrícula de crianças inscritas e/ou cadastradas, com desrespeito à eventual ordem de classificação, configuraria violação ao Princípio da Isonomia**, notadamente quando ausentes elementos a, excepcionalmente, justificar a medida requerida.

4. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

(20150020010616AGI, Relator: Desembargador Alfeu Machado, 3ª Turma Cível, julgado em 20/05/2015) (**grifo nosso**)

Assim como o direito à educação, o direito à educação infantil é um direito coletivo e difuso. O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível, pois atinge e/ou pertence a todos os membros do grupo indistintamente. Os detentores do direito subjetivo são indeterminados, sendo determináveis em algumas situações. Da mesma maneira, poderá ou não haver, conforme o caso concreto, relação jurídica base ligando os sujeitos ativos entre si, ou com a parte contrária.

Por exemplo, em uma ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público demandando o acesso à educação infantil para crianças de uma determinada comunidade, os membros do grupo são indeterminados *a priori*, mas determináveis no futuro. Por outro lado, se o *Parquet* estivesse buscando tutelar o acesso à educação infantil para todas as crianças da comunidade que vierem a fazer jus a esse direito nos próximos cinco anos, seria impossível determiná-los.

De maneira similar, os alunos atendidos pela educação infantil de uma determinada localidade possuem uma relação jurídica com a instituição de ensino, já que estão regularmente matriculados. Assim, caso a associação de moradores ingressasse em juízo demandando por melhoria da qualidade da educação oferecida, estar-se-ia buscando a tutela de um direito coletivo *stricto sensu*. Já

aqueles alunos que buscam acesso à educação infantil, ainda não essa possuem relação jurídica base. E a mesma associação poderia buscar para esse grupo, via intervenção judicial, a tutela de um direito difuso.

Dessa forma, percebe-se que o direito à educação infantil é direito coletivo *stricto sensu* e difuso, conforme a existência ou não de uma relação jurídica base e a determinabilidade do titular do direito, nos termos do art. 81, parágrafo único, I e II do CDC, por se tratar de direito transindividual e com objeto indivisível (BRASIL, 1990). Conforme mencionado anteriormente, direitos difusos e coletivos são concretizados por meio de políticas públicas (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019).

Segundo Refosco (2018), os interesses difusos representam um importante obstáculo do acesso à justiça. Isso porque, segundo a autora, a tutela desses direitos é mais difícil, uma vez que não pertencem à esfera jurídica exclusiva de um indivíduo ou também porque a lesão a esses interesses pode ser insignificante no plano individual para justificar a intervenção judicial. Esse argumento demonstra a inadequação das demandas individuais para tutelar direitos difusos.

As ações coletivas constituem o instrumento processual mais adequado para a intervenção jurisdicional nas políticas públicas, uma vez que encerram um direito fundamental difuso ou coletivo *stricto sensu*. Ainda que à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV da CRFB (BRASIL, 1988), demandas individuais, destinadas à tutela de direito estritamente individual, também se prestem a esse objetivo, não são o instrumento processual mais adequado e efetivo, justamente por se tratar de um direito coletivo *lato sensu* (LIBERAL, 2018).

A demanda individual para a concessão da matrícula em educação infantil é, sem dúvida, expressão dos direitos à educação e ao acesso à justiça previstos no ordenamento constitucional. Mas, ao mesmo tempo, mostra-se ineficaz para solucionar a raiz do problema que é a omissão do poder público (REFOSCO, 2018).

Por mais que seja possível reduzir o direito à educação infantil à sua dimensão de exigibilidade individual, não se pode desconsiderar que seu exercício é essencialmente coletivo (XIMENES; GRINKRAUT, 2014). Os processos individuais, por sua própria finalidade, não estimulam o debate. O conflito é reduzido à pretensão deduzida pelo autor em face do réu. E a discussão de política pública transforma-se na disputa entre o “direito subjetivo” de um indivíduo em face do Estado (ARENHART, 2015).

Quando demandada a tutela de políticas públicas via ações individuais, o poder público costuma alegar em sua defesa ofensa aos princípios da impessoalidade e da isonomia para afastar a pretensão do autor (LIBERAL, 2018). Entretanto, embora tenha se demonstrado que essa tese não merece prosperar, com base na doutrina e na jurisprudência, conforme abordado na seção 3.2.3, a utilização de ações coletivas, por si só, já afastaria essa alegação do poder público.

Conforme detalhado na seção 3.2.4, a teoria da reserva do possível é frequentemente trazida como estratégia de defesa pela Administração Pública, quando demandada por efetivação de políticas públicas. São situações em que o Estado alega que não há recursos financeiros disponíveis para atendimento da pretensão (reserva do possível fática) e/ou que não há previsão orçamentária para tal despesa (reserva do possível jurídica), conforme previsto na norma legal.

Há dispositivos legais que justificam a atribuição do encargo de provar a ausência de recursos financeiros ao Poder Público. O primeiro deles é a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII do CDC (BRASIL, 1990). Em se tratando de demanda coletiva, esse dispositivo legal incidirá diretamente, uma vez que o CDC faz parte do microsistema processual coletivo, aplicável a todas as ações coletivas (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Por outro lado, em se tratando de demandas individuais, a inversão do ônus da prova dependeria de aplicação analógica do referido dispositivo. O que dependeria de um maior esforço argumentativo por parte do autor da ação, que seria desnecessário caso utilizasse o instrumento processual adequado, no caso, a ação coletiva. Conforme determina o art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), a analogia é aplicada quando a lei for omissa. Caberá ao autor da ação, portanto, demonstrar a omissão legislativa.

De toda forma, o direito à educação infantil faz parte do conteúdo do mínimo existencial, tendo sido alçado à categoria de prioridade absoluta pelo ordenamento constitucional. Esses argumentos já seriam suficientes para afastar a alegação da reserva do possível pelo poder público, seja em demandas individuais ou coletivas.

Ações individuais privilegiam indivíduos que têm condições mais favoráveis, os que menos têm necessidade da proteção da política pública. Trata-se de pessoas com maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses, provavelmente com anterioridade do exercício do direito de ação e nível cultural, econômico e social mais alto (ARENHART, 2015).

Vicelli (2012) afirma que as ações individuais apenas beneficiam os *free-riders*, que são aquelas pessoas que possuem recursos para litigar. Segundo o autor, é confortável ao Poder Público violar direitos educacionais omitindo-se, quando o acesso à justiça é custoso e a resposta é demorada e inadequada.

Já Refosco (2018) ressalta que as demandas individuais são apresentadas apenas pelas camadas mais privilegiadas da população, que possuem maiores níveis educacionais e recursos financeiros suficientes para defender seus direitos perante o Judiciário. Para a autora, há uma relação próxima entre as condições socioeconômicas e a capacidade de mobilização, de modo que as demandas individuais beneficiam apenas as pessoas que possuem as condições necessárias para ir a juízo, contribuindo, paradoxalmente, para aumentar a desigualdade em vez de diminuí-la. Quanto mais pobre e menos escolarizado for o indivíduo, maior a chance de não recorrer à Justiça por desconhecimento, distância, custo ou medo de represálias da parte contrária.

