

A TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS: UM ENFOQUE PROCESSUAL SOBRE A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS¹⁻²

Liana Cirne Lins

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina, Diretora Acadêmica da Sapere Aude.
E-mail: liana@ousesaber.com.br

Sumário: 1. Um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. 2. A co-titularidade social dos direitos fundamentais sociais: crítica à categoria de direito subjetivo como fundamento à sua justiciabilidade. 3. A prevalência da tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais: proposta *lege lata* de hierarquização das tutelas. 4. A tutela coletiva e a justiciabilidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. 5. O artigo 7º da Lei da Ação Civil Pública: o papel do juiz na observância da hierarquização das tutelas dos direitos fundamentais sociais. 6. O controle judicial das omissões administrativas: pode o Judiciário determinar gastos à Administração? 7. A tutela inibitória: sua pertinência para justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. 8. Como convencer a Administração-ré a adimplir a omissão administrativa? 9. Justiciabilidade dos direitos sociais e poder discricionário: o pedido alternativo como instrumento de equilíbrio entre Político e Jurídico

Não tem sensibilidade para com outras pessoas, e raramente se colocou no lugar delas, a não ser quando seus propósitos exigiam.
Robert Musil, O Homem Sem Qualidades, p.174.

1. Um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

O presente artigo tem por objeto a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais não na perspectiva material, mas na perspectiva em que o tema usualmente ganha menor atenção: a perspectiva processual.

Esta abordagem insere-se em uma preocupação já bastante conhecida entre nós, a do acesso à justiça, assunto cuja ênfase deveu-se ao impacto do pensamento de Cappelletti entre nossos melhores processualistas.

¹ Artigo publicado na *Revista Direito do Estado* n. 12, Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Idéias, out-dez 2008, p. 223-261.

² O presente texto integra estudo realizado em nossa tese de doutoramento intitulada “Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Tutela Processual Coletiva das Omissões Administrativas”, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco em março de 2007, tendo sido agraciada com a distinção. A tese foi dividida em duas partes. Na primeira, estudou-se o regime jurídico dos direitos fundamentais sociais sob o aspecto material constitucional, em que se analisam dialeticamente tanto os argumentos tradicionalmente opostos à justiciabilidade dos direitos em tela (o que denominamos de tripé denegatório da exigibilidade dos direitos sociais: densidade normativa, reserva do possível e separação dos poderes), bem como a crítica a tais argumentos. Na segunda parte, desenvolveu-se estudo do Direito Processual Constitucional e do tratamento processual dos direitos fundamentais sociais.

Não à toa Cappelletti propôs uma virada metodológica da disciplina processual civil – da igualdade formal à igualdade material – tomando como principal exemplo de sua tese os direitos sociais, que tanto não podiam enquadrar-se nos esquemas processuais tradicionais quanto impeliam o Judiciário a reinventar-se, em vista da explosão de litigiosidade que promoveram.

Assim, o próprio conceito de acesso à justiça, ou seja, de que a titularidade de direitos no plano material carece de sentido quando desacompanhada do instrumental processual adequado para fazer valer aqueles mesmos direitos em juízo, somente surgiu no momento em que a atuação do Estado passou a ser reclamada para assegurar os direitos sociais próprios do *Welfare State*³.

O acesso à justiça é a institucionalização do reconhecimento de que a consagração dos direitos no plano meramente formal sem se fazer acompanhar por mecanismos de sua efetivação implicava, na realidade, a que estes direitos não correspondessem a absolutamente nada.

Se é possível interpretar que a consagração de direitos sem possibilidade de efetivação possui uma função simbólica reconfortante, por outro é preciso também reconhecer que esta tensão entre o ideal e o real, quando destituída de mecanismos mínimos de alteração da realidade, ainda que gradual, não deixa de ser uma amarga ironia.

Assim, o acesso à justiça é o acordar do Direito Processual – até então satisfeito que estava com o reconhecimento de seu estatuto de cientificidade e de sua autonomia face aos demais ramos da ciência jurídica – para que *o processo é este mecanismo mínimo, mas fundamental*, através do qual se dá a transformação dos direitos meramente simbólicos em direitos efetivos e sem o qual a realidade jurídica não encontra via de mudança. O acesso à justiça foi o desenvolver das idéias do Estado Social no plano jurídico-processual e foi o reconhecimento de que os direitos consagrados não valem de nada se destituídos de mecanismos para sua efetivação ou se, em havendo tais mecanismos, são os mesmos inacessíveis aos cidadãos comuns.

Disto decorre que o acesso à justiça não tenha sido tão-só um movimento acadêmico, mas antes de tudo um *movimento político reformador* que identificou e alvejou obstáculos e respondeu-lhes em forma de “ondas”⁴. A chamada segunda onda, concernente à representação

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. O Acesso à Justiça, 1988, p. 11-12.

⁴ A primeira onda diz respeito à assistência e assessoria jurídica para os pobres. Nela são analisados os modelos que, simplificada, pode-se dizer complexificam-se de uma assistência meramente judicial e processual de cunho individual para uma assessoria preventiva e com contornos de classe. A segunda onda diz respeito à representação dos direitos difusos e coletivos. A terceira onda surge com a constatação de que a viabilização de

dos direitos difusos e coletivos, foi determinante ao surgimento de técnicas de representação de direitos de cunho não individual.

A ausência da perspectiva processual da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais *contribui* ou *majora*, em outro plano, para o que Marcelo Neves denominou de constitucionalização simbólica, de que os direitos sociais seriam exemplo mais marcante, por atuarem mais como álibis dos agentes políticos pretensamente comprometidos com os valores da justiça social do que propriamente como normas jurídicas⁵.

Ora, tendo em vista que a idéia de que as normas constitucionais programáticas como meras declarações de direito destituídas de vinculatividade foi historicamente superada⁶, é inaceitável o desprezo pela dimensão processual da exigibilidade dos direitos sociais. Assim, propomo-nos a enfrentar a matéria no campo em que o Judiciário é chamado a dizer – e impor – tais direitos em último plano: *em juízo*⁷.

2. A co-titularidade social dos direitos fundamentais sociais: crítica à categoria de direito subjetivo como fundamento à sua justiciabilidade⁸

A *co-titularidade social* dos direitos sociais parte da crítica à aplicação da categoria de direito subjetivo como um equívoco que, a despeito de bem-intencionado, finda por reduzir a esfera de exigibilidade dos direitos sociais e por deturpar-lhe o sentido.

Ora, os serviços públicos caracterizadores dos direitos sociais não foram formulados para ser desfrutados isoladamente. Foram formulados para ser desfrutados por toda coletividade, não pela lógica da *exclusão*, mas pela lógica da *inclusão*.

Naturalmente que numa sociedade em que os direitos sociais são respeitados e todos têm acesso aos serviços públicos básicos, tais como educação e saúde, cada indivíduo goza

representação judicial, individual e coletiva, havia ainda sido insuficiente à promoção de uma acesso efetivo à justiça. Logo, as próprias técnicas processuais tornaram-se objeto de estudo e de pressão do movimento do acesso à justiça. Com isto, tanto era preciso que o processo fosse apto a atender a especificidade do direito material em jogo, como era preciso também prestar atenção às partes. Assim, a própria participação do juiz no processo ganha novas perspectivas, devendo ele ser um promotor da igualdade real entre as partes (CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 31-73).

⁵ Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, 2007, p. 115-116.

⁶ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1999, p. 1102 ss; Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 2002, p. 120; Peter Haberle, *Pluralismo y Constitución. Estudios de la Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*, 2002, p. 165.

⁷ É esta, aliás, a razão que nos leva a falar em *justiciabilidade* e não em exigibilidade. A despeito das duas expressões serem comumente apresentadas como sinônimas, acreditamos que justiciabilidade seria espécie de que a exigibilidade é gênero. Ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas as esferas e mesmo privadas) pelas mais distintas formas, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade *em juízo*.

⁸ Trabalhamos este tema mais detidamente em: Liana Cirne Lins, *Por uma Compreensão da Co-Titularidade Social dos Direitos Fundamentais Sociais*, *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, 38: 181, 2007.

das condições necessárias ao desenvolvimento da sua personalidade (sem exclusão do mesmo gozo pelos demais).

Entretanto, isto não legitima cada indivíduo a exigir do Estado condições sociais para desenvolvimento de sua personalidade *isoladamente*, quer dizer, à exclusão de todos os demais. Tais direitos foram, de fato, desenvolvidos para atender toda coletividade, respeitando-se os princípios que norteiam o atendimento aos serviços públicos, vale dizer, *universalidade e impessoalidade*.

Não se quer com isto dizer, é claro, que um indivíduo que pela falta de um serviço público corra o risco de perder sua dignidade não possa, individualmente, pleitear um direito social alegando ser dele titular. Alguém que tem sua dignidade em risco pode e deve alegar a titularidade do direito social necessário à manutenção ou recuperação de sua dignidade. Há que se entender, entretanto, que *tal titularidade individual é meramente residual*, inclusive pelos problemas inerentes ao privilegiamento de um indivíduo isoladamente em detrimento dos demais, quando este obteve uma sentença judicial que os demais, por inúmeras razões, não puderam obter.

A regra, portanto, deve ser a de que a titularidade dos direitos sociais é efetivamente social, razão pela qual se impõe sua proteção na forma social – vale dizer, de forma coletiva, difusa ou individual homogênea –, sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial.

Nem se pense que a existência de mecanismos processuais de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos resolveria, de *per si*, o problema aqui colocado, relativo à sua titularidade. É bem sabido que a relação jurídica processual, autônoma face à material, nada pode criar quanto ao direito material. Da mesma forma, tampouco a existência de técnicas processuais de tutela dos direitos sociais torna despicienda a própria discussão acerca da idéia de titularidade destes direitos. A resolução de problemas processuais não acarreta a solubilidade dos problemas no plano material, e vice-versa, a despeito da necessária adequação entre ambos e da necessária instrumentalização do primeiro face ao segundo.

E para que não se levante a acusação de excesso de academicismo ou teorização, coloque-se uma questão prática fundamental, com a qual têm os tribunais se deparado: é relativamente comum a propositura de demandas individuais calcadas em direitos sociais. Isto está plenamente de acordo com a compreensão jurídica e normativa dos direitos sociais.

Há, porém, um problema. E o problema está no fato de que quem tem tido o “privilégio”⁹ de obter decisões reconhecedoras do direito social no caso concreto está longe de ser a camada pobre da população – em vista da qual os direitos sociais foram instituídos – que, dentre os serviços públicos dos quais está marginalizada, inclui-se o jurisdicional¹⁰.

Logo, o impacto de uma decisão de cunho individual – e, volte-se a dizer, não se está negando esta possibilidade, mas chamando atenção para sua insuficiência – diante da prestação de serviços públicos de cunho social, num contexto em que os que mais necessitam destes serviços estão à margem do acesso à justiça, pode agravar um quadro que já é ruim. É de ser dividida a preocupação de José Reinaldo de Lima Lopes: “Não existindo escolas, hospitais e serviços capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? *Prestá-lo a quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera?* Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social”¹¹.

Dão bom exemplo de tais dificuldades e da crise que decorre da inversão do sentido social dos direitos sociais as concessões de medicamentos por via do Judiciário. Fazemos um esforço de observação para além do escândalo envolvendo laudos periciais fraudulentos que serviam de fundamento à concessão judicial de medicamentos não listados pelo SUS e até 30 vezes mais caros do que os previstos na listagem e que beneficiavam as indústrias farmacêuticas que financiavam o médico responsável pela perícia e as ONGs autoras das ações – o “beneficiado” direto com a concessão do medicamento, pasmem!, recebia a droga à revelia do seu verdadeiro diagnóstico, o que em alguns casos podia agravar seu estado de saúde!¹²

⁹ As aspas são obrigatórias para fazer a ressalva de que a expressão privilégio só pode ser usada – sem se referir a uma ironia – no contexto de comovente denegação de justiça que marca o quadro de exclusão de acesso à justiça no Brasil.

¹⁰ A propósito, temos dito na cátedra de Teoria Geral do Processo que o conceito de jurisdição não deve mais ser visto apenas dentro do trinômio “poder-função-atividade” (Ada Pellegrini Grinover *et al.*, Teoria Geral do Processo, 1999, p. 129), devendo-se incluir na clássica concepção triádica de jurisdição a característica “serviço público”.

¹¹ José Reinaldo Lima Lopes, Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: José Eduardo Faria(org.), Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça: A Função Social do Judiciário, 2002, p. 131 (grifamos).

¹² O esquema de utilização do Judiciário como *laranja*, ainda que à sua total ignorância quanto aos propósitos desleais da ação, foi denunciado em nível nacional pelo semanário Fantástico, da rede Globo (“A polícia investiga a participação de funcionários do setor farmacêutico em fraude milionária. Os golpistas usavam nomes falsos para entrar na Justiça e exigir o pagamento de remédios desnecessários”, domingo, 28/09/2008, <http://video.globo.com/Videos/Player/Noticias/0,,GIM889197-7823-QUADRILHA+APLICA+GOLPE+DOS+REMEDIOS+EM+SAO+PAULO,00.html>)

Em casos normais, em que não houve corrupção para obtenção do laudo médico financiada pela indústria farmacêutica, ainda assim a preocupação não deixa de ser menor. Nestes casos, a errônea compreensão individualista que se faz dos direitos sociais implica a virada da natureza dos mesmos ao avesso, *tornando-os mais um direito exclusivista que se dá, literalmente, em detrimento dos demais* que não tiveram a mesma sorte de obter uma decisão favorável.

