

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON GARCIA DA COSTA

JUVÊNIO BORGES SILVA

CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Clilton Guimarães dos Santos, Ilton Garcia Da Costa, Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-184-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O convite para juntos coordenarmos o Grupo de Trabalho, muito nos honrou, especialmente considerando o momento que o País atravessa, ainda mais, por ser este evento em Brasília, o centro do poder da União e num momento político de certa forma conturbada.

As desigualdades presentes no Brasil, apontam para o necessário caminho da redução destas distancias entre os extremos, em especial com a melhoria de condições sociais dos menos favorecidos para que a sociedade como um todo consiga seguir os ditames expresso na Constituição Federal. Esta é uma luta que não se acaba, na verdade deve ser uma constante na vida de cada um e da sociedade como um todo.

O grupo de trabalho teve brilhantes apresentações, todas em consonância com à temática central do evento, cada artigo ao ser apresentado despertava nos demais pesquisadores a vontade de ali mesmo aprofundar ainda mais as discussões sobre o que artigo aborda, no entanto o tempo não permitia alongamentos naquele momento. Isto gerou sinergia entre o grupo e possibilitou que pesquisadores do Brasil inteiro se atualizassem com o que os outros pesquisadores estão trabalhando.

Desta forma, para estruturar e facilitar a leitura, ordenamos aos trabalhos em três grandes eixos conforme abaixo.

No inicio concentramos principalmente os temas ligados a politica da saúde, são os trabalhos seguintes: O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO MERCOSUL, A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS DECORRENTES DO EXCESSIVO ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL, UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FUNDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988., JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O INDIVIDUAL VS. O COLETIVO, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A PERSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL EM TEMPOS DE CRISE e por fim neste bloco o artigo A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESTE MISTER.

Na parte central concentramos os artigos: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA DO BRASIL, NOVOS MODELOS DE AUTONOMIA E DESCENTRALIZAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. VULNERABILIDADE SOCIAL X DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PARA SOCIOEDUCANDOS EM CONFLITO COM A LEI PENAL, A INVISIBILIDADE DA PESSOA NEGRA NA PÓS-GRADUAÇÃO BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CRÍTICA DE AXEL HONNETH, POLÍTICAS CULTURAIS: A AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A MINIMIZAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL. e por ultimo o artigo SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEI DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS.

Já no terceiro e ultimo bloco temos: OS DIREITOS SOCIAIS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA EM PERSPECTIVA COMPARADA (UNIÃO EUROPEIA-BRASIL), O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS SOCIAIS VOLTADAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM FATOR LIMITADOR DA COGNIÇÃO JUDICIAL?, O POLICY CYCLE PARA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, A ATUALIDADE DA TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL: EFETIVIDADE DA CIDADANIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL, A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, A POLÍTICA INTERSETORIAL DE ATENDIMENTO INTEGRAL À INFÂNCIA EM DUQUE DE CAXIAS/RJ, POLÍTICAS PÚBLICAS: COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA e finalmente o artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: FENÔMENO QUE CONCRETIZA O DIREITO HUMANO SOCIAL À PRESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Temos a certeza que todos os artigos permitem leitura agradável porem profunda sobre os assuntos tratados no decorrer de cada texto.

Convidamos a todos os estudiosos dos temas abordados a leitura, pois é nossa percepção que contribuirá para o debates, em especial no viés dos Direitos Sociais.

Os Coordenadores

Ilton Garcia da Costa – Prof. Dr. – UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Juvêncio Borges Silva – Prof. Dr. – Universidade de Ribeirão Preto

Clilton Guimarães do Santos – Prof. Dr. – Centro Universitário FIEO

**O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS SOCIAIS VOLTADAS AO
CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM FATOR LIMITADOR
DA COGNIÇÃO JUDICIAL?**

**THE PRINCIPLE OF DEMAND IN COLLECTIVE ACTIONS TO SOCIAL
CONTROL JUDICIAL OF PUBLIC POLICY - A FACTOR LIMITING THE
JUDICIAL COGNITION?**

Marcos Antonio Tavares Martins

Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar a importância das ações coletivas voltadas ao atendimento dos direitos sociais e fundamentais, exteriorizados, no mais das vezes, por políticas públicas, e o reflexo disto no campo processual, ou seja, se é possível flexibilizar a interpretação de um determinado primado instrumental, expressamente previsto no Código de Processo Civil, considerando a natureza e a singularidade que norteiam os direitos envolvidos nestas demandas judiciais.