A ilustre autora lembra ainda que as ações individuais privilegiam os chamados litigantes habituais. No caso das ações em defesa do direito à educação infantil, o Estado será o litigante habitual protegido.

Os argumentos apresentados ilustram a dificuldade institucional de concretização da macrojustiça por via judicial quando o instrumento utilizado é uma demanda individual. O Poder Judiciário, diante de uma demanda que busca a tutela da política pública, mas pleiteando um direito estritamente individual, não será capaz de perceber a situação global do problema, de modo que a tutela oferecida não resolverá efetivamente a omissão estatal (ALVAREZ, 2015).

Há muitas crianças que, por razões de pobreza, abandono ou outras dificuldades, não chegam sequer a buscar o acesso à creche ou à pré-escola. Se essas crianças que vivenciam uma condição de extrema pobreza nem chegam a manifestar intenção de frequentar a educação infantil, que dirá em judicializar essa demanda (XIMENES; GRINKRAUT, 2014).

Conforme abordado na seção 2.6, a tutela individual faz coisa julgada *inter partes*, enquanto que a tutela coletiva faz coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*. Portanto, somente por meio de ações coletivas será possível obter decisões judiciais que resultem em políticas educacionais que generalizem as decisões a todos os cidadãos que se encontrem na mesma condição (VICELLI, 2012).

Sem mencionar o fato de que demandas individuais poderão receber soluções diferentes ou até mesmo contraditórias do Poder Judiciário para problemas semelhantes, infringindo o princípio da igualdade. É o que Mello e Barroso (2016) chamam de jurisprudência lotérica, que pode ocorrer até em um mesmo tribunal.

Outra peculiaridade é a possibilidade de extensão *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada coletiva para as situações jurídicas individuais (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019). A coisa julgada em ações coletivas vincula o grupo, mas, apenas se estende ao membro do grupo se lhe for favorável.

Então, existindo uma decisão favorável em uma ação coletiva que garantiu o acesso à educação infantil, os membros do grupo, no caso, as crianças beneficiadas, por meio de seus representantes, poderão demandar a liquidação e a execução da sentença coletiva individualmente, sem a necessidade de passar novamente por toda a fase cognitiva, caso seja necessário. Embora o ideal seja que a execução também ocorra coletivamente (REFOSCO, 2018).

Além do mais, a legislação processual prioriza a tutela por ação coletiva, conforme estabelece o art. 139, X do CPC (BRASIL, 2015). Didier Jr., Zaneti Jr. (2019) e Refosco (2018) defendem que a pendência de uma ação coletiva deveria levar à suspensão de todos os processos individuais relacionados em tramitação.

Complementando, Verbic (2014) elenca as principais vantagens de um processo coletivo em face do individual. Segundo o autor, as ações coletivas:

- Eliminam ou diminuem os obstáculos ao acesso à justiça para os setores mais vulneráveis da população, por causa dos custos do litígio, desconhecimento de direitos e/ou desigualdade entre as partes;
- Otimizam o uso dos recursos do Poder Judiciário, com o julgamento concentrado de conflitos que afetam grandes grupos de pessoas;
- Desestimulam práticas inconstitucionais por parte do Estado encarregado de projetar, desenvolver e implementar as políticas públicas em benefício da população;
- Fomentam novas formas de controle social, aspecto importante em um Estado democrático de direito;
- Fortalecem e ampliam o debate sobre temas social, política e economicamente sensíveis levados ao Poder Judiciário;
- Viabilizam uma solução mais justa para o conflito;

- Asseguram o direito à igualdade, eliminando ou diminuindo sentenças contraditórias sobre questões semelhantes, uma vez que a sentença coletiva afetará de maneira uniforme a todos os membros do grupo.

Complementando o argumento, Refosco (2018) destaca que a ação coletiva contribui para ampliar o acesso à justiça, apresentando-se como instrumento adequado para reivindicar a concretização de direitos. A autora elenca razões pelas quais a ação coletiva é mais eficiente do que ação individual, sendo mais adequada inclusive sob o aspecto da porta de saída. Segundo a autora, ações coletivas:

- Beneficiam todos os interessados no resultado do litígio, inclusive grupos costumeiramente marginalizados;
- Evitam a concorrência entre diferentes grupos sociais;
- Produzem maior efeito inibitório de condutas ilícitas;
- Possibilitam a economia de recursos públicos e julgamentos mais céleres, ao unificar demandas;
- Evitam que o Poder Judiciário seja sobrecarregado por ações judiciais repetitivas e recursos delas decorrentes, liberando-se a estrutura judicial para julgamentos mais céleres;
- Aumentam os riscos dos litigantes habituais, reduzindo economia de escala, capacidade de gerenciamento de processos repetidos e vantagens estratégicas, equalizando os poderes das partes;
- Constituem importante meio de participação pública e política do cidadão, fazendo parte do conceito de democracia.

Ações e decisões individualizadas podem gerar disfunções sistêmicas (TESHEINER, 2017). Ao buscar tutelar o direito à educação infantil por meio de demandas individuais, o autor terá a matrícula assegurada, caso seu pedido seja julgado procedente. De fato, quando o juiz concede a vaga na educação infantil para uma criança, o diretor da instituição de ensino deverá cumprir a decisão judicial, independentemente do número de crianças já atendidas na unidade escolar e da existência de vagas (MENDES, 2017).

Usualmente, haverá uma lista de espera que será desrespeitada, já que quem obteve a tutela judicial passará a frente dos que estavam inscritos na lista e

aguardavam o surgimento de vagas. Sem falar que a capacidade máxima da unidade escolar não será observada.

Contínuas decisões judiciais individuais favoráveis geram superlotação dos estabelecimentos de ensino e, conseqüentemente, na piora da qualidade do serviço educacional prestado (SILVEIRA, 2014). Além disso, a superlotação prejudica a atividade dos profissionais envolvidos, especialmente o trabalho pedagógico do professor. Cada criança tem uma necessidade diferente que será inviável de atender em um ambiente superlotado (MENDES, 2017).

Em um estudo intitulado “Critérios para um Atendimento em Creches que Respeite os Direitos Fundamentais das Crianças”, o Ministério da Educação (BRASIL, 2009A) estabelece que as crianças têm direito à atenção individual e ao movimento em espaço amplo. Certamente, em um ambiente superlotado, essas garantias ficarão prejudicadas.

Demandas individuais acabam por privilegiar algumas crianças em detrimento de outras e prejudicam a qualidade da educação infantil, sobretudo em escolas públicas. Portanto, promovem a desigualdade. Parece intuitivo supor que as famílias mais pobres são justamente as que menos terão consciência de que o direito à educação infantil pode ser tutelado judicialmente. Essas famílias serão duplamente prejudicadas porque perderão seu lugar na fila de espera, já que dificilmente ingressam com ações individuais, e sofrerão com uma educação infantil de baixa qualidade em instituições públicas superlotadas (REFOSCO, 2018). Portanto, a ação coletiva evita a reprodução de desigualdades no acesso à educação infantil.