À toda evidência, o impacto de decisões judiciais de cunho individual traz implicações porventura significativas para a destinação dos recursos orçamentários, que facilmente se vê descontextualizada das políticas públicas de saúde. Isto não deixa de ser preocupante e merece ser ponderado, mormente quando é sabida a influência da estratificação social em políticas públicas de saúde – destacando-se as estratificações pela moradia, etnia, ocupação, habitação, escolaridade, renda e desemprego¹³ – que impõe, como adverte Peces-Barba, uma visão *sistemática e geral não só dos custos, mas igualmente dos potenciais afetados pelo benefício*¹⁴.

A propósito, Luís Roberto Barroso, ao se referir às decisões judiciais determinando entrega de medicamentos fora da listagem elaborada pelos entes federativos para dispensa de medicamentos, afirma que “Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública”¹⁵.

Não se imagine aqui uma atualização do falacioso antipodismo entre interesse público e privado ou a escolha entre a destinação de recursos para salvaguarda dos direitos de muitos em detrimento do direito de um e vice-versa. Não se pretende, portanto, ressuscitar um “contraste entre liberdade e ‘felicidade pública’”, supondo-se que pelo sacrifício da “primeira, mesmo que só temporariamente, pode-se promover a segunda”¹⁶.

Ao contrário, parece-nos que o enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e a reflexão sobre a titularidade de tais direitos ajuda-nos a superar esta “eugenia numérica” em que tal espécie de reflexão não raro recai.

¹³ A respeito, consultar Reinaldo José Gianini, *Desigualdade Social e Saúde na América Latina*, 1995.

¹⁴ Gregório Peces-Barba, *La Constitución y Los Derechos*, 2006, p. 164.

¹⁵ Luís Roberto Barroso, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 25/09/2008.

¹⁶ Agnes Heller, Ferenc Féher, *A Condição Política da Pós-Modernidade*, 2002, p. 158.

O problema da discussão acerca da titularidade dos direitos fundamentais sociais é que estes direitos redimensionaram a própria discussão acerca da idéia de titularidade de um direito e *deslocaram a esfera da titularidade da individualidade para a sociedade como um todo*, caso que se dá com os direitos difusos. Mais ainda: aparentemente, este é o lugar da inadequação da própria idéia de *titularidade* de um direito, pois a idéia de titularidade tende a remeter à de propriedade individual¹⁷.

Ora, se um direito é reconhecido igualmente a todos os cidadãos, então a questão acerca da titularidade é, necessariamente, prejudicada. Na seara do processo civil, esta discussão é travada quando se invoca a legitimidade processual dos direitos transindividuais. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni¹⁸, quando se pensa em direito próprio ou alheio para discutir a natureza da legitimação processual dos direitos transindividuais, raciocina-se a partir de uma visão individualista, com a qual a noção de direito transindividual rompeu. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito próprio ou alheio.

Da mesma forma, Perez Luño¹⁹ destaca que a integração dos direitos sociais no sistema dos direitos fundamentais contribuiu para redimensionar a própria imagem do “sujeito titular de direitos”.

O que ocorre, porém, é que, ao arripio do que se tem dito, toda discussão acerca da exigibilidade e tutela dos direitos sociais parece querer sufocar a relevância do debate sobre sua titularidade para desembocar, *de pronto*, na questão de se os direitos sociais geram ou não direito subjetivo.

Assim, convém analisar o quanto estas situações foram equiparadas à titularidade de um direito subjetivo, ainda que no viés de direito subjetivo público. Em regra, parte-se do conceito de direito social para chegar-se ao conceito de direito subjetivo. O rompimento com a índole liberal-individualista a que se propuseram os direitos sociais não se configura, portanto, no plano conceitual da sua titularidade, que permanece recaindo sobre o velho paradigma do direito subjetivo ou em sua feição de direito subjetivo público.

Assim, embora seja amplamente reconhecida a distinção estrutural entre os direitos individuais e sociais, *tais distinções são ignoradas quando se discute a eficácia das normas de direito social*.

¹⁷ “O interesse tornou-se patrimônio do indivíduo e variava segundo as circunstâncias e relações jurídicas e sociais de que participava. O direito de ação é compreendido como propriedade individual e privada” (Ronaldo Porto Macedo Jr., Ação Civil Pública, o Direito Social e os Princípios. In: Édis Milaré (org.), A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios, 2005, p. 560).

¹⁸ Novas Linhas do Processo Civil, p. 89.

¹⁹ Los Derechos Fundamentales, 2005, p. 210-211.

Por esta razão, afloram na doutrina exemplos de como a exigibilidade dos direitos sociais foi equiparada à geração de direito subjetivo²⁰. A partir do tratamento dado pela doutrina, pode-se concluir que toda a complexidade e heterogeneidade que o tema de direitos sociais implica findam reduzidas, afuniladas, escoando sempre no direito subjetivo.

Não é prescindível acrescentar, neste ponto, que se se pensar numa classificação das normas de direitos sociais dentro de um binômio, qual seja, direitos subjetivos exigíveis *versus* simples imposições constitucionais que não geram exigibilidade, rapidamente se concluirá aqui pela primeira opção, a de que os direitos sociais geram direito subjetivo e são exigíveis.

Entretanto, o que se pretende é justamente superar esta falsa dicotomia, respeitando a *especificidade social* dos direitos sociais. E a justificação deste intento é a insuficiência teórica e prática daquele binômio, jurídica e politicamente.

Parece que, motivada por imprimir juridicidade – e conseqüentemente eficácia aos direitos sociais – a melhor doutrina buscou adequá-los ao referencial conhecido e apto a significar que aquele direito não cairia no vazio, no mero simbolismo, e este referencial foi justamente o de direito subjetivo. Entretanto, a tradução da exigibilidade dos direitos sociais em direitos subjetivos opera, afinal, uma armadilha: a do tradicional sujeito de direito, isolado e atomizado, que o Estado Social superou.

Reduzir os direitos sociais a direitos subjetivos – ainda que pela bem intencionada disposição de imprimir-lhes eficácia – só pode ter por resultado exatamente o oposto, ou seja,

²⁰ A fim de ilustrar o que se tem dito, tomem-se os seguintes exemplos: “Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas” (Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1999, p. 446). “Em todos os direitos a ações positivas do Estado se coloca o problema de saber se e em que medida se pode e se deve impor a persecução dos fins do Estado através de direitos subjetivos constitucionais dos cidadãos” (Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 1997, p. 430). “De um lado, o *dereito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor de um particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo *público*” (Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 2002, p. 104). “É de ressaltar que os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição” (Andreas Joachim Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, 2002, p. 49). “Na qualidade de posições jurídicas, os direitos fundamentais a prestações são direitos subjetivos, se seu titular pode fazê-los eficazes jurisdicionalmente” (Martin Borowski, *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, 2003, p. 148). “Repetiu-se excessivamente que as normas que estabelecem direitos sociais são apenas normas programáticas, que não outorgam direitos subjetivos no sentido tradicional do termo, ou que não são justiciáveis” (Victor Abramovich; Christian Curtis, *Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Directo Constitucional, Internacional e Comparado*, 2003, p. 136).

a redução da sua esfera de eficácia, uma vez que os direitos sociais não se enquadram, em regra, aos esquemas dos tradicionais direitos individuais e subjetivos.

Antes de buscar sua similitude, sua homogeneidade em relação aos direitos individuais, é preciso reconhecer sua diferença, sua especificidade, sem lhes privar, em face de seu *proprium*, de sua juridicidade. Os direitos sociais, portanto, ensejam uma *exigibilidade específica* e sua titularidade é propriamente social. Entretanto, também se reconhece titularidade individual aos direitos sociais, sendo esta, porém, *meramente residual*, a ser assegurada quando ameaçado o mínimo existencial.

Porém, impõe-se também pensar no *sujeito* cuja titularidade do direito fundamental social reclama. Se este não é o sujeito forjado pelo paradigma liberal-individualista, egoísta, que opõe seu interesse contra os interesses dos demais, de forma excludente²¹, há que se perguntar então qual é este sujeito, pois não há de esquecer, igualmente, que toda a estrutura dos direitos fundamentais reside no primado da dignidade humana.

Se o modelo de direito subjetivo não se adequa aos direitos sociais, nem por isto deixa o homem de ser seu fundamento: início, meio e fim da própria idéia de direito fundamental. A História já comprovou cabalmente que as esferas privada e pública não podem sacrificadas em nome uma da outra, ambas somente podendo subsistir sob a forma de *coexistência*²².

Se o direito subjetivo, individual, liberal e excludente, não serve como padrão a imprimir eficácia aos direitos sociais, tampouco pode o homem individual ser engolido pela coletividade. Por isto, a afirmação da titularidade social dos direitos sociais não implica a perda do referencial do homem: *implica sua contextualização social*.

Assim, falar em titularidade social dos direitos sociais significa, em última instância, falar que *o homem, juntamente com seus demais, é co-titular de um direito*; significa eleger o princípio da inclusão e da concretização incluyente dos direitos.

Assim, propõe-se a transição da categoria de titularidade para a de co-titularidade do direito social, requerendo a segunda relativa autonomia face à primeira (assim como a categoria de coação, por exemplo, é vista diferenciadamente da categoria de ação). A titularidade social dos direitos sociais é, portanto, uma co-titularidade. Por esta razão, a titularidade social dos direitos sociais implica as duas esferas de concretização: a esfera coletiva e difusa coexiste e coimplica a esfera individual.

²¹ “O indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades”, devendo compreender-se propriedade como direito e controle exclusivos (MACPHERSON, 1979, p. 275-276).

²² Hannah Arendt, *A Condição Humana*, 2004, p. 68-69.

Conclui-se então pela co-titularidade dos direitos sociais, que não invalida a titularidade individual de um direito social, nem tampouco amputa as demais esferas de exigibilidade *do mesmo direito*; ao contrário, as co-implica.

3. A prevalência da tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais: proposta *lege lata* de hierarquização das tutelas

A despeito da possibilidade de defesa coletiva dos direitos sociais, a errônea compreensão da titularidade destes direitos como individual conduz – e de fato tem conduzido – à priorização da defesa individual dos mesmos, sobrepujando a defesa coletiva que, embora *possível*, acaba sendo *preterida*.

Com isto, ainda que no plano processual tenha-se encontrado plena guarida à tutela coletiva dos direitos, a possibilidade de sua defesa em sede jurisdicional não responde ao fato de que os direitos sociais sigam sendo vistos como individuais.

Como se mostrou, há significativas conseqüências práticas, para além das teóricas, que decorrem da consideração de um direito social como individual, tal como o impacto de uma decisão judicial isolada sobre um serviço público de caráter social, sobretudo quando se leva em consideração que as camadas mais pobres da população quase não têm acesso à justiça civil.

A verdade é que, apesar de intentos teóricos e práticos em sentido contrário, o Judiciário brasileiro mostra-se ainda excessivamente elitista, reservando até mesmo as decisões mais “democráticas” a poucos que, de regra, não integram a massa dos excluídos. Como diz Osvaldo Gozáni²³, a justiça se distancia a passos agigantados do homem comum, como se quisesse entrincheirar-se em fronteiras somente acessível a privilegiados.

A errônea tradução da co-titularidade social dos direitos sociais como titularidade individual dos direitos sociais, no quadro de exclusão que se introduz destrutivamente na esfera jurídica, somente agrava a terrível contradição de se estabelecer a lógica da *exclusão* (a realização do direito social de um indivíduo em detrimento do de outro) – e não a da *inclusão* – como paradigma hermenêutico dos direitos sociais.

Neste sentido, observa Marcelo Neves²⁴ que “predomina a ‘exclusão’ de grandes parcelas da população e, portanto, não se constrói uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania” acarretando “grandes abismos de rendimento entre

²³ El Derecho Procesal Constitucional y Los Derechos Humanos (Vínculos y Autonomías), 1995, p. 50.

²⁴ Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil, 2006, p. 239.

as camadas sociais, o código econômico reproduz-se hipertroficamente, implicando privilégios e ‘exclusões’ ilegais”.

Diante disto, a interpretação dos direitos sociais como direitos individuais exercitáveis coletivamente, livrando os eufemismos, transforma-se em direitos exercitados individualmente pelos menos desafortunados e, quiçá – eventual e residualmente –, exercitados coletivamente.

Logo, todas as lições acerca da irreabilidade da tutela individual dos direitos transindividuais²⁵ atualizam-se e ganham nova dimensão, consistente no fato de que – contra todas as expectativas – a criação de técnica processual adequada à tutela coletiva dos direitos não foi suficiente para fazer predominar o caráter coletivo das demandas sequer nos casos em que os direitos materiais são, à toda evidência, prioritariamente transindividuais.