Palavras-chave: Políticas públicas, Ações coletivas, Princípio da demanda, Cognição judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article has the object to analyze the importance of collective actions directed upon satisfying the social and fundamental rights and procedural of this field, in this way, it is possible to relax the interpretation of a particular rule instrumental expressly provided for in Code of Civil Procedure, considering the nature and uniqueness that guide the rights involved in these lawsuits.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policies, Collective actions, Principle of demand, Cognition court

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu primados e dispositivos voltados à satisfação de direitos sociais. A origem destes direitos remonta o século XX, e apareceram, como lembra Maria Paula Dallari Bucci (2006, p.6), nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, e no Brasil, com a Constituição de 1934.

Os direitos sociais são, consoante a lição de Maria Paula Dallari Bucci, direitos-meios, isto é, sua finalidade é garantir que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Da mesma maneira, os direitos sociais de terceira geração têm por finalidade assegurar os de segunda geração e, assim, sucessivamente.

O contexto atual é de inegável socialização do direito, notadamente do direito privado, e, neste cenário, não é possível ovildar, como lembra Renato Almeida Franco (2005, p. 227), que da socialização do direito material, com vistas à defesa de pessoas vulneráveis de formal geral, decorrem limites à liberdade contratual e da autonomia da vontade.

Tal aspecto reflete diretamente no direito processual que não deve caminhar em sentido oposto. Isso permite novas leituras do direito processual e seus primados, a fim de melhor adequá-los aos comandos constitucionais impostos pela Constituição Federal de 1988, em especial, no que diz respeito a judicialização de políticas públicas.

O direito processual civil, como instrumento de efetivação de direitos, não pode negar a ampliação dos direitos sociais e, para tanto, sofrer as devidas interpretações para o fim de atender as demandas da cidadania.

Disto decorre a intenção do presente trabalho: avaliar o princípio da demanda nas ações coletivas nas quais se discute políticas públicas, sua interpretação – sendo tais ações instrumentos que visam à plenitude dos direitos sociais – e se, neste cenário, aludido primado afigura-se ou não como um fator limitador nas ações coletivas.

2. CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA E SEU NÚCLEO CONSTITUCIONAL

É inegável que as políticas públicas têm relações com a política e ação do Poder Público e, como lembra Maria Paula Dallari Bucci (2006, p.1), seu campo de interesse tem sido tratado até hoje, na Ciência do Direito, no âmbito da Teoria do Estado, do direito constitucional, do direito administrativo ou do direito financeiro. A mencionada autora

assevera, ainda, que o fenômeno do direito, especialmente do direito público, é inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica política.

Maria Paula Dallari Bucci afirma que: “Não obstante, definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinariedade.”

De fato, as políticas públicas devem ser avaliadas sob tal prisma, uma vez reconhecida a importância dos direitos sociais como forma, também, de concretização dos direitos humanos.

Feita esta consideração, cumpre retomar a lição de Maria Paula Dallari Bucci que assim formula o conceito de políticas públicas:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Ao decompor o conceito proposto, a indicada autora extrai os elementos de estruturação das políticas públicas: ação-coordenação, processo e programa.

Merece destaque, ainda sobre o conceito, o tratado por Osvaldo Canella Junior (2011, p. 147), que de maneira objetiva delimitou a constituição de políticas públicas: “Constituem políticas públicas todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais.”

Com efeito, comungamos da opinião acima, considerando que, a nosso ver, toda atuação administrativa e legislativa voltadas ao atendimento dos direitos fundamentais sociais caracterizam políticas públicas.

Nesta toada, Osvaldo Canella Junior (2011, p. 148) ensina que:

É função precípua do Poder Legislativo e do Poder Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Por tal razão, gozam essas formas de expressão do poder estatal de ampla liberdade discricionária, mesmo porque são grandes as variáveis lógicas para a irradiação dos direitos fundamentais sociais. Estas variáveis, entretanto, devem sempre observar os parâmetros dos núcleos de irradiação.