O julgamento de inúmeras ações individuais de forma célere exigiria grandes investimentos nas estruturas do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Em um país em desenvolvimento e carente de recursos como o Brasil, provavelmente o aporte de maiores investimentos não será possível, em razão de demandas prioritárias relativas à saúde e à educação (REFOSCO, 2018).

Ações coletivas fomentam a coesão de grupos de litigantes eventuais que passarão a atuar de modo coordenado, usufruindo de estratégias de longo prazo e da capacidade de beneficiar-se com a contratação de serviços jurídicos de primeira qualidade (REFOSCO, 2018).

Por todo o exposto, demandas individuais não são os instrumentos processuais mais adequados para buscar a concretização do direito à educação infantil, diante da omissão estatal.

6.2. INSUFICIÊNCIA DAS DEMANDAS COLETIVAS

Nas ações coletivas, o legitimado extraordinário pleiteia vagas em creches e pré-escolas, bem como outras obrigações de fazer, contra o litigante habitual, o Poder Público Municipal.

Conforme antecipado, os processos coletivos representam instrumentos processuais mais adequados para a tutela de políticas públicas que visam concretizar os direitos previstos na Constituição, notadamente o direito à educação infantil. Isso quando comparados com os processos individuais. Todavia, processos coletivos tradicionais tendem a ser insuficientes para oferecer uma tutela efetiva, garantindo a concretização do direito pretendido.

As demandas coletivas tradicionais, na prática, pouco diferem da lógica das demandas individuais. O processo coletivo brasileiro, embora adaptado para atender a algumas modalidades de interesses metaindividuais, ainda não está plenamente adaptado à tutela de interesses sociais (ARENHART, 2015). Em geral, ações utilizam os mesmos instrumentos, técnicas e procedimentos empregados na tutela de interesses individuais (VIECELLI, 2012).

A maior parte das críticas feitas às ações individuais aplica-se também a muitas ações coletivas referentes à educação infantil. São ações instruídas de maneira inadequada, destituídas de argumentação convincente, de dados orçamentários, de embasamento legal e de outros elementos que permitam a intervenção na política pública. Dessa forma, não permitirão uma análise aprofundada da questão, que se espera na ação coletiva, favorecendo a manutenção do *status quo* (REFOSCO, 2018).

Muitas vezes, problemas estruturais são levados ao Judiciário com a roupagem de relações bilaterais, sendo assim submetidas à respectiva lógica bipolarizada, com a racionalidade e premissas correlatas (FERRARO, 2017). Presume-se que se trata de um litígio em que as partes apresentam posições antagônicas, de modo que uma sempre prevalecerá sobre a outra. Os conflitos bipolares e individuais são solucionáveis pelo sistema do “tudo ou nada” e configuram-se como controvérsias retrospectivas cujos fatos encontram-se consumados e cujos impactos são restritos às partes (uma ganha e a outra perde).

A judicialização do direito à educação infantil não receberá o tratamento adequado no processo tradicional, mesmo que por meio de ações coletivas. Em demandas como essas há uma gama de interesses sociais envolvidos a exigir a justiça distributiva na concessão da tutela (VIECELLI, 2012).

Uma política pública, que é o instrumento por meio do qual se concretiza o direito à educação infantil, não pode ser compreendida senão em referência a uma plurilateralidade, o que desafia o Judiciário a se tornar um fórum de discussão pública. A efetividade do direito material se configura, portanto, reflexo da efetividade do próprio processo judicial.

A lógica individualista do processo coletivo submete-o ao princípio da demanda (adstrição), em que o Estado-juiz está limitado (adstrito) ao que foi pedido pelo autor, não podendo conceder tutela diferente. Parte da premissa que o titular da ação é também o titular do direito, podendo dispor deste, ao formular pedido que não necessariamente é o que melhor atende às exigências do direito material. Como o interesse pertence à coletividade ou a um grupo que é apenas representado pelo titular da ação coletiva, a premissa não se sustenta (ARENHART, 2015).

Um dos atores legitimados procurará o Poder Judiciário para obter a tutela de obrigar o poder público a assegurar um número determinado de matrículas na educação infantil, para atender uma comunidade específica. Caso o pedido seja julgado procedente, normalmente, o juiz concederá um prazo para que o poder público disponibilize para a comunidade o número pretendido de matrículas. Em caso de descumprimento da decisão, é comum a previsão de uma multa.

Pode ocorrer de o poder público ser condenado a atender um pedido tecnicamente inviável, de modo que a decisão não será cumprida. Há litígios em que o prazo estabelecido para cumprimento da sentença é impossível de cumprir. Silveira (2014) cita o exemplo de uma ação em que foi concedido um prazo de cinco dias para que o município matriculasse trezentas crianças.

As sentenças coletivas tradicionais também não observam a capacidade das unidades escolares, resultando na oferta de educação infantil de baixa qualidade. A simples emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos a serem cumpridos, não é suficiente para concretizar o direito à educação infantil (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

Ações coletivas em que se discute a efetivação do direito à educação infantil resultam em sentenças coletivas nas quais se reconhece que atuação de uma

grande instituição social, no caso, o Poder Público, está em desconformidade com o ordenamento jurídico. Seria redundante ou até irrelevante, simplesmente determinar que a instituição ré cumpra a lei, já que não o fez anteriormente. Esse é o grande desafio que o processo coletivo tradicional não está preparado para enfrentar.

A escala e a complexidade das práticas a serem corrigidas, bem como dos respectivos corretivos aplicáveis, visam reorganizar (ou reestruturar) grandes instituições burocráticas protagonistas da vida social, como é o caso do Estado, a quem cabe garantir o direito à educação infantil.

A solução coletiva mais eficaz consistira na elaboração dialogada de um plano de ação tecnicamente viável para que o Poder Público reestruture sua atuação ineficiente. Essa prática não está presente nas ações coletivas tradicionais referentes à educação infantil. Os mecanismos de coerção tradicionais, tais como a aplicação de multas, são insuficientes, acarretando o descumprimento das decisões judiciais (REFOSCO, 2018).

Conforme já afirmado anteriormente, devido à substituição processual, trata-se de processo no qual o autor da demanda se legitima a proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Ocorre que a representação pelo legitimado extraordinário para a tutela coletiva é mais aparente do que real.

Ações desse tipo normalmente não permitem que a coletividade expresse diretamente seus interesses. Segundo Arenhart (2015), isso cria um paradoxo. O processo coletivo aliena o grupo que deveria proteger e não permite sua participação direta. Apenas autoriza a presença no processo dos entes legitimados para a tutela desses grupos.