Enfim, se os direitos sociais não se forjaram pela matriz do Estado liberal, mas do Estado Social; se não foram instituídos para ser desfrutados individualmente, mas pela sociedade como um todo; se não se constituem pela lógica da exclusão, mas da inclusão; se sua titularidade traduz-se em co-titularidade do igual direito dos demais indivíduos coimplicados na relação jurídica social, então a especificidade que a marca exigibilidade própria dos direitos sociais deve ter adequada *tradução no plano processual*.

Esta adequada tradução não se esgota na mera possibilidade de que sejam tutelados coletivamente tais direitos, sobretudo quando não se ignora que esta potencialidade é, quase sempre, frustrada, cedendo lugar à tradicional defesa individual. E isto, dentro da realidade de marginalização brasileira, em que o acesso à justiça insere-se no panorama de exclusão dos serviços públicos básicos, acarreta, portanto, um ciclo de denegação dos direitos sociais que se retroalimenta.

Diante disto, *propõe-se a hierarquização das tutelas voltadas à implementação dos direitos sociais, privilegiando-se a tutela coletiva face à individual, tida como meramente residual*.

²⁵ “Isto [aplicação de regras individuais em conflitos massificados] é simplesmente irrealístico. Daí decorre que a possibilidade realística de tutela em ditas situações de conflito fica condicionada ao *abandono de concepções e estruturas puramente individualísticas* do processo jurisdicional” (Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, 1999, p. 59). Por outro lado, complementando esta citação, o Professor de Florença acrescenta: “um abandono, reconheço sem mais nada, que deve ter a devida prudência e garantias adequadas, para não atropelar valores irrenunciáveis”. A continuação da idéia do abandono das concepções individualistas – a de um abandono prudente – é por nós integralmente compartilhada. Não é por outra razão que temos insistido na expressão “Processo Constitucional”, ao invés de “Jurisdição Constitucional”. Não existe – e não deve existir – jurisdição sem processo. A tese de que o Direito Constitucional guarda profundas peculiaridades não é óbice a um Direito Processual Constitucional, em vista da plasticidade inerente ao Direito Processual que deve, necessariamente, resguardar a especificidade material que visa a tutelar.

Não se pretende com isto a denegação do acesso à justiça individual, o que além de ser inviável juridicamente em face do princípio constitucional da ação previsto no art. 5º, XXXV da Constituição da República, nenhum proveito traria à ampliação da eficácia dos direitos sociais. Porém, como se demonstrou, a residualidade da exigibilidade de um direito social manejada em ação individual deve ser restrita às hipóteses de ameaça ou lesão ao mínimo existencial, em que a atividade jurisdicional é necessária à preservação, manutenção ou reintegração da dignidade humana, justificando-se somente em tais casos. Logo, portanto, *afora a ameaça ao mínimo existencial, a exigibilidade individual de um direito social deverá ser considerada desarrazoada*²⁶.

De outro lado, a tutela coletiva dos direitos sociais prescinde da demonstração de ameaça ou lesão do mínimo existencial coletivo ou difuso. Assim, a tutela dos direitos sociais, para além deste mínimo, somente pode dar-se pela via coletiva, *prioritária*, em razão do caráter efetivamente social destes direitos e também a fim de *evitar positivamente* o impacto que decisões isoladas podem causar na prestação de serviços públicos.

Convém explicitar o que significa *evitar positivamente* no contexto determinado acima. Entende-se que se evita positivamente o impacto que decisões isoladas podem causar na prestação de serviços públicos quando a decisão de implementação do direito social pleiteado dá-se coletivamente e o domínio dos limites subjetivos da sentença é o mais abrangente possível, evitando ou minimizando discrepâncias no critério de distribuição do serviço público que poderiam ocorrer em caso de uma decisão judicial privilegiar um indivíduo em relação a outros que não participaram da demanda.

Tal proposta de priorização da tutela coletiva dos direitos sociais em relação à individual é, necessariamente, proposta doutrinária, *de lege lata*. Entendemos despicienda uma inovação legislativa, *lege ferenda*.

A justificativa desta “autocontenção” está de acordo com o propósito exposto no início deste trabalho, qual seja, o de contribuir para *ampliação* do acesso à justiça dos direitos sociais. Assim, é necessário ter cautela para que não se interprete a hierarquização proposta como mote de redução do campo de justiciabilidade dos direitos sociais. Resguardada a hipótese residual de tutela individual dos direitos sociais nos casos de ameaça ou lesão ao

²⁶ A razoabilidade foi pro nós enfrentada em estudo sobre a Reserva do Possível, um dos fundamentos do tripé denegatório dos direitos sociais. Ao chamarmos atenção para que a reserva do possível possui caráter místico, voltada a uma denegação genérica, abstrata e apriorística da exigibilidade dos direitos sociais, propusemos sua interpretação técnico-jurídica, com ênfase processual. A não razoabilidade do pedido seria, de fato, a única hipótese em que a alegação da reserva do possível pelo demandado poderia conduzir à ineficácia, no caso concreto, do direito social pleiteado. A alegação de ausência de recursos financeiros, por outro lado, a depender de como o demandado se desincumbe de seu ônus da prova, poderia conduzir à suspensão do processo ou, ao contrário, não produzir qualquer consequência jurídica.

mínimo existencial, amplia-se o leque de sua exigibilidade para além do mínimo no caso de tutela coletiva dos mesmos. Para tanto, há um papel fundamental a ser exercido pelos magistrados, além daquele desenvolvido pelo Ministério Público e pelas organizações da sociedade civil.

No plano da prática jurisdicional, há ainda outra vantagem a considerar acerca da priorização da tutela coletiva sobre a individual. Esta diz respeito à unidade decisória propiciada pelo tratamento coletivo de situações jurídicas que são entre si análogas ou similares. Como afirma Arruda Alvim²⁷, “as ações coletivas conduzem (ou devem conduzir, pois existem para isso) a uma unitariedade de manifestação judicial sobre uma dada situação de ampla dimensão social, que a muitos afete”.

Finalmente, se decorre da co-titularidade social dos direitos sociais a hierarquia entre as tutelas voltadas à sua justiciabilidade, prevalecendo a tutela coletiva sobre a individual, tida como meramente residual, tem-se, portanto, a escolha da *ação civil pública* como instrumento privilegiado à sua tutela, sem exclusão de outras vias processuais coletivas.

4. A tutela coletiva e a justiciabilidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Some-se, ainda, a aptidão da tutela coletiva para imprimir justiciabilidade à chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

À dimensão objetiva ligam-se conteúdos os mais diversos, dentre os quais se incluem a adequação procedimental, as garantias institucionais, a eficácia horizontal (ou eficácia diante de terceiros), além da compreensão da Constituição como ordem de valores. Por esta razão, fala-se mesmo em dimensões objetivas dos direitos fundamentais ou em diversos desdobramentos da dimensão objetiva²⁸.

A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revelaria também que estes permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, independentemente da possibilidade de sua subjetivização, e assumem papel relevante na construção de um sistema eficaz e racional de efetividade dos direitos²⁹.

É comum que a doutrina assevere ser a dimensão objetiva uma “mais-valia” dos direitos fundamentais. Porém e apesar disto, a característica atribuída à dimensão objetiva que mais merece atenção é a de que se entende que ela seria *deveres sem direitos*, que ela

²⁷ Ação Civil Pública – Sua Evolução Normativa Significou Crescimento em Prol da Proteção às Situações Coletivas. In: Édis Milaré (org.), *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*, 2005, p. 82.

²⁸ Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2004*, p. 142 e ss.; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2001, p. 142 e ss.

²⁹ Ingo Sarlet, *op. cit.*, p. 151.

atribuiria *deveres sem titular correspondente*³⁰. Disto decorreriam sérios limites à sua justiciabilidade, como se vê na tese de Konrad Hesse (que deve ser interpretada contextualmente³¹): “Semelhantes direitos não podem, por conseguinte, como isso é essencial para a concepção dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, fundamentar pretensões dos cidadãos imediatas, que podem ser perseguidas judicialmente”³².

Outro exemplo nos dá Eduardo Appio³³. O autor escreve que “o direito à saúde não é um direito subjetivo público, o qual faz parte do patrimônio jurídico de cada cidadão brasileiro, mas sim é um *dever objetivo do Estado*” (grifou-se), posicionando-se, com base nesta tese, contra a justiciabilidade dos direitos sociais.

Mas qual seria, então, a vinculação das normas jusfundamentais consagradas pela dimensão objetiva? Segundo Ernst-Wolfgang Böckenförde³⁴, a vinculação jurídica efetiva que decorre desta dimensão consiste em estabelecer um fim ou programa para o Estado, sendo *inadmissível a inércia* ou desatenção evidente ou grosseira com este programa por parte dos órgãos estatais.

Pode-se ver, portanto, que da dimensão objetiva decorrem efeitos bastante concretos. O que é negada é a produção de efeitos *na esfera jurídica subjetiva* dos cidadãos, o que não corresponde a uma negação genérica de justiciabilidade destes direitos.

Ora, se as normas de direito social ensejam uma justiciabilidade específica, própria de normas que são vinculantes, mas que não são passíveis de serem reduzidas ao esquema individual subjetivista, a vinculação deve estabelecer-se em razão do *devedor* da prestação contida na norma, objetivamente, ainda quando não seja possível a identificação de “um” ou “do” *credor* correspondente. Assim, a vinculação do legislador ou do administrador à norma subsiste também na dimensão objetiva, não se diluindo o mandado constitucional pela ausência da identificação de um (ou do) titular do direito.

³⁰ Vieira de Andrade *op. cit.*, p. 115; 143; 387; Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 170; Gregório Peces-Barba, *La Constitución y los Derechos*, 2006, p. 162.

³¹ Esta observação é imprescindível à citação de Hesse. O contexto da sua fala, diametralmente oposto ao brasileiro, é do Estado alemão, marcadamente prestacionista, no qual os direitos sociais foram significativamente implementados, a despeito de *lá*, não serem explicitamente fundamentais. A preocupação de Konrad Hesse quanto a pretensões subjetivistas imediatas não é outra senão a de preservar a força normativa da Constituição, resguardando-lhe de diluição ou enfraquecimento do mandado constitucional. Que fique claro!, a fim de que ninguém ilegitimamente retire conseqüências as mais conservadoras deste que, como disse Canotilho em sua dedicatória ao “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*, “até ao último suspiro científico esteve sempre atento ‘à Constituição aberta ao tempo’”.

³² Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 170.

³³ APPIO, Eduardo. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais no País: Populismo Judiciário no Brasil*. Disponível em: www.eduardoappio.com.br, acesso em 10/01/2007.

³⁴ *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*, 1993, p. 80-81.

Se uma ação individual mostra-se inadequada para pleitear o adimplemento de um dever estatal concreto estabelecido por uma norma fundamental objetiva, a sua tutela coletiva levada a cabo por qualquer de seus co-legitimados mostra-se ideal à promoção do direito a que corresponde o dever concreto contemplado na norma, *mesmo nos casos em que não é possível a individualização do credor da prestação*.

Isto traz à baila a relevância do entrelaçamento entre Direito Processual e Direito Constitucional, pois a idéia de que os direitos fundamentais inerentes à dimensão objetiva não teriam titular correspondente e que, por esta razão, não seriam passíveis de realização compulsória por via judicial deu-se ao arrepio de que o processo conhece e promove formas de tutela dos direitos que prescindem do referencial subjetivo.

Pela via da tutela coletiva, em especial através da ação civil pública, é possível imprimir justiciabilidade às normas concernentes à dimensão objetiva dos direitos fundamentais porque as normas objetivas das quais não é possível exarar-se um direito subjetivo contemplam, no mais das vezes, um *direito difuso*.

É assim quando, exemplificativamente, há previsão de participação da comunidade na organização do Sistema Único de Saúde, previsto no art. 198, III, CF, regulada pela Lei n. 8.142/199, segundo a qual o Conselho de Saúde deve ser formado, entre outros, por profissionais da saúde e usuários do sistema, que devem “atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros”³⁵.

Ora, embora a participação da comunidade na organização do SUS não possa, inicialmente, gerar direito subjetivo, é certo que o mandado constitucional não se esmorece e que há um *dever concreto* do Estado a que corresponde um *direito difuso* de toda a sociedade, que pode ser levado a cabo por associações civis e pelo Ministério Público, além dos demais co-legitimados, por meio de tutela coletiva, em caso de desatendimento do preceito constitucional objetivo.

Desta forma, confirma-se que a dimensão objetiva não serve como simples norteamento da atividade estatal: ao passo que ela impõe um dever concreto, o direito também concreto a que lhe corresponde, embora não possa ser individualizado, por ser difuso, não perde sua aptidão para tornar-se compulsoriamente exequível na seara jurisdicional.

5. O artigo 7º da Lei da Ação Civil: o papel do juiz na observância da hierarquização das tutelas dos direitos fundamentais sociais

³⁵ Paul de Barchifontaine, *Saúde Pública é Bioética?*, 2005, p. 47.

Usualmente, destaca-se o papel do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, dentre os quais se incluem os direitos sociais. De fato, a ênfase dada a esta instituição é de todo justificada, não só pelo papel que lhe foi conferido pela Constituição de 1988, mas pelo fato de seu perfil institucional ter-se efetivamente adequado àquele papel.