Ora, se os núcleos de irradiação são os direitos fundamentais sociais e que cabe aos poderes legislativo e executivo dar efetividade a tais direitos, todo ato administrativo ou lei editada para tanto se inserem nas políticas públicas. Assim, conforme demonstrado, seu conceito pode ser construído objetivamente a partir de tal parâmetro.

João Pedro Schmidt (2008, p. 2311/2312) trata o conceito de política pública da seguinte maneira:

O conceito de política pública remete para a esfera do público e seus problemas. Ou seja, diz respeito ao plano das questões coletivas, da *polis*. O público distingue-se do privado, do particular, do indivíduo e de sua intimidade. Por outro lado, o público distingue-se do estatal: o público é uma dimensão mais ampla, que se desdobra em estatal e não-estatal. O Estado está voltado (deve estar) inteiramente ao que é público, mas há igualmente instâncias e organizações da sociedade que possuem finalidades públicas expressas, às quais cabe a denominação de públicas não estatais. O termo política pública é utilizado com significados algo distintos, com uma abrangência maior ou menor: ora indica um campo de atividade, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou resultados obtidos por um programa (FERNÁNDEZ, 2006).

Há variadas definições de políticas públicas. No principal, as definições convergem, como se percebe nas abaixo indicadas, que são usuais na literatura, conforme Souza (2006), Dagnino (2002), Fernández (2006), Parsons (1995).

- Linn: uma política é um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos.

- Peters: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos.

- Lasswell: decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.

- Hecló: uma política é o curso de uma ação ou inação (não-ação), mais do que ações ou decisões específicas.

- Dye: política pública é tudo aquilo que os governos decidem fazer ou não fazer.

(...)

Uma formulação atualizada e que mostra a relevância das políticas para orientar a ação do governo e da sociedade consta em documento do Ministério da Saúde (2006, p. 9):

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades.

Se o público é uma dimensão mais ampla das questões coletivas como sustenta João Pedro Schmidt, que difere-se em estatal e não estatal, uma vez que existem instituições privadas voltadas ao cumprimento do interesse público ou atendimento de políticas coletivas,

todas as ações destes organismos com fim social e/ou coletivo podem caracterizar uma política pública ou parte delas.

3. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Não é o objetivo principal deste estudo analisar pontualmente sobre a possibilidade de submeter uma política pública ao controle jurisdicional. A par disto, é necessário, antes do enfretamento do tema principal, tratar, brevemente, sobre tal aspecto.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, XXXV que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com base em tal dispositivo, outra não poderia ser a conclusão de que as políticas públicas podem ser submetidas ao controle judicial.

Ao comentar o aludido dispositivo, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 81), asseveram:

O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais. É a seguinte a redação do inc. XXXV do art. 5º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sobre o alcance da tutela judicial nas políticas públicas Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 31) esclarece:

A proposição constitucional centra-se na proteção a direito, sendo esse o elemento de conexão a considerar. O judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressam direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.

Nesse sentido, os modos de acionar o controle judicial das políticas públicas são vários. Alguns desses mais “compreensíveis” ou adequados à atuação do Poder Judiciário e outros menos.

As ações coletivas, como mecanismo de processamento de demandas coletivas e massificadas, a partir das class actions norte-americanas, são o meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas.

Não obstante a respeitável posição acima, somos da opinião que a cognição judicial das políticas públicas pode tratar questões que extrapolam os direitos sistematizados em políticas públicas.

Isto porque, nada obsta que os juízos acerca da qualidade ou da adequação dos caminhos administrativos do governo em sede de políticas públicas se sujeitem, se necessário, ao controle judicial.

Quanto à atribuição do Poder Judiciário no controle de políticas públicas Osvaldo Canella Junior (2011, p. 148) assevera que:

O Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelo demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas.

Ademais, a avaliação das políticas públicas pelo Poder Judiciário deve ocorrer a partir da sua adequação dos meios aos fins, como sustenta o autor acima, o Judiciário deve corrigi-las quando inadequadas ou omissas quanto ao fim a que se destinam, no caso de omissão ou de contrariedade com os seus núcleos constitucionais de irradiação.