Ações coletivas que discutem a implementação de políticas públicas normalmente se configuram como litígios de difusão irradiada, de modo que, muito provavelmente, a decisão judicial será estrutural (LIMA, 2015). Trata-se de mais um argumento que reforça a tese de que ações coletivas seguindo o modelo tradicional de processo não são adequadas para tutelar o direito à educação infantil. Se as decisões são estruturais, o processo também deverá ser estrutural.

Em litígios de difusão irradiada, os interesses de diversas pessoas e segmentos sociais serão atingidos diretamente e de maneiras diferentes. E os interessados na causa não formam um grupo homogêneo, com perspectiva social ou identidade própria. Essas pessoas apresentarão visões divergentes ou até mesmo

antagônicas sobre o resultado pretendido. É possível, inclusive, a formação de subgrupos com interesses diferentes (LIMA, 2015).

Em virtude da pluralidade de interesses envolvidos, é mais difícil identificar o legitimado adequado em litígios de difusão irradiada. O mais comum é que o caso seja conduzido por um ente público, como o Ministério Público. Ocorre que nem sempre o *Parquet* poderá se dedicar o suficiente para identificar e encaminhar cada um dos interesses envolvidos, já que está assoberbado com diversas demandas. O controle social da representatividade adequada será fundamental para garantir o êxito da demanda, dependendo da utilização intensiva de audiências públicas, intervenção por *Amicus curiae* e outras formas atípicas de participação.

Refosco (2018) lembra que a Constituição Federal de 1988 previu amplo rol de direitos. Todavia, passados mais de trinta anos da promulgação da Carta Magna vigente, esses direitos gozam de baixa efetividade. Segundo a autora, a principal causa dessa aparente contradição é que o sistema jurídico prioriza demandas individuais. O acesso à justiça não depende apenas de sua previsão formal, mas da existência de instrumentos adequados para garantir a sua efetividade. Isso, segundo autora, a Constituição cidadã não fez.

A Reforma do Judiciário, materializada por meio da EC nº 45/2014, tinha como objetivo principal garantir o acesso à justiça e, indiretamente, dar efetividade ao amplo rol de direitos existentes na Constituição. Para isso, procurou conferir maior racionalidade, celeridade e previsibilidade às decisões judiciais.

Mas os constituintes originário e reformador foram omissos em aperfeiçoar o processo coletivo no direito brasileiro, subutilizado devido a deficiências em sua regulamentação. As inovações processuais limitaram-se ao aprimoramento do processo individual, principalmente no fortalecimento do sistema de precedentes, resultando na concentração de poderes nos tribunais superiores (REFOSCO, 2018).

Convém lembrar que a questão do tempo do processo é crucial em lides discutindo o acesso à educação infantil. Isso porque as crianças perdem a oportunidade de usufruir o direito quando sua faixa etária muda, passando às etapas seguintes da educação básica. Por isso, é preciso pensar em um modelo de ação que garanta maior celeridade, observando o princípio da duração razoável do processo previsto na ordem constitucional brasileira.

7. ADEQUAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL PARA A TUTELA DO ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL

O modelo tradicional de processo, seja por meio de demandas individuais ou coletivas, não é o mais adequado para tutelar a concretização de direitos fundamentais, como é o caso do direito à educação infantil. Parte-se da premissa que um modelo de processo diferenciado chamado processo coletivo estrutural é mais recomendável. O processo estrutural destaca a atuação do Poder Judiciário, partindo da premissa de que a realidade atual precisa ser modificada e que a mudança depende da reestruturação das organizações (REFOSCO, 2018).

Refosco (2018) cita em seu estudo duas ações coletivas¹³⁹ (ações civis públicas) propostas por associações civis para a garantia do direito à educação infantil no município de São Paulo. Segundo a autora, essas ações, julgadas pelo TJSP em dezembro de 2013, representaram uma mudança paradigmática na forma de propositura, tramitação e decisão. Para a eminente doutrinadora, essas ações se aproximaram bastante do modelo do litígio estrutural.

A primeira das ações foi proposta por Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padro Josimo Tavares; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo; Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jardim Emílio Carlos e Irene em 5 de setembro de 2008, perante a Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo Amaro. Na ação, as autoras reclamaram a existência de crianças cujo acesso à educação infantil foi negado por falta de vagas.

A segunda ação foi proposta por Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Associação Comunidade Ativa de Vila Clara e Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo em 7 de julho de 2010 perante a Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Jabaquara. As autoras alegaram omissão estatal na garantia de vagas na educação infantil nos distritos de Jabaquara e Saúde e a ausência de políticas efetivas de expansão do atendimento, apesar da existência de recursos públicos disponíveis.

¹³⁹ São as ações civis públicas 0150735-64.2008.8.26.002 (ACP1) e 0018645-21.2010.8.26.0003 (ACP2) (REFOSCO, 2018).

Observa-se que em ambas as ações e também no processo coletivo estrutural inaugural, *Brown versus Board of Education of Topeka*, as autoras eram associações civis vinculadas ao tema do direito à educação, sobretudo para minorias. Havia representatividade adequada dos legitimados, caracterizada por especialização e engajamento na causa em julgamento. Na seção 4.3.2 já se indicou a vantagem da atuação de instituições da sociedade civil, melhorando e efetivando e potencializando o controle social da administração pública.

Os processos coletivos estruturais contribuem para a efetivação do direito à educação infantil, em sua dimensão de acesso, previsto na Constituição Federal, diante da omissão estatal. Esse modelo processual reúne características que o credenciam para tutelar de forma mais adequada, demandas que discutem a concretização de direitos fundamentais, notadamente o direito à educação infantil. Preconiza um processo mais interventivo, dialógico e flexível.

A omissão estatal advém de bloqueios políticos e institucionais (CAMPOS, 2015). Para superar esses entraves e concretizar os direitos fundamentais, o Poder Judiciário precisa de mais protagonismo, para realizar mudanças estruturais nas organizações (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017). As características do processo coletivo estrutural disponibilizam ferramentas para que o Poder Judiciário realize as mudanças estruturais necessárias. Para Fiss (2005), o modelo estrutural de litigância é o mais compatível com a função social do Poder Judiciário de concretizar os valores públicos previstos no ordenamento jurídico.

As ações coletivas analisadas por Refosco (2018) realizaram, em certa medida, a reforma estrutural. Decisões estruturais determinam a reformulação de políticas públicas deficitárias. As ações priorizaram uma estratégia prospectiva com a modificação do *status quo*, para que no futuro, o direito à educação infantil não seja mais negado. O processo estrutural é prospectivo e visa alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição (ARENHART, 2015).

Abandonou-se a lógica típica das demandas individuais e retrospectivas, focadas na apuração de ilícitos passados. Essas ações desempenharam o papel de desestabilização institucional, pressionando o poder público a refletir e explicar sua omissão. O diálogo institucional ampliou o impacto das decisões, estabelecendo objetivos amplos e com monitoramento constante.