Entretanto, o papel do juiz na defesa dos direitos sociais não recebe o mesmo destaque.

Isto se dá por várias razões. A principal delas é o fato de que o juiz tem de se manter como “terceiro desinteressado” no exercício de suas funções jurisdicionais. Claro que a mudança no papel do direito na transição para o modelo social de Estado determinou mudança sensível também no papel dos juízes, “naturalmente conservadores”, forçados que foram a sair da “concha protetora do formalismo”³⁶.

Pode-se dizer que o papel dos juízes foi redimensionado pelas próprias tarefas postas pelo Direito, mormente pelos direitos sociais, e, com isto, as próprias idéias de neutralidade e de imparcialidade ganharam novos contornos, enfraquecendo-se a primeira e fortalecendo-se a segunda³⁷. O papel do juiz frente à proposta de hierarquização das tutelas dos direitos sociais, entretanto, é de outra monta. A Lei da Ação Civil Pública determinou aos magistrados o dever de remessa de peças ao Ministério Público em caso de verificação da hipótese de cabimento desta ação, sendo a norma que impõe referido dever imperativa e cogente³⁸. Dispõe o art. 7º da Lei n. 7.347/85: “Se, no exercício das suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

³⁶ Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, 1999, p. 35.

³⁷ A separação dos conceitos de neutralidade e de imparcialidade é de todo recomendável, e não apenas para fins didáticos, mas também para nortear a prática judicial voltada ao respeito dos princípios processuais. Ao passo que “a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2003, p. 289), remetendo à idéia de uma qualidade inerente ao julgador acima e equidistante das partes por dádiva do ofício, a imparcialidade requer: a) reconhecer os próprios preconceitos como tais para que seja possível liberar-se deles (Michel Löwy, *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*, 1994, p. 32); b) distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções (Boaventura de Souza Santos, *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, 1994, p. 152). Logo, ao passo que a neutralidade é vista como um *status* do julgador, a imparcialidade é vista como um exercício crítico contínuo a ser realizado pelo juiz. Verificamos que a discriminação racial é mais patente nas decisões de magistrados que se julgam neutros e que afirmam que, como juízes, não partilham de nenhum preconceito (“meus preconceitos penduro no cabide do lado de fora do gabinete”). Liana Cirne Lins, *O Tratamento Jurídico e Judicial do Negro e da Temática da Discriminação Racial no Brasil*, Anais da 55ª Reunião Anual da SBPC, 2003. A necessária crítica à neutralidade como qualidade inerente ao ato de julgar, entretanto, não deve ser confundida com uma postura cética que finda servindo de apologia à utilização da atividade jurisdicional para defesa de favoritismos pessoais. Daí que a crítica à neutralidade como ideologia conservadora e mantenedora do *status quo* siga-se a defesa empedernida da imparcialidade (não como qualidade já dada, mas como meta) como princípio processual fundante da legitimação do poder estatal jurisdicional.

³⁸ Nelson Nery Jr; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 2003, p. 1331.

Este dispositivo, pouco valorizado na prática forense, tem vultosa importância para a proposta de priorização da tutela coletiva dos direitos sociais que aqui se faz. Através dele é possível estabelecer a preferência da tutela coletiva dos direitos sociais sem denegação de justiça nos casos em que tais direitos são demandados individualmente e sem qualquer necessidade de intervenção legislativa, restando no campo doutrinário a hierarquização proposta, o que se harmoniza com os objetivos acima delineados.

Esta harmonização reside na possibilidade de que a ação individual dê azo à coletiva. Ora, é de se inferir que sempre que houver uma demanda individual fundada na inércia inconstitucional frente a um dever determinado decorrente de norma de direito social, tal inércia não se mostrará no caso concreto como uma *inércia isolada* frente ao demandante, mas sim como uma inércia cujos efeitos dão-se em massa. Como exemplos, tomem-se a falta de medicação nos postos públicos de saúde ou a falta de vagas em escola pública, etc., que não atingem unicamente o demandante que se apresenta, mas toda a coletividade.

Naturalmente, em sendo a ação individual, os limites subjetivos da demanda têm de ser *inter partes*, somente. Entretanto, tanto o fundamento do pedido quanto o pedido apresentados, ainda que restritos às partes, fornecem ao juiz o “conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil”, uma vez que, como se demonstrou, a inércia dos poderes públicos em relação à prestação de serviços públicos dificilmente terá caráter individual e isolado.

Incidirá aí, portanto, o dever do juiz de remeter as peças ao Ministério Público, pois como se disse, em sede de direitos sociais a inércia dos poderes públicos só de forma excepcional atingirá isoladamente o demandante, evidenciando-se quase sempre um conflito de dimensão transindividual.

Neste caso, a própria cópia da petição inicial instruída poderá ser enviada, constituindo-se como peça suficiente para que seja analisado o cabimento da instauração do inquérito civil, uma vez que a remessa deve ser *imediata* à verificação da possibilidade de cabimento da ação civil pública.

Sequer haverá necessidade de aguardar a resposta do demandado, tendo em vista que este procedimento pelo juiz não se constitui em nenhum juízo meritório, mas tão-somente em ato correicional e também se levando em consideração que a resposta do réu, neste caso, apenas dirá respeito à lide individual, não se prestando à formação de convicção acerca do possível litígio transindividual a ser formada pelo órgão do Ministério Público. Não há, portanto, que se falar em frustração do contraditório, vez que não se trata de procedimento destinado a conhecer ou decidir acerca da inércia do Poder Público em nível coletivo. Neste

sentido, aliás, firmou-se entendimento de que o dever do juiz de remessa das peças, por ser imediato à verificação da presença de circunstâncias que poderiam ensejar a propositura da ação civil pública, independe do trânsito em julgado da sentença.

A iniciativa do juiz, nesta situação, limita-se tão somente a ato de cunho administrativo, de caráter correccional e informativo, razões pelas quais nem se firma a competência do juízo pela prevenção, nem fica o juiz informante impedido ou suspeito para conhecer da ação civil pública, caso venha a mesma a ser proposta.

Compete ao Ministério Público, a partir daí, exercer seu múnus investigatório, requerendo informações ao órgão omisso a fim de decidir acerca da instauração ou não do inquérito civil³⁹ ou acerca da propositura ou não da ação civil pública⁴⁰, não ficando o promotor de justiça, evidentemente, obrigado a ajuizar a ação e nem sequer a instaurar o inquérito, vez que a *opinio actio* é sua e não do juiz informante⁴¹.

Mas, reitere-se, se o promotor de justiça não está obrigado a propor a ação, o juiz, de seu lado, está *obrigado* a informá-lo das circunstâncias que poderão vir a ensejar a tutela coletiva daquela pretensão que foi apresentada individualmente, mas que denuncia, pela força dos fatos que fundamentam o pedido, sua potencialidade coletiva. Com isto, nem se prejudica a ação individual, nem se sobrepõe esta à ação coletiva que, sem a iniciativa informadora do juiz, permaneceria no “limbo”.

Respeitado o dever que tem o juiz de remeter as peças que poderão ensejar o ajuizamento da ação coletiva, as ações isoladas fundadas em normas de direito social, ao invés de provocarem uma inversão na lógica social destes direitos, subvertendo o princípio da inclusão que lhes é inerente, a fim de beneficiar um demandante isolado ao arrepio dos outros co-titulares do mesmo direito que não tiveram oportunidade de fazer valê-lo em juízo, assumirão um papel de impulsão das ações coletivas que permaneceriam tão-só no plano virtual.

³⁹ “O inquérito civil é um verdadeiro ‘instrumento de cidadania’, e muitas vezes a sua própria instauração aborta a possibilidade de conflito transindividual, ensejando a participação da sociedade, organizada ou não, na esfera pública. Ademais, o seu adequado manejo evita a propositura de lides temerárias, além de ser palco de alternativas à movimentação da máquina jurisdicional, posto que importantes medidas extrajudiciais de composição do conflito coletivo são adotadas nos autos do inquérito” (Geisa de Assis Rodrigues, Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. Teoria e Prática, 2006, p. 89). A autora destaca, dentre as medidas extrajudiciais cabíveis, o termo de ajustamento de conduta.

⁴⁰ Em sendo o inquérito civil procedimento administrativo de investigação, não é obrigatório. Assim, se se entender que há elementos suficientes, poderá a ação civil pública ser proposta diretamente (Geisa de Assis Rodrigues, *op. cit.*, p. 86).

⁴¹ Nelson Nery Jr; Rosa Maria de Andrade Nery, *op. cit.*, p. 1331.

A ação individual, portanto, através da iniciativa do juiz em comunicar o Ministério Público, bem como demais interessados, acerca da potencial lide transindividual, retira a ação coletiva do longo inverno em que hibernava, acordando-a para a efetividade.

6. O controle judicial das omissões administrativas: pode o Judiciário determinar gastos à Administração?

O impacto das idéias propagadas pelo movimento do acesso à justiça é inestimável. Elas se fizeram sentir em incontáveis alterações legislativas com vistas à modificação de procedimentos, na criação de juizados informais, na ampliação da gratuidade dos procedimentos judiciais, no questionamento profundo do papel do magistrado na impulsão do processo e, entretanto, parece estar longe o dia em que as idéias do acesso à justiça possam considerar-se ultrapassadas, sendo as mesmas, ainda – *infelizmente* –, de uma atualidade arrasadora.

Tornou-se até lugar comum a afirmação de que a principal reforma que deve ser promovida é a da mentalidade dos juristas⁴², cujas reservas quanto ao ideário do acesso à justiça são cultivadas não acintosamente, mas pela via da negação sutil que torna tão mais difícil o debate claro que permite a síntese dialética de idéias e que reproduz o preconceito e a arbitrariedade das práticas denegatórias de uma justiça democrática.

Este sentimento preconceituoso que é possível ser captado no ar, que tem por alvo os direitos difusos, as organizações da sociedade civil e as próprias ações coletivas⁴³, tira de um lado o que foi dado de outro. Estas observações são imprescindíveis e são aqui tomadas como preâmbulo à proposição da ação civil pública como instrumento de defesa da constitucionalidade face à omissão do administrador.

De nada servem os esforços de incontáveis processualistas e constitucionalistas com vistas a um processo apto a atender as demandas sociais, se os operadores do direito perseveram na utilização de instrumental teórico obsoleto, apegados a valores de um momento histórico que passou, configurando aquilo que Canotilho chamou de “epigonismo

⁴² “Esse, com efeito, é o grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro. Em que pese o fato de o direito nacional estar munido de suficientes instrumentos para tutela das novas situações de direito substancial, o despreparo para o trato com esses novos mecanismos vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em ente teratológico que flutua no limbo” (Marinoni; Arenhart, *Manual do Processo de Conhecimento*, 2006, p. 720-721).

⁴³ “É, de outra parte, óbvia a magnitude das ações coletivas, que, muitas vezes ainda passa sem sensibilizar a mentalidade existente, ou parte dela, que é assentada, principalmente, nos processos de caráter individual” (Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 77).

positivista”⁴⁴, ou seja, uma *postura relapsa* dos operadores jurídicos em ultrapassar os postulados positivistas, por mais elaborada que se encontre a metodologia pós-positivista.

Uma observação impõe-se: tendo em vista o enfoque prioritariamente processual deste trabalho, é importante salientar que neste ponto está *pressuposto* o cabimento da atividade jurisdicional *sem invasão* da esfera reservada à Administração e sem substituição da esfera política pela técnica, ou seja, que há uma omissão administrativa quanto a um dever constitucional concreto e que, portanto, a atividade jurisdicional não está excedendo suas funções estatais e que a discricionariedade administrativa não está sendo violada.

Evidentemente, as escolhas e decisões políticas podem e devem ser respeitadas *no limite* em que as mesmas se dêem em conformidade com a ordem jurídica, não se admitindo, portanto, omissões abusivas e ilegais, caso em que o controle jurisdicional não somente é possível, como é necessário.

Por outro lado, o ativismo judicial democraticamente responsável deve ter como objeto de ponderação a própria atividade jurisdicional – tema de que nos ocupamos em outra seara –, o que tem por conseqüência que a avaliação sobre seu cabimento só pode dar-se no curso da própria demanda, vez que é impossível sua verificação em abstrato, sem que ao juiz seja permitida a cognição dos fatores determinantes à ponderação dos bens em jogo. É no curso do processo, portanto, que se busca o difícil (mas inafastável) equilíbrio entre liberdade de escolha política e dever de atuação.

Além disto, não se deve imaginar que uma vez transposta a discussão sobre inadimplência dos deveres de prestação da Administração para seara jurisdicional a possibilidade de escolha política do administrador desapareça. Embora este equívoco seja comum, deve-se ter em conta que, ao contrário, o processo permite oportunidades de exercício da discricionariedade administrativa quanto à escolha do modo adequado de adimplemento do dever, ainda que não lhe seja permitido decidir sobre a oportunidade e conveniência de adimplir ou não quando o dever de adimplemento decorrer de imposição constitucional.

Uma outra questão deve ser analisada anteriormente à análise da tutela inibitória dos direitos fundamentais sociais. Recentemente, o Ministro Carlos Velloso, em julgamento de ADI sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de ato concreto (em que o STF avançou quanto ao tema, admitindo a possibilidade do controle) fez questão de assinalar:

⁴⁴ Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 1045.

“Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas”, consignando restar esta uma seara ainda “intocável”⁴⁵.

Diante disto, deve-se propor uma questão preliminar sobre se pode o Judiciário determinar gastos à Administração, uma vez que os argumentos sobre a separação dos poderes são, no campo processual, atualizados.

Inicialmente, há que se ressaltar que a tutela inibitória dos direitos sociais não impõe um gasto à Administração, mas sim um fazer, um *præstare* a que está ela obrigada e que implica gastos, como, aliás, todas as ações estatais, inclusive as destinadas à preservação das liberdades⁴⁶. Mas isto não responde totalmente à questão proposta.

Em geral, a doutrina que nega possibilidade de se imputar à Administração um fazer, por entender configurar-se um rompimento com o princípio da separação dos poderes, não vê problema no arbitramento de um valor indenizatório em favor do particular lesado por ação ou inação estatal ilegal. Ao contrário, esta espécie de intervenção judicial parece ser a única aceita não só pela doutrina e pela classe dos magistrados, mas igualmente pelo poder estatal devedor da prestação.

Nisto é que surge uma questão processual de máximo interesse: A ideologia patrimonialista inerente à sentença condenatória e ao processo tradicional parece cegar a visão de que, afinal de contas, a imposição de pagar a indenização à parte lesada não é, acaso, a imposição de um gasto à Administração? Mais do que isto: não é, porventura, a imposição de um fazer no sentido lato (pagar) com franco e explícito conteúdo financeiro? Note-se que o tema dos direitos sociais suscita freqüentemente crítica pelos contornos ideológicos que lhe são dados⁴⁷. Mais uma vez a ideologia, desta feita processual⁴⁸, tem imposto condicionamentos relevantes à questão da separação dos poderes.

⁴⁵ Ementa: “PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta” (STF, DJ 04/03/2005, ADI 2925-8/DF, Rel. Min. Ellen Gracie).

⁴⁶ Sobre o tema, consultar, especialmente: Stephen Holmes; Cass Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends On Taxes*, 2000. No Brasil, esta tese vem sendo defendida por Flavio Galdino (*O Custo dos Direitos*. In: Ricardo Lobo Torres (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, p. 139-222).

⁴⁷ “É puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluídos” (Bandeira de Mello, *Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social*. In: *Revista de Direito Público*, 57:233, 1981, p. 245).

⁴⁸ Os condicionamentos ideológicos do processo tem sido freqüentemente objeto de estudo dos processualistas, voltados, entre outros temas, para a repercussão imediata da vinculação da jurisdição à idéia de estatalidade, a separação dos processos de conhecimento e de execução e a universalização da sentença condenatória, cuja contingência histórica e política é comumente obscurecida, negando a suposta neutralidade da técnica jurídica (Giovanni Verde, *Profili del Processo Civile (Parte Generale)*, 1988, p. 39 ss; Ovídio Baptista da Silva, *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*, 2004, p. 131 ss; Fabio Cardoso Machado, *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*, 2004, p. 111 ss).

Assim, refaz-se a pergunta inicial: *vem o Judiciário, no exercício de suas funções cotidianas, se abstendo de determinar gastos à Administração?* Ora, uma vez que até hoje o Judiciário tem pouca tradição em ordenar um fazer ou um deixar de fazer em sentido estrito, quase toda a intervenção judicial para defesa das liberdades dos particulares, em vista de ter sido veiculada por meio da tutela ressarcitória dos danos decorrentes de invasões ilegais, teve por resultado a imposição de um gasto. Isto significa que *historicamente o Judiciário sempre atuou no sentido de determinar à Administração que gastasse*, ainda que com o objetivo de reintegrar a esfera patrimonial do lesado, o que, de qualquer forma, implica determinação de como gastar as verbas públicas. E isto sem que nenhuma das partes tenha jamais proclamado por um rompimento da separação de poderes.

7. A tutela inibitória: sua pertinência para a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Embora as tutelas de cunho não patrimonial tenham origem remota, a partir do surgimento do Estado Constitucional Democrático sobressai a importância da tutela inibitória para defesa eficaz dos direitos, seja pelo aprimoramento desta espécie de tutela nos ordenamentos onde já existia, seja pela sua incorporação nos demais que não a conheciam⁴⁹.

A tutela inibitória – e o crescimento de sua relevância na doutrina e nos tribunais – é um reflexo processual do constitucionalismo democrático, apropriada ao contexto das Constituições contemporâneas, marcadas pelos novos papéis desempenhados pelos direitos fundamentais.

Voltada à integridade dos direitos e fortemente avessa à índole patrimonial, é inerente às ordens constitucionais em que se reconhecem as mais distintas, complexas e

⁴⁹ Na Itália, evidenciou-se a ruptura com a tutela condenatória de cunho patrimonial a partir da formação de uma consciência constitucional que conduziu à reação contra a inadequação dos instrumentos executórios tradicionais voltados à execução patrimonial. A Alemanha adotou um sistema misto, que distingue o tratamento dado às obrigações de fazer e as de não fazer, disciplinadas nos §§ 888 e 890 da ZPO, preferindo a aplicação da pena pecuniária (Zwangsstrafe) à pena restritiva de liberdade (Zwangshoft) por descumprimento da obrigação. Na França, intensos debates doutrinários marcaram o percurso da integração formal da astreinte no sistema legal francês, em razão da convicção firmemente consolidada de que não se poderia atingir a esfera de subjetividade do réu. Este manto imaculado da autonomia da vontade foi finalmente vencido e incorporadas as astreintes como mecanismo de coerção do réu ao adimplemento. Assim, a despeito da criação jurisprudencial do instituto da astreinte contar com dois séculos, apenas em 1972 foi incorporada pela legislação, nos arts. 5º e 8º da Loi 72-626 du 05 Juillet 1972. Na Inglaterra, o “equitable remedy” utilizado para tornar efetiva a realização in natura de uma obrigação, denominado injunction, consiste em ordem do juiz, de caráter discricionário, podendo ter um conteúdo positivo (mandatory or positive injunction), ou negativo (prohibitory or negative injunction). James Goldschmidt, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer o de no hacer*, 1953, p. 71 ss.

transversais dimensões de direitos fundamentais que, a toda evidência, não se coadunam com as tutelas patrimoniais.

Por esta razão, a tutela dos direitos *in natura* atende a especificidade da nova consciência constitucional, em vista da patente inadequação dos meios executórios tradicionais para a finalidade de proteção dos direitos fundamentais.

O direito processual civil brasileiro disciplinou a tutela inibitória poucos anos após a égide da Constituição de 1988, nos textos dos art. 461 do CPC⁵⁰ e 84 do CDC⁵¹.

A tutela inibitória prevê a disciplina do cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer em sua forma específica ou a determinação das providências que assegurem o resultado equivalente ao seu cumprimento, resguardando o direito *in natura*. É tutela que tem por objetivo prevenir a prática, continuação ou repetição de um ilícito e que tem por objeto a imposição de um fazer ou não fazer, de cuja conduta positiva ou negativa dependa o cumprimento de obrigação ou dever ameaçado, através de uma ordem garantida por meio de coerção indireta ou direta.

A *inibição do ilícito* assume fundamental importância em sua configuração. É nisto que consiste seu aspecto inibitório, mesmo diante da imposição de um fazer positivo, além de imprimir-lhe caráter genuinamente preventivo, voltada que é à prática, continuação ou repetição de atos futuros potencialmente violadores de direito, nisto residindo sua especificidade⁵².

Por estas razões, o sistema de tutelas do art. 461 do CPC não se limita às obrigações propriamente ditas, apesar da utilização imprópria deste termo no referido dispositivo. Uma tal limitação seria destituída de propósito, para além de implicar exclusão inaceitável dos deveres que não possam caracterizar-se como obrigações *strictu sensu*. Por isto, sua aplicação estende-se a todos os *deveres jurídicos* cujo objeto seja um fazer ou um não fazer, entendidos tais deveres como “imposição jurídica da observância de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardado por sanção”, incluindo-se os interesses relacionados aos direitos transindividuais⁵³.

⁵⁰ CPC, art. 461: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁵¹ CDC, art. 84: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de 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.

⁵² Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória. Individual e Coletiva*, 2003, p. 36 ss.

⁵³ Eduardo Talamini, *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*, 2001, p. 126 ss.

Nem sempre prevaleceu a tese do cumprimento específico das obrigações de fazer e de não fazer fungíveis e infungíveis, opondo-se a incoercibilidade das obrigações em razão da máxima *nemo ad factum præcise cogi potest*, motivada na preservação da dignidade da pessoa que, sob o primado da autonomia da vontade, via no cumprimento compulsório da obrigação a coisificação do devedor e a anulação da sua subjetividade. Foi, aliás, esta a inspiração para o art. 1142 do Código Civil francês determinasse que “toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout em dommages et intérêts, em cas d’inexécution de la part du débiteur”.

Assim, durante muito tempo a sentença mandamental foi rejeitada por opor-se ao primado da vontade e atingir a esfera da subjetividade do réu, não se limitando ao seu patrimônio e à responsabilidade meramente patrimonial. Esta rejeição historicamente pontuada era, no seio do liberalismo, compreensível: a afirmação da subjetividade do demandado era uma necessidade política da época.

Entretanto, a partir da formatação dos direitos fundamentais de segunda dimensão se evidencia a limitação e impropriedade da técnica ressarcitória na forma pecuniária e da conversão generalizada dos direitos em seu equivalente monetário, sobressaindo a necessidade de estruturação de procedimentos voltados ao adimplemento das obrigações *in natura* com aptidão para conformar a vontade do devedor à do credor e, em especial, à decisão judicial.

Disto ressalta a pertinência da tutela inibitória à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Os direitos sociais estabelecem, sobretudo, prestações fáticas positivas na área dos serviços públicos básicos. Logo, a omissão inconstitucional, nestes casos, assume primacialmente a forma de inadimplemento de *deveres específicos de fazer*.

O ilícito manifesta-se, portanto, justamente pela *omissão inconstitucional* do dever estabelecido, decorrente de inércia frente a preceitos constitucionais determinados, nela consistindo o *facere* coercível.

Assim, a tutela que inibe o ilícito é a mesma que determina o cumprimento do dever inadimplido, materializando-se a proteção dos direitos sociais pelo *ordenar o cumprimento da prestação específica* em que consiste o dever inadimplido.

Ao que se indica, a ordem judicial inibitória que impõe um fazer é a melhor forma de tutelar tais direitos. E isto porque as técnicas ressarcitórias, mesmo em sua forma específica, não se mostram, em geral, compatíveis com o adimplemento dos direitos sociais.

Uma ação voltada à eficácia dos direitos sociais cujo pedido seja o de implementação de um serviço público básico de educação, pela instalação de escola numa determinada

comunidade ou pela contratação de transporte escolar, alternativamente, não pode encontrar adequada tutela da pretensão se o pedido tiver natureza condenatória. Mesmo uma tutela ressarcitória na forma específica não pode atender o objetivo pretendido.

E isto porque os danos decorrentes deste ilícito são de difícil constatação. Como ressarcir, na forma pecuniária ou específica, os danos decorrentes, por exemplo, da falta de acesso à educação ou à saúde? Como determinar a extensão destes danos? Uma criança sem acesso à educação e ao lazer pode, no futuro, ter mensurados, de forma a permitir um ressarcimento equivalente – pecuniário ou específico –, os danos que efetivamente sofreu pela exclusão do gozo de um direito social constitucionalmente assegurado? Parece que a resposta é negativa.

Tudo isto demonstra que, em se tratando de direitos sociais, a forma mais adequada de tutelá-los é através do pedido de inibição da omissão ilícita, pela imposição do fazer a que a Administração competente está constitucionalmente obrigada. Neste sentido, Eduardo Talamini reconhece a proteção dos direitos sociais, “exercitáveis perante o Estado, em que a prestação de determinados bens materiais integra atividade mais ampla, a ser desenvolvida pelo Poder Público”, uma vez que são os mesmos “deveres de fazer, ainda que abranjam a instrumental transferência de bens materiais”⁵⁴.

A possibilidade de utilização da tutela inibitória contra o Poder Público para determinação da realização dos direitos sociais é admitida pela doutrina, que vê o instituto como forma eficaz de imposição do cumprimento dos direitos consistentes em prestações fáticas positivas⁵⁵. Também na jurisprudência dos vê-se a aceitação da tutela inibitória contra a Administração para imposição de um fazer que se entenda devido⁵⁶.

Finalmente, se antes se definiu pela tutela coletiva, em especial ação civil pública, como via adequada a permitir o controle judicial das omissões administrativas, verifica-se que esta deve ser manejada por meio da tutela inibitória, impondo-se o *facere* em cujo inadimplemento consiste o ilícito a ser inibido.

A tutela inibitória, na forma coletiva antes proposta, encontra plena guarida no ordenamento processual pátrio. Os sistemas da ação civil pública e de defesa do consumidor

⁵⁴ Talamini, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁵ Marinoni, *op. cit.*, p. 101 ss; Talamini, *op. cit.*, p. 137 ss; Carlyle Popp, Execução de Obrigação de Fazer, 2001, p. 213 (embora o autor refira-se à utilização da execução específica contra a Fazenda Pública para adimplemento *contratual*); Luiz Flavio Yarshell, Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade, 1993, p. 120 ss.