Sob tal aspecto, fica patente que o controle judicial de políticas públicas é mais amplo, pois o Judiciário, ao tratar da efetivação dos direitos sociais, deve pronunciar-se da maneira mais eficaz e plena possível, notadamente, nos processos de índole coletiva.

4. PRINCÍPIO DA DEMANDA

Nelson Juliano Schaefer Martins (2004, p. 186), ao tratar sobre os princípios dispositivo e da demanda, assevera que os poderes jurisdicionais do juiz encontram limitações nestes primados previstos no Código de Processo Civil.

Mencionado autor conceitua os dois princípios:

O princípio dispositivo corresponde ao respeito ao patrimônio jurídico dos indivíduos e tem como consequência “a limitação objetiva da sentença ao pedido como foi formulado”. Não é permitido ao juiz, no exercício de seus poderes jurisdicionais, a prolação de decisão de *extra* ou *ultra petita*.

O princípio da demanda diz respeito à impossibilidade de o juiz examinar a controvérsia sem provocação da parte e o princípio dispositivo consiste na proibição de o julgador agir e decidir por sua própria iniciativa nos autos do processo.

(...)

O princípio dispositivo diz respeito aos poderes das partes “em relação a uma causa determinada posta sob julgamento”. O princípio da demanda “refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional”. O princípio dispositivo estabelece os limites para o juiz no cumprimento de sua função jurisdicional ou seja na condução daquela causa específica e na busca e produção material probatório correspondente. O princípio da demanda “baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes”.

O princípio da demanda limita o juiz aos pedidos formulados pelas partes. O princípio dispositivo limita o juiz no que se refere às iniciativas das partes “quanto ao modo de condução da causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide”.

O princípio da demanda preserva a vontade e a “soberania das partes na determinação das ações sobre as quais pretendem litigar”, enquanto que o princípio dispositivo “define e limita o poder de iniciativa do juiz em relação a *essas causas* efetivamente ajuizadas pelas partes”.

Da lição acima, verifica-se que tais primados têm próxima relação, além de transparecer a idéia que o princípio da demanda é corolário do princípio dispositivo. Entretanto, como adverte Renato Franco de Almeida (2005, p. 5), o que hoje é denominado princípio da demanda, no passado vislumbrou-se como princípio dispositivo.

Outrossim, Renato Franco de Almeida ao esclarecer a questão, invoca o ensinamento de Celso Agrícola Barbi: “Entendeu-se, durante muito tempo, que essa regra era uma

consequência do princípio dispositivo, mas estudos mais modernos demonstram que não há identidade entre aquele princípio e o da demanda, ou da iniciativa da parte.”

Assim, tais primados têm definição autônoma e assim podem ser entendidos. Nada obstante haver uma diferenciação conceitual, ao passo que é possível identificar pontos de convergência entre eles, sem perder de vista, ainda, que parte da doutrina reconhece a identidade entre eles, tais princípios, indiscutivelmente, estabelecem parâmetros na atuação do juiz.

Feitos tais esclarecimentos, antes da análise sobre a incidência do princípio da demanda nas ações coletivas do estado social, é pertinente verificar a visão atual da doutrina sobre os poderes instrutórios do juiz à luz do princípio dispositivo.

Com efeito, Maria Elizabeth de Castro Lopes (2006, p. 117) escreve sobre o aludido princípio, e assim conclui:

Diante disso, podemos resumir nossa posição aos seguintes pontos: a) o princípio dispositivo não foi abolido de nosso processo civil e continua em vigor, ainda que com nova roupagem, da mesma forma que ocorre em outros países como Itália, Espanha e Portugal; b) a concessão de poderes instrutórios ao juiz não o converte em investigador ou pesquisador de provas, porque seu papel no processo não é esse. E a atual estrutura do Poder Judiciário torna fantasiosa a proposta de conceder ao juiz essa função; c) a utilização ilimitada e indiscriminada do poder de iniciativa probatória pode comprometer a imparcialidade e o equilíbrio do juiz em virtude de seu envolvimento psicológico no conflito de interesses; d) não se deve confundir, porém, o poder de iniciativa probatória, que deve ser moderado e equilibrado, com o poder de direção do processo e acompanhamento da produção das provas requeridas pelas partes, que ficam reservados com exclusividade ao juiz; e) o juiz não deve exercer função assistencial ou paternalista, uma vez que o processo tem fins próprios que não se confundem com os das entidades filantrópicas ou de benemerências; f) mais importante do que a opção entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitório é a conscientização de que a atividade probatória deve ser regida pelo princípio da colaboração entre as partes e o juiz, uma vez que o processo não pertence nem àquelas, nem a este.