A principal característica do processo coletivo estrutural é o “ativismo judicial” moderado (SARLET, 2017). Mas um ativismo dialógico, com ampla participação das

partes e da sociedade civil, inclusive para construir soluções consensuais. Conforme abordado na seção 4.2.2, trata-se na verdade de um maior protagonismo do Judiciário que autores como Sarlet (2017) e Arenhart (2015) decidiram chamar de ativismo. É importante lembrar que o Poder Judiciário não exorbitará de suas atribuições constitucionais, já que o exercício da jurisdição é sua função típica.

A atuação do magistrado também deve ser diferenciada. Não se admite mais uma postura neutra, inerte e indiferente. Exige-se, hodiernamente, juiz ativo e consciente da sua importância para a transformação social. Deve estar comprometido em proporcionar justiça substancial, adotando, para esse fim, todas as medidas necessárias previstas na ordem jurídica. Caso necessário, o juiz deverá se valer do seu poder instrutório, previsto genericamente no art. 370¹⁴⁰ do CPC (BRASIL, 2015), e determinar de ofício a produção das provas pertinentes.

Deve o magistrado, ainda, informar-se adequadamente junto à Administração Pública a respeito das políticas públicas em curso, das dotações orçamentárias existentes e dos planejamentos realizados, a fim de lhe possibilitar ampla compreensão da matéria (LIBERAL, 2018). Como em qualquer ação coletiva, haverá intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, caso este já não figure como parte, nos termos do art. 178, I do CPC (BRASIL, 2015).

Um procedimento adequado ao debate judicial de políticas públicas deve ampliar a lógica bipolar dos processos tradicionais. Os processos estruturais são multipolarizados e serão marcados pela presença de visões e interesses diferentes, não agrupáveis em dois blocos antagônicos. Essas visões e interesses não são necessariamente opostos e incompatíveis, podendo convergir em diversas situações (ARENHART, 2015). Vale lembrar que, muitas vezes, as ações coletivas tradicionais seguem a lógica individualista e bipolarizada, em que o processo é organizado como uma disputa entre dois indivíduos com interesses antagônicos e irreconciliáveis, que será decidido na base de que o vencedor levará tudo (CHAYES, 1976).

Nos processos estruturais substitui-se o relacionamento adversarial por negociação e mediação contínuas. Sabe-se que a participação direta de todos os membros do grupo pode ser inviável. Por isso, devem-se empregar técnicas de representação adequada dos vários interesses envolvidos e dos vários segmentos que possam contribuir para a construção da decisão judicial.

¹⁴⁰ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito” (BRASIL, 2015).

Nos processos coletivos estruturais prevê-se maior envolvimento da sociedade civil por meio de *amicus curiae*, audiências públicas e outras formas atípicas de participação. Por meio desses instrumentos, vence-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos. Além de oferecer uma excelente ferramenta de controle social, esses instrumentos fortalecem e legitimam o processo coletivo.

Nas ações coletivas estudadas por Refosco (2018), realizaram-se audiências públicas, nas quais o município de São Paulo foi obrigado a se posicionar sobre a implementação da política pública da educação infantil. Nessas audiências, diversos especialistas tiveram a oportunidade de se manifestarem. Além da carência de vagas, debateu-se sobre a falta de efetividade de decisões anteriores, que seguiram o modelo tradicional de processo coletivo. Segundo a autora, as audiências foram fundamentais para o convencimento dos julgadores sobre a deficiência na política pública e ineficiência dos litígios de cunho individual.

Scaff e Pinto (2016) pesquisaram ações que discutiam o acesso à educação infantil em tramitação no STF do período de 2003 a 2012. Os autores observaram que, apesar da Suprema Corte ter se posicionado majoritariamente pelo provimento do pedido de tutela à educação infantil, não debateu em profundidade questões específicas relacionadas ao direito pleiteado. Dessa forma, corre-se o risco de não garantir a exequibilidade da decisão judicial emanada.

É por isso que nos processos coletivos estruturais as decisões são dialógicas. O Poder Judiciário estabelecerá parâmetros e prazos, cabendo ao administrador escolher a solução técnica. Essa técnica também será importante para preservar a discricionariedade do administrador público. Haverá provimentos em cascata, de modo que uma decisão principal se concretiza por meio de decisões secundárias que a sucedem. O objetivo das decisões secundárias é solucionar problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

Outra característica relevante do processo estrutural é a execução atípica e negociada. Execuções coletivas podem ser desafiadoras para o julgador, demandando atenção, comprometimento e criatividade. Elas se prolongam no tempo, de modo que podem surgir fatos novos que influenciarão o andamento do cumprimento de sentença.

Para garantir o cumprimento das decisões, far-se-á o monitoramento da execução a partir de um plano de ação construído mediante consenso por todos os envolvidos, incluindo juiz, partes, especialistas e sociedade civil. Medidas coercitivas, tais como a aplicação de multas, serão aplicadas somente em último caso. Isso reduz o risco de descumprimento da decisão judicial, além de assegurar que a solução adotada seja viável. Simplesmente determinar que o Poder Público cumpra o estabelecido na legislação será ineficaz.

As ações coletivas analisadas por Refosco (2018) resultaram na condenação inovadora do município de São Paulo a resolver a carência de vagas na educação infantil em prazo determinado, por meio da apresentação de um plano de ação para ampliação do acesso a ser elaborado de forma dialógica, sob o monitoramento do TJSP auxiliado pela Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ). A autora inclusive menciona que Ministério Público citou em seu parecer ações civis públicas anteriores que condenaram o poder público municipal a prover vagas na educação infantil para todas as crianças na idade escolar apropriada, cujas decisões foram descumpridas. Era preciso, portanto, uma abordagem diferenciada.

Adicionalmente, foi estabelecida a obrigação acessória para o município réu apresentar semestralmente relatórios detalhados sobre as medidas tomadas para o cumprimento da obrigação principal, de ampliar a oferta de vagas da educação infantil. Esses relatórios seriam encaminhados para a CIJ, responsável por monitorar o cumprimento da decisão. Caberia à CIJ enviar ao juízo bimestralmente informações sobre o cumprimento da decisão, bem como articular com a sociedade civil, com a Defensoria Pública, com o Ministério Público e outros órgãos do TJSP a forma de acompanhamento da execução da decisão.

Uma vez estabelecida a estratégia de monitoramento, o órgão julgador considerou desnecessário fixar multa diária em caso de descumprimento da sentença. Este considerou que monitorar o cumprimento das obrigações impostas seria muito mais eficaz e que o juiz do processo poderia, durante a execução, fixar astreintes para cumprir os gestores a cumprir as determinações.

Da mesma forma, em *Brown versus Board of Education of Topeka* também se optou uma decisão mandamental seguida de monitoramento da execução do julgado. Deferiu-se um prazo inicial para a apresentação de um plano de ação, respeitando-se a discricionariedade do administrador público. Tal medida foi importante para enfrentar a resistência segregacionista.