⁵⁶ STJ, DJ 20/06/2005, REsp 656838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, TJRJ, AI 2008.002.05888, Rel. Des. Odete Knaack de Souza; TJRJ, AI 2008.002.15105, Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos; TJRJ, AI 2007.002.34710, Rel. Des. Denise Levy Tredler; TJPE, AgReg 141254-6/01, Rel. Des. Ricardo Paes Barreto.

interpenetram-se, razão pela qual o art. 84 do CDC permite a fundamentação normativa do pedido inibitório, de forma mais ampla do que aquela prevista pelo art. 11 da LACP que, ao prever “cessação de atividade nociva” pressupõe um fazer ilícito já praticado, restrição não contida no texto do Código de Defesa do Consumidor, que permite a tutela genuinamente preventiva de qualquer direito difuso ou coletivo, dentre os quais se incluem os direitos sociais⁵⁷.

Neste sentido, Sérgio Arenhart⁵⁸ chama a atenção para a plasticidade que a ação civil pública ganha com esta integração, em razão do disposto no art. 83 do CDC⁵⁹, da qual decorre a propriedade de falar-se em *ações civis públicas*, que, a despeito de receber a mesma rotulagem, ensejam uma complexa gama de ações aptas a “veicular quaisquer espécies de pretensões imagináveis”, inclusive e quiçá especialmente a pretensão inibitória.

8. Como convencer a Administração-ré a adimplir a omissão administrativa?

Uma vez que a tutela inibitória caracteriza-se pela coercibilidade do *facere* ou *non facere*, uma das suas principais marcas é a de que, através dela, seja o devedor *convencido* a adimplir.

O convencimento do demandado é inerente ao seu aspecto preventivo⁶⁰ que permanece mesmo em relação a ilícitos já consumados, objetivando, nestas hipóteses, fazer cessar de imediato sua continuação ou repetição. A adesão do réu ao comando judicial, com o conseqüente adimplemento espontâneo, é, portanto, sem dúvida, a forma mais eficaz e célere de obstar o ilícito.

Como afirma Chiovenda, a coerção indireta visa a obter a “participação do obrigado e, pois, se destina a influir sobre a vontade do obrigado para que se decida a prestar o que deve”⁶¹.

Atento a isto, *o juiz deve ser convincente*, pois não se pretende que o réu estenda o estado de antijuridicidade em que se encontra. Por esta razão é que a multa exerce papel fundamental na tutela inibitória. O mandamento contido nesta espécie de ação atua diretamente sobre a vontade do demandado, que, na hipótese, não é autônoma.

⁵⁷ Marinoni, *op. cit.*, p. 93 ss.

⁵⁸ Sérgio Cruz Arenhart, *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, 2003, p. 159.

⁵⁹ CDC, art. 83: Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

⁶⁰ Este aspecto preventivo está claro em relação à tutela inibitória dos direitos sociais. É preciso ter em conta que a tutela inibitória é voltada ao futuro, e não à reparação dos danos porventura já consumados. Mesmo nos casos em que o ilícito já se consumou, a tutela inibitória é preventiva face à continuação ou repetição do ilícito.

⁶¹ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol.1, 1942, p. 288.

Só excepcionalmente haverá conversão do cumprimento específico da obrigação em responsabilidade patrimonial, que, a propósito, como se demonstrou, em se tratando de direitos sociais nenhuma pertinência encontra.

Se seu objetivo é influenciar o demandado a cumprir a obrigação devida, somente faz sentido sua estipulação quando demonstrar aptidão para atingir a meta proposta, qual seja, convencer o demandado a obedecer a ordem judicial. Por esta razão, “deve ser fixada em montante que seja suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem do juiz”, levando-se em consideração sua capacidade econômica, não somente analisando-se seu patrimônio imobilizado, “mas tudo que indique sua verdadeira situação financeira”⁶².

A propósito, importa notar que a multa deve ser estabelecida *exclusivamente* com base na capacidade econômica do demandado⁶³. Uma vez que a multa não se confunde com qualquer indenização devida ao demandante – aliás, em se tratando de tutela inibitória coletiva, não há qualquer margem para confusão, uma vez que a multa é revertida para os fundos federal, estadual ou municipal de direitos difusos, nos termos do art. 13 da LACP –, sendo coerção psíquica estabelecida como forma de influenciar o demandado a obedecer a ordem judicial, não deve ser arbitrada com base no binômio necessidade-possibilidade, que nesta hipótese não encontra nenhuma aplicabilidade.

A multa deve ser *convincente* e, por esta razão, deve ser estipulada levando em consideração a capacidade daquele a quem se dirige, ou seja, o demandado, apenas. Assim, *a opção pela conduta ilícita não pode custar barato*.

Apenas para ilustrar o que estamos afirmando, para decidir sobre o cumprimento ou não de normas ambientais, para cuja observância tem-se o dispêndio de quantia considerável, empresas e mesmo governos pautam-se por uma decisão comercial, valorando *exclusivamente* o que é mais vantajoso do ponto de vista econômico. E quase sempre o pagamento de multas pela inobservância da legislação é mais barato⁶⁴. Tudo isto deve ser levado em consideração pelo juiz ao arbitrar a multa como mecanismo de convencimento do réu.

⁶² Marinoni, *op. cit.*, p. 216.

⁶³ “Não se confunde com perdas e danos e pode até mesmo ultrapassar o valor da obrigação”. Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, vol.2, 2000, p. 150.

⁶⁴ A propósito, recomenda-se assistir o documentário A Corporação, de Mark Achbar e Jennifer Abbot. Canadá, 2003, DVD. Nele são entrevistados representantes das corporações, analistas e intelectuais. As informações mais assustadoramente graves acerca do antiético *modus operandi* das corporações, ao contrário do que se pode imaginar, não nos são dadas por Naomi Klein ou Noam Chomski, mas por CEOs, diretores comerciais e diretores de marketing das próprias corporações.

Aliás, a relevância da pressão psicológica e do papel do juiz na *equilibrada, mas firme* determinação do grau que deve assumir esta pressão é tanta que levou Sérgio Arenhart⁶⁵ a afirmar que o futuro e o sucesso da tutela inibitória reside “na boa vontade do aplicador do Direito em interpretar os dispositivos concernentes a essa matéria – e na sua consciência da importância do tema para a efetivação dessa modalidade de proteção”, uma vez que compete ao juiz proceder “ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso”⁶⁶.

Em relação à cominação de multa contra a Fazenda Pública, nada obsta sua aplicação. Porém, a despeito do cabimento da imposição da multa contra a Fazenda Pública, é necessário indagar de sua eficácia como mecanismo de coerção indireta.

Será que a multa, ainda que arbitrada em valor alto, será convincente? Terá o mesmo poder de convencer o administrador-réu a adimplir a prestação devida como nos casos em que o valor da multa integra o patrimônio do próprio réu, resultando necessariamente em seu empobrecimento motivado pela recalcitrância?

A resposta possivelmente será negativa.

Mais uma vez frisamos a importância de compreender a multa como mecanismo de coerção indireta que deverá contribuir decisivamente para o convencimento do réu ao adimplemento. *Não se objetiva, com a multa, punir o réu* (mormente quando a punição do réu recai sobre toda a coletividade, uma vez que a multa atingirá o Erário).

A este respeito, Araken de Assis, admitindo o cabimento da *astreinte*, alerta: “No entanto, a ponderação dos interesses recomenda outro expediente. É que, fluindo a multa, a ulterior execução do seu valor gravará toda a sociedade, em proveito de um credor, em geral drenando recursos das rubricas orçamentárias apropriadas”⁶⁷.

Note-se que não se está defendendo a idéia de que não é possível a cominação da multa contra a Administração pública. É possível! Pergunta-se se é desejável, seja do ponto de vista político, seja também do ponto de vista jurídico, pois se a multa não tiver o condão de atuar sobre a vontade do administrador, então sequer é juridicamente desejável, embora possível.

Tanto é assim que o §6º do art. 461 do CPC determinou ao juiz que de ofício modifique o valor ou a periodicidade da multa, em caso de tornar-se insuficiente ou excessiva.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 343 ss.

⁶⁶ Kazuo Watanabe. In: Ada Pellegrini Grinover *et al*, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, 1995, p. 529.

⁶⁷ Araken de Assis, Manual da execução, 2006, p. 541. O autor, porém, defende na espécie a advertência do agente público competente de que o cumprimento da ordem constituirá ato atentatório ao exercício da jurisdição, nos termos do art. 14, V e parágrafo único do CPC.

Tudo isto porque a multa não pode desligar-se do seu objetivo, qual seja, de agir sobre a vontade do réu, levando-o ao adimplemento espontâneo.

Por esta razão defendemos que o juiz não somente pode, mas deve, alterar o valor, a periodicidade e, mais do que isto, verificando que a multa não atinge seu objetivo e aplicadas as prerrogativas de adequação da multa prevista no §6º do art. 461 CPC , *não deve o juiz insistir em manter a medida* que se tornou ineficaz em vista do objetivo que motivou sua aplicação.

O juiz deve, neste caso, *converter a multa em medida que demonstre aptidão para convencer o réu* e é aí que se abre o leque das medidas necessárias previstas no §5º do mesmo dispositivo.

O rol exemplificativo das medidas “tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” desdobra-se em medidas de coerção indireta e direta.

Ao passo que pela coerção direta obtém-se o objeto da prestação pleiteado, pela coerção indireta tem-se, como se viu com a multa, de forma imediata a atuação sobre a vontade do réu e, indiretamente, pelo cumprimento da ordem judicial, a satisfação do direito pretendido.

Note-se que a coerção indireta caracteriza-se por objetivar imediatamente o cumprimento da decisão judicial – razão que autoriza o agir de ofício do juiz⁶⁸ – e só mediadamente a satisfação do direito pleiteado pelo autor.

Assim, deverá o juiz, ao verificar que a multa não cumpre seu papel, converter a medida. Esta conversão poderá atribuir uma coerção direta ou indireta.

A coerção direta nos casos em que o ilícito consiste num não-fazer não encontrará maiores óbices à sua realização, bastando que faça cessar a atividade antijurídica, inclusive mediante uso de força policial.

O problema quanto aos direitos sociais, como se disse, é que tais direitos implicam prestações fáticas positivas, um fazer com conseqüências patrimoniais. Assim, o Fazer

⁶⁸ Diferentemente do que se dá com a tutela antecipada que, por ser *executiva*, torna inafastável o requerimento da parte. Pois se o agir de ofício do juiz na tutela inibitória é voltado à autoridade da própria decisão, é impossível haver concessão de tutela antecipada que não seja como benefício de uma das partes (de forma imediata, e não mediata!), incorrendo o juiz que antecipa tutela prescindindo do requerimento em claro rompimento com o princípio da imparcialidade. Mais uma vez, reafirmamos que o ordenamento jurídico pátrio conhece técnicas efetivas de salvaguarda dos direitos. No ímpeto de democratizar a justiça, há quem faça justamente o oposto. Não é por outra razão que temos feito a advertência, na docência do Direito Processual, para os males do divórcio entre teoria e prática, com riscos de esquizofrenia para ambos.

positivo em que consistem os direitos sociais implicará a execução por sub-rogação, com custos para o terceiro que cumpre a obrigação em nome do demandando, às suas expensas.

O juiz deverá aqui avaliar a plausibilidade de determinar a execução por sub-rogação às expensas da Administração-ré, a fim de não penalizar o terceiro quando o pagamento dos custos de implementação das prestações quase sempre elevados pela Administração mostrar-se improvável e tortuoso.

Em qualquer caso, deverá pautar-se pelo princípio da menor onerosidade para o devedor, explícito no art. 620 do CPC⁶⁹. Isto quer dizer que não pode o juiz impor decisão mais gravosa ao réu: o inafastável exercício da discricionariedade pelo juiz, no marco de um Estado Constitucional Democrático, impõe sopesar as alternativas em jogo, aplicando o Direito dentro da razoabilidade e, todavia, *levando sempre em consideração o propósito do adimplemento* que é o *proprium* da tutela inibitória.

Em sendo ineficazes ou implausíveis as medidas de coerção direta, resta outra forma de coerção indireta: a prisão.

A doutrina se divide quanto ao cabimento da prisão decorrente do descumprimento da ordem judicial. A discussão gira em torno de dois eixos: a constitucionalidade ou não da medida e a competência ou não do juízo cível para decretar a prisão na hipótese.

Dentre as críticas contra a possibilidade de ameaça e decretação de prisão como medida coercitiva indireta no processo civil ou constitucional⁷⁰, destacamos as de Ovídio Baptista da Silva e Eduardo Talamini rechaçam a possibilidade da medida decorrente de descumprimento de ordem judicial como inconstitucional.

Ovídio Baptista da Silva argúi a vedação constitucional, resguardada a exceção expressa quanto à dívida de natureza alimentícia e ao depositário infiel, de qualquer prisão civil e não apenas decorrente de dívida de natureza civil. Segundo sustenta, o permissivo para prisão do depositário infiel deixaria claro alcance genérico da proibição da prisão civil e não somente da prisão por dívida, uma vez que o depositário infiel não diz respeito à dívida monetária⁷¹.