Noutra banda, Renato Franco de Almeida (2005, p. 6/7) assevera sobre as consequências do princípio da demanda: o juiz não pode instaurar um processo por iniciativa própria; e que deve decidir nos limites exatos daquilo que foi pedido, ou seja, sua atuação fica limitada ao apresentado em juízo pelas partes.

Se diante do fato de que o princípio dispositivo comporta certa mitigação a fim de atender o interesse público que permeia o processo, é certo, a nosso sentir, que o primado da demanda pode sofrer a mesma interpretação.

Outrossim, é premissa, e não se pode negar tal aspecto, que a atividade jurisdicional precisa, para funcionar, da iniciativa da parte que busca, como ressalta Osvaldo Canella Junior (2011, p. 150), a satisfação de um bem da vida.

Não se sustenta aqui que o juiz não tenha limitações na sua atuação ou que atue sem a devida provocação, mas sim que os primados do dispositivo e da demanda sofram uma nova leitura com a finalidade de permitir que o processo, antes de ser visto apenas como um instrumento colocado ao interesse somente das partes, cumpra, nas ações de massa sociais, o atendimento ao interesse público.

Se nas demandas individuais tal ótica é de difícil visualização, nas ações coletivas – nas quais se leva a apreciação judicial questões sociais – a atuação do juiz pode e deve ser mais ampla uma vez que, nesta hipótese, o resultado do processo alcança, no mais das vezes como resultado direto, o interesse da sociedade.

A abrangência da tutela social e coletiva e a repercussão dos feitos judiciais nos quais se discute questões desta natureza, justificam uma nova visão dos limites impostos pelos primados da demanda e do dispositivo na atuação do juiz, especialmente em relação ao primeiro – objeto do presente estudo. Augusto Mario Morello (1998, p. 66), ao tratar sobre o princípio dispositivo, ensina:

Desarrollos, evolución y corrimientos que operan como *límites* al principio dispositivo, que há de hacer concesiones a las nuevas dimensiones de la tutela: social, pública, constitucional y transnacional, que nos coloca en la última etapa, la de la transmutación del proceso individual y recepción de otros: el colectivo (consumidores, class actions).

A nosso ver, a perspectiva é de incremento dos poderes do juiz a fim de que o processo cumpra seu papel de dar efetividade aos direitos e buscar o equilíbrio entre a posição das partes. Pertinente é a lição de Adroaldo Furtado Fabrício (1993, p. 30):

Esse exemplo deveras ilustrativo sem dúvida traduz e demonstra com clareza a inclinação do processo civil moderno, com respeito aos contenciosos de massa. A tendência é no sentido de depressão do princípio dispositivo e incremento dos poderes do juiz na condução do processo. E assim é que efetivamente deve ser. Como ponderou Galeno Lacerda em um de seus lapidares escritos, visto que processo é instrumento, essa instrumentalidade implica indispensável versatilidade. A caneta é instrumento adequado para escrever sobre papel, mas de todo imprestável para gravar em bronze. Assim também o processo civil tradicional, de feição acentuadamente dispositivista, onde o juiz pouco mais tem a fazer do que valer respeito às regras do jogo, pode ainda nos conturbados tempos que nos tocaram ter sua utilidade como instrumento de superação dos