Outra característica importante do processo coletivo estrutural é a mitigação do princípio da demanda, de modo que o juiz não esteja restrito ao que foi pedido pela parte na petição inicial. Sendo a tutela pedida pelo autor insuficiente ou inadequada, o juiz poderá extrapolar os limites do pedido (ARENHART, 2015). Os processos estruturais visam alcançar uma finalidade, mediante a execução de condutas. A finalidade está dada desde o início do processo: concretizar o direito à educação infantil. Mas, nem sempre antever-se-á as condutas necessárias.

Muitas ações judiciais “envolvendo interesses difusos e coletivos têm fundamento para a negativa sob a alegação de que contém pedidos genéricos e indeterminados” (SILVEIRA, 2014, p. 180). A impossibilidade jurídica do pedido coletivo genérico é um argumento frequentemente alegado pelo Poder Público para justificar a falta de interesse processual dos autores. É o que acontece em algumas ações que tutelam o direito à educação infantil em que o legitimado extraordinário não apresenta uma lista das crianças beneficiadas pela demanda. Ações coletivas que pleiteiam vagas em prol de crianças identificadas assemelham-se às ações individuais, ainda que o autor da ação seja um legitimado coletivo.

Nas ações coletivas estudadas por Refosco (2018), uma inovação importante foi que estas se basearam em projeções populacionais para demonstrar a carência de vagas e a subutilização de recursos públicos disponíveis para a ampliação da rede. A autora defende que em se tratando de ações discutindo a implementação de políticas públicas, pedidos assim não são considerados genéricos, mas específicos. Ainda mais porque as crianças beneficiárias, apesar de indeterminadas inicialmente, poderiam ser determinadas durante a execução. E em se tratando de direito difuso, a determinabilidade do titular não é exigível. De toda forma, ainda que se considere tal pedido genérico, Silveira (2014) lembra que a legislação admite o pedido genérico nas hipóteses previstas no art. 324, §1^{o141} do CPC (BRASIL, 2015).

Qualquer processo que discuta a implementação de políticas públicas estará impregnado de interesse social. As fases de conhecimento e cumprimento de sentença deverão ser marcadas por ampla produção probatória e intenso contraditório. Nos processos estruturais há ampliação do contraditório que não está mais restrito às partes. O contraditório será exercido por “representantes

¹⁴¹ Art. 324, §1º – “É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu” (BRASIL, 2015).

adequados” dos vários núcleos de interesses envolvidos na controvérsia. Outra possibilidade é permitir a participação de especialistas capazes de contribuir tecnicamente para a obtenção de soluções viáveis e efetivas (ARENHART, 2015).

É recomendável fomentar a participação da sociedade por meio da realização de audiências públicas e admissão de *amicus curiae*¹⁴². O objetivo é construir uma solução justa e equilibrada, em face dos superiores interesses tutelados, e que possa se concretizar no mundo dos fatos.

Para que possam expandir o contraditório e serem bem sucedidas, as ações coletivas dependem de uma argumentação de qualidade. Por isso, devem ser precedidas de ampla produção probatória que pode ocorrer até mesmo de forma antecipada extrajudicialmente. Nas ações coletivas estudadas por Refosco (2018), as autoras foram bem sucedidas em desenvolver uma argumentação sofisticada, convincente e amparada em extensa documentação. Normalmente isso não ocorre nas ações individuais e na maioria das ações coletivas.

Conforme abordado na seção 2.3 deste trabalho, o direito processual coletivo brasileiro não previu procedimentos diferentes conforme as peculiaridades dos conflitos coletivos em análise. Entretanto, o princípio do devido processo legal coletivo estabelece que o procedimento deve ser adequado às peculiaridades do caso concreto (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019).

Lima (2015) propôs a construção de procedimentos específicos para cada tipo de conflito. O autor criou uma tipologia de litígios coletivos em função da conflituosidade e da complexidade, classificando-os em: litígios de difusão global, litígios de difusão local e litígios de difusão irradiada. Assim, para cada um deles seria desejável diferenciar o procedimento.

Ações coletivas que discutem a concretização do direito à educação infantil, por meio de políticas públicas, se configuram como litígios de difusão irradiada. Há um amplo conjunto de soluções possíveis e o grupo titular do direito é composto por membros que possuem interesses variados ou até mesmo contrapostos quanto ao resultado desejável para a causa. Em litígios como esses, as decisões serão estruturais. Dessa forma, o processo coletivo estrutural seria o modelo de procedimento adequado para litígios de difusão irradiada, resguardando-se o princípio do devido processo legal coletivo (LIMA, 2015).

¹⁴² Maiores detalhes sobre a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas em processos coletivos estão disponíveis na seção 2.5 deste trabalho.

Refosco (2018) destaca que a instituição da tramitação prioritária para a ação coletiva, bem como a suspensão das ações individuais quando do ajuizamento de uma ação coletiva capaz de solucionar o conflito subjacente seria bastante útil. Essa tese é ratificada também por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019) e pela jurisprudência do STJ, conforme já abordado anteriormente. A suspensão do andamento ou do ingresso de ações individuais contribui para melhorar a eficiência, um dos componentes do acesso à justiça.

Nas ações coletivas analisadas pela autora, não houve a suspensão da tramitação das ações individuais. Mas há o entendimento de que essa suspensão poderia ter sido determinada até mesmo de ofício pelo órgão julgador, com base nos precedentes do STJ (REsp 1.110.549-RS¹⁴³). Dessa forma, evitar-se-ia perpetuar a desigualdade pelo atendimento de apenas alguns em detrimento de outros.

¹⁴³ A ementa desse recurso especial foi reproduzida no capítulo 2 deste trabalho.

8. CONCLUSÃO

Este trabalho investigou na doutrina especializada e na jurisprudência dos principais tribunais a contribuição do processo coletivo estrutural para a concretização do direito à educação infantil previsto no art. 208, IV da CRFB (BRASIL, 1988), em sua dimensão de acesso, diante da omissão estatal.

Com a LDB, a educação infantil tornou-se a primeira etapa da educação básica, sendo oferecida em creches, para crianças de até três anos de idade, e em pré-escolas, para as crianças entre quatro a cinco anos de idade. É um direito fundamental e com eficácia imediata, de modo que o Poder Judiciário pode ser provocado para tutelá-lo e garantir seu cumprimento, já que se trata de um direito público subjetivo (SILVEIRA, 2008).

O acesso à educação infantil não foi universalizado no Brasil, o que justifica o grande número de ações judiciais, individuais ou coletivas, solicitando vagas na educação infantil. Observou-se que as demandas individuais não são adequadas para buscar a concretização desse direito. E que as demandas coletivas, apesar de ser um instrumento processual mais adequado, pouco diferem da lógica das demandas individuais. Por isso, observou-se que as demandas coletivas tradicionais são insuficientes para tutelar o acesso à educação infantil.