Já Eduardo Talamini, pontuando aspectos do processo civil e do processo penal, sugere a responsabilização criminal do agente descumpridor da ordem. Alega a impossibilidade do juiz civil “simplesmente ‘decretar’” a prisão daquele que desobedece seu

⁶⁹ “Art. 620: Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.” Esta regra assemelha-se à disposta no art. 288 do CPC, que será objeto de nossa análise adiante.

⁷⁰ Falamos em processo constitucional, porque é o caso quando da tutela dos direitos sociais.

⁷¹ Ovídio Baptista da Silva, *Do Processo Cautelar*, 2001, p. 535.

comando. Lembra que a apuração do crime de desobediência submete-se às às regras e princípios do Juizado Especial Criminal e que “a prisão e a condenação criminal por desobediência são hipóteses remotas”⁷².

Cássio Scarpinella Bueno, nos comentários ao art. 461 do CPC nega a possibilidade de prisão civil, acompanhando a tese de Ovídio Baptista, mas entende possível a cominação da pena de prisão penal; não deixa claro, entretanto, se para tal aplicação seria competente o próprio juízo cível⁷³.

O Superior Tribunal de Justiça tem julgado absolutamente incompetente o juízo cível para decretação da pena de prisão por crime de descumprimento de ordem judicial e também para proferir juízo acerca da adequação típica de eventual conduta penal, entendendo que, evidenciado o descumprimento da ordem judicial, cabe ao juízo cível a remessa, ao Órgão Ministerial, de cópias e documentos necessários ao eventual oferecimento de denúncia, nos termos do art. 40 do Código de Processo Penal⁷⁴.

Em alguns casos, tem afastado a possibilidade de determinação de crime de desobediência nas hipóteses em que o cumprimento da ordem for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330 do CP⁷⁵.

É importante notar que o fundamento do julgamento não tem sido o §5º do art. 461 do CPC, que sequer é posto em pauta na fundamentação jurídica do *decisum*, e sim o art. 330 CP c/c art. 40 do CPP. Assim, o descumprimento da ordem ensejaria a informação ao Ministério Público para exercer sua *opinio actio* e promover ou não a ação penal. Em razão disto, não se reconhecera autonomia do processo civil ou constitucional para ameaçar ou decretar a pena de prisão como medida de coerção indireta.

Parece-nos acertado o entendimento da incompetência absoluta do juízo cível para decretar a prisão penal do demandado por *crime* de desobediência. Extrapola absolutamente a esfera das atribuições do juiz civil a condenação por crime, seja de qualquer natureza.

Entretanto, na esteira de renomados processualistas, não podemos concordar com as teses acima expostas.

A constitucionalidade da medida coercitiva indireta consistente na ameaça de prisão em caso de descumprimento da ordem judicial é defendida em razão de que a mesma não se

⁷² Eduardo Talamini, *op. cit.*, p. 312.

⁷³ In: Antonio Carlos Marcato, Código de Processo Civil Interpretado, 2004, p. 1413.

⁷⁴ STJ, DJ 06/10/2003, REsp 439.939/RS, Rel. Min. Gilson Dipp; STJ, DJ 05/02/2007, MC 11.804/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido; STJ, DJ 18/11/2002, HC 16.940/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini; STJ, DJ 06/02/2006, HC 45.139/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido; STJ, DJ 30/09/2004, HC 16.279/GO, Rel. Min. Luiz Fux.

⁷⁵ STJ, DJ 18/11/2002, HC 16.940/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini.

caracteriza como prisão por dívida, excluindo-se da esfera resguardada pelo art. 5º, LXVII da CF.

O argumento de Ovídio Baptista da Silva não procede. A despeito de a prisão do depositário infiel não se configurar em prisão por dívida, fica patente o *caráter patrimonial* do instituto. Tanto assim que Araken de Assis, ao tratar da coerção pessoal (quanto às hipóteses constitucionalmente expressas) afirma que “a terapêutica conferida à obrigação de restituir o objeto do depósito beneficia *crédito patrimonial ordinário*, e valoriza, além do admissível, ou seja, do seu fim social, a propriedade. Evidencia-se na heterogeneidade dessas obrigações, contempladas no dispositivo constitucional, a ausência de correlação obrigatória entre a natureza do crédito e o meio executório”⁷⁶.

Por esta razão, concordamos com Luiz Guilherme Marinoni⁷⁷, Joaquim Felipe Spadoni⁷⁸ e Sérgio Cruz Arenhart⁷⁹ quando afirmam que a vedação constitucional atingiria a prisão civil de cunho patrimonial, razão pela qual fala em *dívida*, excluindo-se da vedação, porém, a prisão civil de cunho não-patrimonial, como é o caso do *Contemp of Court*⁸⁰.

Se o *Contemp of Court* pode ser definido como “a disregard of, or disobedience to, the rules or orders of a legislative or judicial body, or an interruption of its proceeding by disorderly behavior or insolent language, in its presence or so near thereto as to disturb the proceedings or to impair the respect due to such a body”, bem nos lembra James Goldshmidt que o sistema da common law, à nossa maneira, desconhece a prisão civil por dívidas, “constitucionalmente proibida en los distintos Estados de la Unión”, não sendo permitida a prisão do devedor pelo fato de não haver cumprido a obrigação, como no direito alemão, mas sim por haver descumprido a ordem judicial⁸¹.

Sérgio Cruz Arenhart traz um outro aspecto igualmente relevante e que não pode simplesmente ser obliterado, pois “embora se reconheça a possibilidade da prisão criminal, como mecanismo de apoio acoplado à ordem judicial, não parece que esta figura esteja

⁷⁶ Manual da Execução, 2006, p. 131.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 229-234.

⁷⁸ “A ‘dívida’ a que se refere o texto constitucional é apenas aquela dívida pecuniária. Não se estende a outras hipóteses de obrigações que não sejam pecuniárias”. Joaquim Felipe Spadoni, Ação Inibitória, 2002, p. 201.

⁷⁹ O autor chama atenção para que o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, estabelece restrições rigorosas à prisão civil de cunho patrimonial. Sérgio Cruz Arenhart, Perfis da Tutela Inibitória Coletiva, p. 385.

⁸⁰ Contemp of Court é “a disregard of, or disobedience to, the rules or orders of a legislative or judicial body, or an interruption of its proceeding by disorderly behavior or insolent language, in its presence or so near thereto as to disturb the proceedings or to impair the respect due to such a body” Black’s Law Dictionary, 1999, p. 313.

⁸¹ James Goldschmidt, Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer o de no hacer, 1953, p. 80.

habilitada a funcionar como meio de pressão psicológica adequado”, em vista da redução do seu potencial intimidatório que é, como asseverado, a marca da tutela inibitória⁸².

Quanto à incompetência absoluta do juízo cível para decretar prisão por crime de desobediência, como afirmado acima, mostra-se patente, em razão de não poder haver condenação por crime sem processo penal pertinente, sem garantias do contraditório e ampla defesa e sem juiz competente que, a propósito, não poderá ser o mesmo juiz em caso de competência comum cível e criminal.

Isto estaria longe de ser o objeto disciplinado pelo §5º do art. 461 do CPC. O que se disciplina é a efetividade da tutela inibitória, em razão de sua natureza mandamental.

Portanto, o que decorre como medida de apoio é a ameaça e decretação da prisão como medida acessória à ordem que deve ser observada, na qualidade de coerção indireta que objetiva o convencimento do réu e não sua punição.

Trata-se de prisão civil não patrimonial, visto que voltada a defesa da autoridade da decisão judicial.

Como contribuição ao debate, propomos alguns pontos para reflexão.

Em sendo a ameaça de prisão medida de coerção indireta que objetiva conformar a vontade do demandado, *deve haver propriamente a ameaça, estabelecendo prazo razoável para o cumprimento da obrigação*, levando em consideração sua complexidade, e não simples e puramente a decretação da prisão quando o réu não adimpliu o preceito judicial.

Sem a ameaça, a medida coercitiva fica completamente descaracterizada, fugindo da razoabilidade e dos propósitos da tutela inibitória! Repita-se: não se pretende punir o réu, mas convencê-lo a adimplir!

Da mesma forma, um prazo exíguo em nada pode contribuir para tal finalidade. Se o prazo for insuficiente para o cumprimento do comando judicial, o réu não verá qualquer estímulo ao adimplemento, visto que saberá de antemão ser impossível sua observância. Lembre-se que a impossibilidade fática traduz-se em impossibilidade jurídica. É completamente desarrazoado, para além de impossível, determinar o cumprimento de uma prestação complexa num prazo de 72 horas!

Preferentemente, a ameaça da prisão deve ser antecedida por outras medidas coercitivas que se mostraram ineficazes no caso. Entretanto, as regras da experiência podem, no caso concreto, tornar prescindíveis medidas anteriores. Neste caso, poderá o juiz,

⁸² *Op. cit.*, p. 387.

justificando as razões com que entende inúteis outras medidas, determinar desde logo a ordem sob pena de prisão, estipulando o prazo razoável para o cumprimento da decisão.

Em se tratando de preceito social para cujo cumprimento tenha-se a interação de uma teia múltipla de agentes públicos com distintas e complementares atribuições, deverá o juiz requisitar informações àquele a quem dirigiria originalmente a ordem, a fim de que todos os agentes competentes sejam intimados de que devem cumprir a parte do preceito que lhes incumbe, sempre que entre o agente destinatário da ordem judicial e os demais não haja qualquer espécie de vínculo hierárquico ou subordinação⁸³.

Finalmente, a prisão civil por descumprimento de ordem judicial, como medida extrema, somente pode ser aplicada quando *o objeto mediato da pretensão pleiteada for, ele também, marcado pelo caráter não-patrimonial*, a fim de evitar, por vias transversas, a invasão da proteção constitucional, uma vez que a ordem, a princípio, poderia a vir a resguardar direito meramente patrimonial. Em tais circunstâncias, a prisão civil deve ser rechaçada, pois não se pretende uma interpretação sinuosa ao arripio da Constituição.

A interpretação que se pretende é que reforça a normatividade constitucional em todas as suas esferas, pois como bem assinalou Marinoni, não se pode “ver na norma constitucional que proíbe a prisão civil por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais do homem”⁸⁴.

Assim, as decisões tutelares dos direitos fundamentais sociais, em que pese o excelente remédio contra a omissão administrativa inconstitucional, não podem ser marcadas por um voluntarismo atécnico que pode acabar por suprimir outras garantias relevantes e, o que é mais lamentável, desnecessariamente, já que a observância de regras processuais dentro de uma perspectiva formal ou tradicional do processo (ao contrário do que se tende a pensar) tende a reforçar a justiciabilidade dos direitos sociais, para além de resguardar a participação processual equânime das partes antagônicas.

É por esta razão que temos nos empenhado em fazer a defesa de um Direito Processual Constitucionalmente adequado.

⁸³ Este ponto decorre da constatação de que, não raro, o agente que foi judicialmente responsabilizado pelo cumprimento da decisão não tem condições de adimpli-la isoladamente e nem autoridade para fazer com que outros agentes competentes cumpram a ordem que não lhes foi dirigida.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 233.

9. Justiciabilidade dos direitos sociais e poder discricionário: o pedido alternativo como instrumento de equilíbrio entre Político e Jurídico

A discricionariedade é conceituada como margem de liberdade conferida ao administrador para eleger, dentro dos parâmetros estabelecidos normativamente, uma entre duas ou mais soluções possíveis⁸⁵.

Bandeira de Mello acentua ainda que não se deve recair no equívoco de pensar os atos administrativos como “vinculados” e “discricionários”, pois esta simplificação da linguagem tem por conseqüência despertar “a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma e de outra destas *supostas* categorias antagônicas”⁸⁶. E isto porque a liberdade conferida pelo poder discricionário é, em verdade, uma liberdade-vínculo, pois a liberdade se sujeita não só às normas específicas a cada situação, como também “a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo”⁸⁷.

Assim, entre o agir e o não agir, somente haveria discricionariedade caso fosse possível “escolher entre atuar ou não”; caso não fosse possível esta livre escolha entre atuação e inércia, a atuação seria vinculada⁸⁸.

Tudo isto, ainda, deve ser entendido ressaltando-se que “tal liberdade é *sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável pelo Judiciário*.”

Logo, devem-se destacar dois aspectos: o primeiro é o fato de que se a Constituição impõe um dever de atuação concreto à Administração, seja diretamente, seja por via de mediação legislativa, não há discricionariedade quanto ao seu cumprimento ou não, sendo inadmissíveis omissões inconstitucionais, que se submetem ao controle jurisdicional sem que se possa falar em invasão da discricionariedade administrativa.

O segundo diz respeito ao fato de que controle jurisdicional das omissões inconstitucionais da Administração, em especial quando lhe ordena que faça ou preste algo, ao determinar o algo a fazer ou prestar, estaria imiscuindo-se na esfera discricionária do Estado, não em relação ao fazer em si, sobre o qual, como se viu, não paira discricionariedade, mas sim em relação à *escolha das diferentes soluções possíveis* pelas quais aquele fazer poderia ser levado a cabo, de forma a satisfazer a determinação normativa. É este segundo aspecto que se passa a estudar.