litígios *inter partes*, versando sobre matéria eminentemente obrigacional e onde não se insinue qualquer fator de desequilíbrio. Mas nenhuma utilidade terá na solução dos confrontos emanados de relações jurídicas onde a própria garantia constitucional do contraditório só pode encontrar guarida efetiva se a balança for previamente expurgada do contrapeso ou tara que vêm originalmente viciada. Como diuturnamente advertem processualistas contemporâneos, entre cujas vozes sobressai a de Mauro Cappelletti, o que se pretende alcançar já não é só contraditório “formal”, no sentido de mera e pouco mais do que aparente oportunidade para a manifestação de uma e outra parte, mas o “contraditório substancial”, efetivo, único apto a assegurar a verdadeira igualdade em Juízo. Ora, se isso é certo quando afirmado em termos gerais, tanto mais verdadeiro será quanto se trate de conflitos que, por sua natureza mesma ou pela posição das partes relativamente considerada, tendem espontaneamente a colocar um dos confrontantes em posição mais favorecida. Tem-se igualmente sublinhado, e também a esse propósito merece menção o ilustre Jurista italiano, que a marca mais visível das relações jurídicas presentes no dia-a-dia da vida moderna é a multilateralidade ou plurissubjetividade. Para tanto delas, não é demasia repetir, a visão tradicional do processo civil eminentemente é inadequada.

Com efeito, é salutar que o processo civil sofra uma leitura moderna e mais adequada aos contenciosos de massa, pois o juiz deve ter maiores poderes de atuação para solucionar tais conflitos.

5. O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS

Quando se trata de postulação de direito sociais a perspectiva é a de que a providência judicial ocorra por intermédio de ações coletivas objetivando, como salienta Osvaldo Canella Junior (2011, p. 152), a máxima eficiência social do provimento jurisdicional, nada obstante o fato de que tais direitos podem ser tratados individualmente.

A importância dos direitos sociais em detrimento do individual e do público justifica a atuação do juiz nas ações coletivas de forma que ele possa investigar os fatos e decidir além dos exatos limites daquilo que foi apresentado e pedido pelas partes.

Como ressalta Renato Franco de Almeida (2005, p. 8), atualmente somente poderão incidir os limites impostos pelo primado da demanda na seara das ações individuais, e mesmo assim, se se tratar, na finalidade destas, da proteção de interesses ou direitos da mesma espécie – individuais e disponíveis.

Mencionado autor com propriedade justifica sua posição:

Isto porque, ao limitar o campo de conhecimento do juiz àquilo que efetivamente foi trazido ao processo pelas partes, a Lei Processual (Código

de Processo Civil (LGL 1973/5)), como de resto, as do mundo ocidental, deverá ser interpretada de modo que somente seja aplicada, no particular, aos casos de proteção de direitos individuais, ou seja, direitos que, além de ter como titular um indivíduo, somente a este interesse o exercício da função jurisdicional.

Ao revés, tratando-se de demandas coletivas lato sensu, onde o interesse objeto do conflito toca à sociedade, como um todo indivisível, a um grupo determinável ou determinado de pessoas de forma indivisível ou a interesses divisíveis que pela relevância social interessa a boa parte da sociedade, o juiz não poderá ficar limitado a partes do conflito, notadamente aquelas trazidas a juízo.

E prossegue:

Destarte, o espectro de conhecimento judicial em sede de ações coletivas deverá ser ilimitado, tendo por escopo o domínio intelectual de todos os aspectos envolvidos na demanda, mormente aqueles deduzidos da causa não expostos pelas partes, à símile do que ocorre nos países da *família socialista*.

Nesta seara, concordamos com o apontamento lançado por Osvaldo Canella Junior (2011, p. 155) de que tanto o pedido como o provimento jurisdicional a ser produzido nas ações coletivas sociais estão dotados de uma necessária plasticidade.

Ressalta o indicado autor:

Recomenda-se, portanto, que se admita a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida inicialmente proposto no pedido, a fim de que a criatividade possa resultar na melhor solução para o problema. Há que se permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo porque a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada.

Sobre o tema, cumpre invocar o pensamento de Paulo Henrique dos Santos Lucon, Daniela Monteiro Gabbay, Rafael Francisco Alves e Tathyana de Andrade (2006, p. 189), também citados por Osvaldo Canella Junior:

Se o bem coletivo é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido. Seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feita pelo autor. Equivaleria, em última instância, a ratificar um ato contrário à própria lei. Restringir a interpretação do pedido significa, neste sentido, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo a ser tutelado.

Com efeito, cabe ao magistrado investigar toda a cadeia lógico-consequencial de meios e fins no processo coletivo, o que torna a cognição das políticas públicas no plano vertical plena e exauriente, conforme a opinião de Osvaldo Canella Junior (2011, p. 158).