A litigância individual não contribui para a universalização da educação infantil, tampouco promove a igualdade. Ao contrário, as ações individuais subvertem as listas de espera, superlotando as instituições de ensino e comprometendo a qualidade da educação ofertada. Paradoxalmente, a litigiosidade individual não promove a inclusão, mas sim desigualdade.

Não há um modelo único de ação coletiva estrutural, reunindo todas as características indicadas na doutrina. Mas há ações coletivas que implementam paulatinamente essas características. Espera-se que o sistema jurídico esteja passando por esse momento de transição que ofereça ganhos em médio prazo. Há autores que indicam que inovações legislativas são necessárias para solucionar as deficiências do processo coletivo brasileiro, esclarecendo dúvidas procedimentais e materiais sobre ações coletivas envolvendo direitos sociais.

Refosco (2018) sugere as seguintes inovações legislativas: criação de varas especializadas no julgamento de ações coletivas; prioridade na tramitação das ações coletivas; suspensão de ofício das ações individuais durante o trâmite das

ações coletivas pelo prazo máximo de ano e ampliação da legitimidade ativa com controle prévio da representatividade adequada. A necessidade de suspensão das ações individuais também é referendada por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019).

De fato, é preciso tomar medidas para adequar o processo civil brasileiro para possibilitar a tutela efetiva do direito à educação infantil e demais direitos fundamentais. Está claro que o processo coletivo é o instrumento mais adequado para garantir esses direitos judicialmente. Pode-se alegar que não é preciso um novo modelo de processo, no caso, o processo coletivo estrutural, sendo suficiente aprimorar o processo coletivo atual. Bastaria que o Poder Judiciário, por meio de interpretações consistentes e seguras, suprisse os pontos em que o processo coletivo se revelasse disfuncional. De toda forma, é preciso valorizar e incentivar o processo coletivo tradicional que ainda não entregou todo o seu potencial.

Também é importante superar as barreiras culturais para que o Poder Judiciário esteja ciente de sua função distributiva (CABRAL, 2019). O julgamento de uma ação coletiva exige uma mentalidade diferente. É imprescindível reinterpretar-se o acesso à justiça à luz dos interesses das grandes coletividades.

Por exemplo, não faz sentido considerar genérico o pedido de tutela da educação infantil quando o legitimado extraordinário não indica expressamente na petição inicial a lista das crianças a serem beneficiadas pela decisão. Em se tratando de um direito difuso, os titulares de direito serão indeterminados e indetermináveis. Caso seja um direito coletivo *stricto sensu*, os beneficiados poderão ser determinados durante a fase de execução.

É suficiente indicar um número estimado de crianças cujo direito à educação infantil está sendo negado, com base em projeções populacionais passíveis de verificação. Sob um viés de implementação da política pública, esse pedido é específico e não genérico.

Os estudos de caso apresentados por Refosco (2018) revelaram a resistência cultural contra o processo coletivo entre os membros do Poder Judiciário. Também evidenciaram o apego ao processo individual e às suas inerentes limitações. Caso essa resistência não seja demovida, alterações legislativas serão irrelevantes. É preciso transformar a cultura jurídica brasileira, para que reconheça as vantagens do processo coletivo para a concretização da dimensão social do acesso à Justiça.

Uma limitação presente neste estudo é que a análise da jurisprudência ficou prejudicada pela dificuldade em analisar a efetividade das decisões. Portanto,

apesar de se identificar o que o órgão julgador decidiu, não ficou claro se o direito à educação infantil foi de fato garantido pelo poder público.

Como sugestões de trabalhos de futuro, pode-se realizar um estudo similar a este, mas analisando a dimensão da qualidade da educação infantil. Ao discutir esse aspecto, é possível adequar o conceito de mínimo existencial para que passe a considerar novas exigências criadas pela evolução tecnológica da sociedade. O mínimo existencial poderá contemplar o ensino a distância, que exige infraestrutura específica, bem como a utilização de dispositivos tais como *tablets* e *notebooks*. Também podem ser realizados estudos de direito comparado, em especial com o modelo das *class actions* do direito americano.

9. REFERÊNCIAS

- ABUCHAIM, Beatriz. Avanços e desafios da educação infantil brasileira. In: HENRIQUES, Isabella (coord.). **Primeira infância no sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes**: uma experiência a ser replicada. São Paulo: Instituto Alana, 2019.
- ALMEIDA, Mágida Cristiane de. A educação básica e o princípio da prioridade absoluta. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 66, p. 21-32, maio/ ago. 2010. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285762997.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- ALVAREZ, Monique Modesto Ungar. Ativismo judicial: o conflito entre a microjustiça e a macrojustiça no contexto do direito fundamental à educação. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 178, 2015. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3593/2534>>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 1, n. 1, 2009.
- ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado (RPC)**, vol. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.
- ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, jan-abr 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/28491/20279>>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Resolução 217 [III] A). Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em 18 jun. 2020.
- BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p.

83-105, abr-jun 2005. Disponível em:

<<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, dez. 2008. Disponível em:

<[https://www.conjur.com.br/2008-dez-](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)

22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica >. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm >. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 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>. Acesso em 01 abr. 2020.

[BRASIL, 1990]

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 13 jun. 2020.

[BRASIL, 1990A]

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e

dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 04 maio 2020.

[BRASIL, 1992]

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>.

Acesso em: 18 jun. 2020. [BRASIL, 1992A]

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 04 maio 2020. [BRASIL, 2009]

BRASIL. Ministério da Educação. **Critérios para um Atendimento em Creches que Respeite os Direitos Fundamentais das Crianças**. Brasília: MEC, SEB, 2009.

Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/direitosfundamentais.pdf>>.

Acesso em 16 jun. 2020. [BRASIL, 2009]

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil**. Brasília: MEC, SEB, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2020. [BRASIL, 2015]

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Plano Nacional de Educação PNE 2014-2024**: Linha de Base. Brasília, DF: Inep, 2015. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/informacao-da-publicacao/-/asset_publisher/6JYIsGMAMkW1/document/id/493812>. Acesso em: 16 jun. 2020. [BRASIL, 2015A]

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 05 maio 2020. [BRASIL, 2016]

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020. [BRASIL, 2016A]

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação – 2018**. Brasília, DF: Inep, 2018.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 25 maio 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “Estado de coisas inconstitucional” e litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, 01 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. Salvador: Juspodvium, 2017.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard law review**. v. 89, n. 7, maio 1976.

CLEVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, jan. 2006

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 2012. Dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0822.pdf>>. Acesso em 25 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Resolução nº 118, de 01 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>>. Acesso em 12 maio 2020.

COUTINHO, Ângela Scalabrin; SILVEIRA, Adriana Dragone. As políticas de priorização para o acesso ao direito à educação infantil em creches. **Trama Interdisciplinar**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 64-84, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/tint/article/view/9755>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodvium, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodvium, 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual coletivo**. Salvador: Juspodvium, 2019.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz (org.); JOBIM, Márcio Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivum, 2017. p. 353-368.