⁸⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 2006, p. 926; Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno, 2006, p. 109; Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 2001, p. 196.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 938.

⁸⁷ Medauar, *op. cit.*, p. 111.

⁸⁸ Di Pietro, *op. cit.*, p. 198.

Para tanto, tome-se como exemplo o dever do Estado de promover e incentivar a educação para todos, nos termos do art. 205 da Constituição. Imagine-se que em uma determinada comunidade pesqueira distante dos demais povoados, algumas dezenas de crianças não tenham o direito à educação respeitado, por falta de escola e de transporte escolar. Caso a associação de moradores ou o Ministério Público promovesse ação inibitória coletiva, visando a que a Administração adimplisse o dever de promover a educação, na sua forma específica, a ordem judicial que determinasse a atuação administrativa não findaria suprimindo a livre e legítima margem de escolha do Administrador quanto à solução mais conveniente e oportuna para o interesse geral?

Parece-nos que a resposta a esta questão tem sido dada na ausência de reflexão sobre um Direito Processual Constitucionalmente adequado. Embora parte da doutrina entenda que tal situação implicaria uma supressão da discricionariedade administrativa e uma substituição ilegítima do Político pelo Jurídico, não é correta esta presunção.

O controle jurisdicional não afasta a possibilidade de que a Administração *exerça seu poder discricionário*. Na verdade, ***o exercício da discricionariedade deve ser processualmente oportunizado***.

Como se viu, o poder discricionário não se confunde com arbitrariedade. Antes, ele implica uma margem de liberdade, uma faculdade de escolha dentro dos parâmetros juridicamente estabelecidos, não sendo permitida à Administração a omissão inconstitucional ou a opção entre cumprir ou não a norma constitucional que estabelece o dever concreto de agir.

Porém, *a Administração detém o poder de escolher*, a partir dos critérios de conveniência e oportunidade – critérios eminentemente políticos (mesmo quando tecnicamente orientados) –, *qual a melhor solução* dentre as opções compatíveis com os parâmetros estabelecidos pelas normas específicas que ditam o preceito social a ser adimplido, bem como com a principiologia que informa os atos administrativos, nisto residindo o mérito administrativo.

Ora, se o poder discricionário é um poder de decisão do modo como a Administração deverá adimplir seu dever, então, *também na seara processual*, à Administração compete esta escolha, o que está assegurado no art. 288 do CPC⁸⁹, que prevê a hipótese de ser possível o cumprimento da obrigação por mais de um meio, cabendo a escolha quanto ao modo do adimplemento à Administração-ré.

⁸⁹ Art. 288. O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.

Uma vez que a escolha quanto à forma pela qual se deve cumprir a prestação, pela própria natureza jurídica da obrigação, pertence ao réu, a relação processual deve atender tal especificidade. Assim, mesmo que a ação tenha sido proposta sem observância da prerrogativa do réu, o cujo parágrafo único do art. 288 assegura que “quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo”.

Ora, o *poder discricionário* que tem a Administração quanto à escolha da melhor solução para cumprimento da imposição constitucional *converte-se*, em nível processual, em um *pedido alternativo*, pois “não seria lícito a uma parte, unilateralmente, arrogar-se o *jus eligendi* pertencente à outra”⁹⁰.

Embora a doutrina reconheça a relação entre pedido alternativo e obrigações alternativas, previstas nos art. 252 e seguintes do Código Civil, bem se vê que o texto processual não se limita a esta hipótese, sendo cabível a faculdade de que trata o art. 288 do CPC em situações jurídicas mais amplas do que as relativas às obrigações alternativas, desde que presente o requisito de recair a escolha sobre o devedor da prestação, por força da lei ou do contrato.

No caso em tela, a escolha do modo como deve ser adimplida a prestação de direito social compete à Administração, em razão do seu poder discricionário atribuído por lei.

Em sendo assim, na ação que visa ao cumprimento da prestação social específica, a escolha da solução conveniente e oportuna, quando mais de uma houver (e quase sempre será o caso), compete à Administração demandada, e não ao demandante ou ao juiz. Por outro lado, a aplicação do referido dispositivo em ação coletiva não encontra qualquer empecilho, uma vez que o art. 19 da LACP autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não forem contrárias as disposições.

Isto significa que no exemplo citado acima, constatando-se a omissão inconstitucional, a ordem judicial que impusesse o *praestare* constitucional não poderia suprimir a oportunidade processual da demandada de manifestar sua decisão sobre qual a melhor solução para o caso concreto.

Ou seja: à Administração competiria expressar, no exemplo antes dado, se a melhor solução seria a construção de uma escola e a contratação de professores ou a garantia de vagas em instituição de ensino de localidade vizinha e contratação de transporte escolar que conduzisse os estudantes até o estabelecimento educacional.

⁹⁰ José Carlos Barbosa Moreira, O Novo Processo Civil Brasileiro, 2004, p. 12.

Disto resulta que a peça inicial da ação inibitória deve conter um pedido alternativo que contenha as possíveis soluções a serem adotadas pela Administração pública para adimplemento do dever específico, resultando também que a demandada não fique vinculada às alternativas elencadas no pedido. O juiz, portanto, deve assegurar que a ré tenha a oportunidade processual de escolher a via pela qual pretende cumprir o dever.

Esta perspectiva processual coaduna-se com a tese de Robert Alexy de que é irrelevante a forma jurídica pela qual a prestação fática positiva é adimplida, desde que seja satisfeito o interesse contemplado pela norma⁹¹.

Se o autor, porém, não se ativer ao disposto no art. 288 do CPC, não haverá determinação de emenda ou de indeferimento da inicial. Em face do seu parágrafo único, o juiz corrigirá de ofício a falha do autor, determinando no mandado citatório que o réu, querendo, determine o modo como pretende adimplir. E, na hipótese de não ser o juiz vigilante a respeito da prerrogativa do réu, cabe ao réu dizer o modo como pretende adimplir, a despeito da omissão.

Algumas peculiaridades devem ser observadas, entretanto. Usualmente, a doutrina entende que o pedido alternativo cuja escolha compita ao réu enseja duas oportunidades distintas de escolha, sendo a primeira na contestação e a segunda na execução, nos termos do art. 571 do CPC, dispondo que “quando a escolha couber ao devedor, este será citado para exercer a opção e realizar a prestação dentro em 10 dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei, no contrato ou na sentença”, devolvendo-se a escolha ao autor caso a ré não a exercite no prazo assinalado, conforme dispõe o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo. Como o pedido é de tutela específica, porém, a execução não se dá nos termos do Livro II (Processo de Execução) do diploma processual, realizando-se a mesma, como se viu, no próprio processo de conhecimento, nos termos do art. 461.

Parece correto concluir que a Administração, ré na ação inibitória que objetiva o cumprimento de prestação social específica, independentemente da forma como foi elaborado o pedido, *tem a oportunidade de manifestar na própria contestação o modo pelo qual*

⁹¹ Além disso, os direitos a ações positivas podem ser divididos em dois grupos: direitos a ação positiva *fática* e direito a ação positiva *normativa*. O critério de delimitação de ambos reside na *relevância da forma jurídica* com que se realiza a ação que satisfaz um direito a ação positiva. Em sendo normativa a prestação devida, a forma é relevante para a consideração do adimplemento; em sendo *fática*, ela é *irrelevante*. Isto significa ser indiferente a forma como se leva a cabo a realização do direito, desde que com ela seja *satisfeito o interesse* protegido (por exemplo, ao necessitado sejam dadas condições mínimas de existência, etc.) Delimitadas as duas esferas, chama-se o direito a ação positiva fática de *direito a prestação em sentido estrito* e o direito a ação positiva normativa de *direito a prestação em sentido amplo*. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1997, p. 194 ss.

pretende cumprir o dever, em vista de competir-lhe a escolha por força da lei, que lhe confere poder discricionário.

Se não desejar manifestar desde logo sua opção, pode reservar o uso desta faculdade para o momento do cumprimento da prestação, caso seja vencida na ação. Nesta segunda hipótese, o juiz deverá, em analogia ao que dispõe o art. 571 do CPC, assinalar prazo para que a demandada exerça sua opção no momento em que ordenar o cumprimento do dever específico, *inclusive no caso de concessão antecipada da tutela*, cientificando à parte que o não exercício da oportunidade no prazo determinado acarretará a escolha por parte da autora da ação, pois como explica Cássio Scarpinella Bueno⁹², é no momento do pagamento que “a forma específica da prestação da obrigação alternativa define-se”.

Assim, à Administração impõe-se aproveitar a oportunidade processual a ser assegurada pelo juiz. Não se lhe pode obrigar a realizar a escolha, pois esta é apenas uma oportunidade processual que se lhe oferece. Logo, caso a Administração, ré na ação inibitória, não manifeste sua opção nem na contestação nem no momento do cumprimento do dever, no prazo assinalado pelo juiz, perde sua oportunidade de fazê-lo, que passa a ser do autor do processo.

Naturalmente, o mesmo se aplica caso a Administração-ré valer-se da sua prerrogativa para apresentar alternativa que *não represente o adimplemento do dever*. Nesta hipótese, o réu desperdiça a oportunidade dada pelo processo; não devendo se abrir nova oportunidade, a fim de impedir que esta importante prerrogativa processual seja mote de agir procrastinatório, independentemente da índole subjetiva do réu, que não deve ser considerada.

Imaginem-se as ações propostas contra o Estado para que providencie leitos para pacientes que se encontram acomodados em corredores de hospitais lotados e sem vagas. Não raro tem o Poder Judiciário ordenado providências ou condenado ao custeio de internação de paciente pobre em unidade de UTI de hospital particular⁹³.

Nos moldes de ação inibitória proposta, o réu será citado para adimplemento do dever ante sua omissão inconstitucional concreta, determinando, no prazo da contestação, a forma como pretende adimplir, ciente de que, em caso de omissão ou de eleição de via inadequada, o pedido, a princípio alternativo, converter-se-á em pedido determinado para custeio de leito hospitalar particular, exemplificativamente.

Numa hipótese como a acima citada, muito provavelmente o juiz deverá conceder tutela antecipada, a fim de assegurar o direito à vida do paciente. Neste caso, poderá o juiz

⁹² Cássio Scarpinella Bueno, *op. cit.*, p. 892.

⁹³ TJPE, AgReg141254-6/01, Rel. Des. Ricardo Paes Barreto.

determinar desde logo o objeto da prestação antecipada, postergando-se o direito de escolha do réu, sem suprimi-lo.

Porém, retomando-se a proposta de hierarquização da tutela coletiva sobre a individual, o juiz também deverá cientificar o Ministério Público do problema para que verifique se se apresenta lide de natureza transindividual, nos termos do art. 7º da LACP.

A partir da *opinio actio* positiva do Órgão Ministerial, será proposta ação inibitória coletiva para que o Estado supra a omissão inconstitucional com pedido alternativo.

Aliás, na lide coletiva é que ganha maior relevo a prerrogativa de escolha pela Administração.

Tendo em vista que a ação inibitória tem caráter preventivo quanto à ocorrência ou continuação de um ilícito, tomando-se o mesmo exemplo da ausência de leitos em hospitais públicos, o ilícito consiste na omissão abusiva e inconstitucional por parte do Estado, versando a ação inibitória coletiva no pedido para que a Administração *supra a omissão da forma como entender adequada*, uma vez que a escolha quanto ao modo de adimplemento integra esfera de sua discricionariedade.

Quanto ao fundamento do pedido da ação, é bom que se traga a julgamento o maior número de subsídios para verificar se a proposta de adimplemento é ou não adequada a atender o objeto pleiteado. No exemplo com o qual trabalhamos, deve-se demonstrar qual é a demanda não atendida de leitos hospitalares por dia em uma região específica, se se absorve demanda de outras regiões, quais as especialidades clínicas objeto da demanda, etc., a fim de permitir critérios objetivos de aferição do adimplemento da obrigação.

Assim, caberá à Administração dizer se pretende construir, reformar ou ampliar hospital, e em qual região, ou se pretende descentralizar serviços de internação hospitalar ou ainda criar, ampliar ou otimizar serviço de transporte de ambulância, etc.

Em matéria de adimplemento de direitos sociais nada obsta, *e é mesmo recomendável*, que a Administração apresente um plano para o cumprimento da obrigação pleiteada, nele *discriminando metas e prazos a serem cumpridos e demonstrados em juízo*, sob pena das medidas de coerção do art. 461 do CPC.

Enfim, na perspectiva do Direito Processual Constitucionalmente adequado, o poder discricionário administrativo deve ser observado e assegurado processualmente. Com isto garante-se que nem dele se utilize como escusa para inadimplemento dos seus deveres concretamente estabelecidos diante da ordem constitucional de cunho social, criando a falsa

aparência de legitimidade das omissões abusivas e inconstitucionais, nem tampouco que se despreze a discricionariedade administrativa, onde ela legitimamente deve ser exercida.

Mais uma vez, a técnica processual permite contribuir para o desejado equilíbrio entre o Político e o Jurídico, minimizando os riscos de que um ou outro sejam desconsiderados.