Destarte, se as ações coletivas têm importância social inquestionável, uma vez que toca toda a sociedade, o magistrado pode, ao investigar toda a cadeia de meios e fins na demanda, estabelecer uma necessária plasticidade no pedido e na sentença.

Nestes casos, o critério, como sustenta Osvaldo Canella Junior (2011, p. 154), será o da criatividade para a redução e a supressão da desigualdade social. Daí, afirma, decorre a enorme plasticidade que se confere ao pedido e ao provimento jurisdicional.

Sendo assim, a importância social do objeto discutido judicialmente afasta aqueles limites estabelecidos, numa ótica processual clássica, pelo primado da demanda, uma vez que o juiz poderá ultrapassar aquilo que somente interessa as partes.

Renato Franco de Almeida (2005, p. 9) trata especificamente sobre tal aspecto e afirma:

Via de consequência, a importância social do objeto litigioso trazido a juízo deverá suplantar o poder das partes de discutirem tão-somente o que lhes interessa, visto que, em razão de tal importância, a *res in iudicium deducta* extrapola os limites de propriedade dos contendores, espraiando-se por toda a sociedade, impondo-se, dessarte, o privilegiamento do interesse social na demanda em detrimento aos interesses egoísticos dos sujeitos da relação jurídica processual, tendo tal raciocínio por corolário a possibilidade dada ao juiz de prolatar decisões cujo alcance fique além do controvertido pelas partes, ou seja, o julgamento ultra petita.

Sob a ótica constitucional, a atuação judicial residual e corretiva em políticas públicas encontra fundamento na irradiação dos direitos fundamentais sociais, aqui já salientados, expressamente previstos na Constituição Federal de 1998, conforme sustenta Osvaldo Canella Junior (2011, p. 153):

O pedido deve permitir ao Poder Judiciário, de forma residual e corretiva, promover a completa irradiação dos direitos fundamentais sociais, de tal sorte que o veículo para a obtenção do bem da vida esteja concretamente à disposição de todos os componentes da sociedade.

Do exposto, a conclusão mais adequada ao caso é que o primado da demanda, nas ações coletivas sociais, deve ser mitigado de maneira que o juiz, ao proferir sua decisão, tenha maior liberdade para solucionar o problema de desigualdade ou omissão relacionado com os direitos fundamentais sociais.

O âmbito de cognição judicial das políticas públicas será mais amplo do que os relacionados as demais questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário, uma vez que, nestas hipóteses, a adequação das políticas públicas ao interesse social tem núcleo constitucional, ou, como dito, irradiam da Constituição Federal.

Cumpra analisar se é possível classificar tais ações de maneira diferenciada das demais e, a partir daí, estabelecer uma releitura de um comando processual, como proposto acima, a ponto de permitir que a manifestação judicial possa melhor ajustar o direito em discussão ao interesse coletivo envolvido.

Nesta toada, convém mencionar o trabalho de Jefferson Carús Guedes (2006, p. 137) que identificou a ampliação da tendência socializante do processo e seu alcance a outras áreas do direito material e do direito processual. No aludido artigo, o autor propõe uma nova forma de classificação dos ramos processuais não-penais, dentre eles, o direito processual coletivo como técnica de acesso ao direito processual social.

Ao tratar sobre o processo para a defesa dos interesses públicos, entendo que aqui se enquadra as ações coletivas sociais nas quais se discute política pública, assinala o autor:

Como dito, o processo civil serve de instrumento ao exercício da jurisdição civil em toda a sua extensão, seja para defesa do patrimônio do Estado, seja para defesa de interesses gerais, neles incluídos o ramo constitucional, o administrativo, o tributário etc. Contudo, tem-se nesse ramo do direito processual uma postura diferenciada para aplicação das regras processuais; orienta-se por princípios influenciados pelo direito público e a atuação das partes e do juiz sofre influência da natureza dos direitos litigados.

Com efeito, é justamente a aplicação de uma postura diferenciada das regras processuais nas ações aqui delimitadas que se pretende propor neste trabalho. De todo o contexto, parece-nos possível que, nestas circunstâncias, a atuação das partes e do juiz deve, sob a influência do interesse público, sofrer impacto haja vista a natureza do direito litigado.