FERRARO, Marcella Pereira. Litígios estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: Sérgio Cruz (org.); JOBIM, Márcio Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivum, 2017. p. 541-562

FISS, Owen. Modelos de adjudicação (*Models of adjudication*). **Caderno Direito GV**, v. 1, n. 8, nov. 2005, p. 3-57.

FLORES, Maria Luiza; PERONI, Vera Maria Vidal. Políticas públicas para a educação infantil no Brasil: desafios à consolidação do direito no contexto emergente da nova filantropia. **Roteiro**, v. 43, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/roteiro/article/view/13096>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FRANCO, Luiza. Nobel: Investir em educação para 1ª infância é melhor estratégia anticrime. **UOL Educação**, maio 2019. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/bbc/2019/05/22/nobel-investir-em-educacao-para-1-infancia-e-melhor-estrategia-anticrime.htm>>. Acesso em 22 maio 2019.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo, SP: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta. **Revista de Processo**, v. 108, n. 61, 2003, Disponível: <<https://ssrn.com/abstract=1016416>>. Acesso em: 07 maio 2020.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Âmbito Jurídico**, dez. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>>. Acesso em: 07 abr. 2020.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro? (parte 1). **Revista Consultor Jurídico**, 04 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte>> Acesso em: 15 abr. 2020.

LIBERAL, José Roberto Bernardi. **Intervenção jurisdicional nas políticas públicas**. Salvador: Juspodvium, 2018.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 3, jul. 2016. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/profile/Patricia_Perrone_Campos_Mello/publication/327656756_TRABALHANDO_COM_UMA_NOVA_LOGICA_A_ASCENSAO_DOS_PRECEDENTES_NO_DIREITO_BRASILEIRO/links/5be4d1e5299bf1124fc41d7f/TRABALHANDO-COM-UMA-NOVA-LOGICA-A-ASCENSAO-DOS-PRECEDENTES-NO-DIREITO-BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

MENDES, Beatriz Fátima. **Sempre cabe mais um!** A qualidade da educação infantil frente às matrículas via decisões judiciais. 2017. 129 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas-SP, 2017;

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Salvador: Juspodvium, 2015.

REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

REIS JR, Ari Timóteo. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 17, n. 86, p. 9.31, maio/jun. 2009

ROCHA, Marcelo Hugo da. **Direito à educação digna e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva Educacional, 2018.

RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz (org.); JOBIM, Márcio Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivum, 2017. p. 141-176.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial. In: ARENHART, Sérgio Cruz (org.); JOBIM, Márcio Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivum, 2017. p. 203-232.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 65, p. 431-454, abr. / jun. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782016216523> >. Acesso em: 17 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros Editores: São Paulo, 2012.

SILVA, Stefânia da; MONTEIRO, Stephanie Souza; RODRIGUES, Marinéa Figueira. A importância da Educação Infantil para o pleno desenvolvimento da criança. **Revista Mosaico**, v. 8, n.2, p. 30-38, jul. / dez. 2017. Disponível em: <<http://editora.universidadedevassouras.edu.br/index.php/RM/article/download/1170/pdf/> >. Acesso em: 15 jun. 2020.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAE)**, v.24, n.3, p. 537-555, set./dez. 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.21573/vol24n32008.19271> >. Acesso em: 22 maio 2019.

SILVEIRA, Adriana Dragone. A exigibilidade do direito à educação infantil: uma análise da jurisprudência. In: SILVEIRA, Adriana Dragone (org.); GOUVEIA, Andréa Barbosa (org.); SOUZA, Ângelo Ricardo de. **Conversas sobre políticas educacionais**. Curitiba: Appris, 2014.

SIMÕES, Armando Amorin. Os indicadores da Meta 1 do PNE: discussão metodológica e projeções da desigualdade no atendimento de crianças de 0 a 3 anos para 2024. In: BOF, Alvana Maria (org.); OLIVEIRA, Adolfo Samuel de (org.). **Cadernos de estudos e pesquisas em políticas educacionais**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Regimento interno**. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2020.

TAPOROSKY, Bárbara Cristina Hanauer; SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. A qualidade da educação infantil como objeto de análise nas decisões judiciais.

Educação em Revista, Belo Horizonte, v. 34, e189508, 2018. Disponível em:

<<http://dx.doi.org/10.1590/0102-4698189508>>. Acesso em: 22 maio 2019.

TESHEINER, José Maria. Prefácio. In: ARENHART, Sérgio Cruz (org.); JOBIM, Márcio Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivum, 2017, p. 11-22

TODOS PELA EDUCACAO. **Anuário Brasileiro da Educação Básica 2018**. Rio de Janeiro: Editora Moderna. 2018. Disponível em:

<[https://todospelaeducacao.org.br/_uploads/20180824-](https://todospelaeducacao.org.br/_uploads/20180824-Anuario_Educacao_2018_atualizado_WEB.pdf)

[Anuario_Educacao_2018_atualizado_WEB.pdf](https://todospelaeducacao.org.br/_uploads/20180824-Anuario_Educacao_2018_atualizado_WEB.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul-set 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

VERBIC, Francisco. **Procesos colectivos, control judicial de políticas públicas y división de poderes en la República Argentina a 20 años de la reforma constitucional**. Instituto Chileno de Derecho Procesal, Columna de opinión, maio 2014. Disponível em: <<http://www.ichdp.cl/procesos-colectivos-control-judicial-de-politicas-publicas-y-division-de-poderes-en-la-republica-argentina-a-20-anos-de-la-reforma-constitucional/>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

VIECELLI, Roberto del Conte. A efetividade do direito à educação e a justiciabilidade das políticas públicas na jurisprudência do STF (1988-2011). **Revista de Direito Educacional**, v. 5, n. 3, p. 211-243, jan-jun 2012. Disponível em:

<[http://nupps.usp.br/downloads/relatorio/Anexo_28_A_efetividade_do_direito_a_educacao_e_a_justiciabilidade_das_politicas_publicas_na_jurisprudencia_do_STF_\(1988-2011\).pdf](http://nupps.usp.br/downloads/relatorio/Anexo_28_A_efetividade_do_direito_a_educacao_e_a_justiciabilidade_das_politicas_publicas_na_jurisprudencia_do_STF_(1988-2011).pdf)>. Acesso em : 02 jun. 2020.

WEBER, Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. **Revista Kriterion**, Belo Horizonte , v. 54, n. 127, p. 197-210, jun. 2013 . Disponível em

<<https://doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100011>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

XIMENES, Salomão; GRINKRAUT, Ananda. Acesso à educação infantil no novo PNE: parâmetros de planejamento, efetivação e exigibilidade do direito. **Cadernos Cenpec / Nova Série**, São Paulo, v.4, n.1, p.78-101, jun. 2014. Disponível em:

<<http://cadernos.cenpec.org.br/cadernos/index.php/cadernos/article/view/272> >.

Acesso em: 17 jun. 2020.