Tudo isso não importa afirmar que o Poder Judiciário atuará sem qualquer limite. Nestes casos, o juiz deverá estabelecer soluções efetivas, proporcionais, adequadas e eficientes ao caso concreto.

Assim, mesmo que se admita a mitigação do princípio da demanda, a análise judicial deve observar o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, ensina Osvaldo Canella Junior (2011, p. 162/167):

Se o Poder Judiciário está autorizado a examinar os meios utilizados e os fins a serem alcançados pelas demais formas de expressão do poder estatal no desenvolvimento de políticas públicas, não poderá estabelecer soluções iníquas, desproporcionais ou desarrazoadas para o caso concreto.

(...)

Pode-se afirmar, por conseguinte, que o princípio da proporcionalidade é o instrumento adequado para garantir, no processo de índole coletiva, a consecução dos valores supremos da humanidade, traduzidos na fórmula “direitos fundamentais”. Mais do que princípio de grandeza constitucional, o princípio da proporcionalidade é o veículo processual de precipitação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais. Por seu intermédio, o Poder Judiciário vence os desafios que lhe foram propostos nesta quadra histórica, dando vazão plena ao instrumentalismo substancial, na medida em que erige o processo a instrumento de realização da igualdade substancial.

Nesta linha, Osvaldo Canella Junior propõe idéia da qual nos filiamos, que o princípio da proporcionalidade figure como instrumento processual ético de efetivação dos direitos fundamentais e como limite racional da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

6. CONCLUSÃO

Ao tratar sobre o conceito e a natureza das políticas públicas, fica evidente que as ações coletivas, em que se discute questões sociais fundamentais, devem ser tratadas de maneira diferenciada no aspecto instrumental, a fim de permitir ao Poder Judiciário que efetivamente determine o cumprimento dos comandos constitucionais relacionados à matéria.

Incontroverso que o primado da demanda decorre de dispositivo expresso na legislação vigente e deve ser observado, de maneira geral, nas ações submetidas ao judiciário.

Ocorre que, determinadas demandas precisam de um tratamento diferenciado de forma que ao juiz seja possível exarar sua posição atendendo os direitos que interessam a toda coletividade.

Neste sentido, é que se propõe que, a depender da natureza do direito em discussão, no caso direitos sociais em ações coletivas voltadas a correção e efetivação de políticas públicas, os poderes do juiz sejam mais amplos e, ao julgar tais ações, satisfaça os direitos fundamentais sociais e os entregue de maneira mais efetiva e plena possível à coletividade que os reclama.

Ou seja, a relevância social do direito social em discussão, leva o judiciário a conhecer totalmente o conflito e superar, ao menos em uma parcela destes casos, o mero interesse das partes. É por tal razão que se sustenta uma “plasticidade” da sentença nestes casos.

De tudo isso aflora que os poderes do juiz podem extrapolar os limites estabelecidos pelo princípio da demanda, devendo o magistrado, se o caso, ir além do pedido pelas partes de maneira que seu comando corrija ou efetive uma política pública voltada à sociedade.

De outra forma, o princípio da proporcionalidade será o instrumento limitador da intervenção judicial no controle de políticas públicas, como critério de equilíbrio geral do sistema, evitando-se, desse modo, que a atuação do juiz seja ilimitada, a ponto de não se sujeitar ao controle jurídico das questões processuais impostas pelo ordenamento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco. **Princípio da demanda nas ações coletivas do estado social de direito**. Revista dos Tribunais Online, vol. 52, jul/2005, DRT\2005\928.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. Orgs. Maria Paula Dallari Bucci.

CANELLA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 117.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz**, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7. p. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GUEDES, Jefferson Carus. **Direito processual social no Brasil: primeiras linhas**. Revista dos Tribunais on line, 2006. v. 42.

Lucon, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathiana Chaves de. **Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência)**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

MORELLO, Augusto Mario. **Constitución y proceso: La nueva edad de las garantías jurisdiccionales**. La Plata: Platense, 1998.

SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética. 2004.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. Direitos sociais e políticas públicas**. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. (Org.) Jorge Renato reis; Rogério Gesta Leal.