

Judiciário, políticas públicas e contraditório real



Ricardo Geraldo Rezende Silveira

Juiz Federal. Professor do IDP/SP. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma breve explanação sobre a questão da judicialização dos direitos relacionados à atividade estatal no âmbito da concretização de direitos sociais e as falhas das práticas processuais cotidianas no que pertence ao amplo, real e efetivo contraditório. Obviamente, não existe a pretensão de esgotar o assunto em suas mais variadas possibilidades, nem aprofundar todos os temas de modo indistinto. O que se busca é pontuar algumas peculiares questões ligadas à cognição judicial em matérias complexas cuja competência natural é do Poder Executivo. A partir da análise de um ponto processual específico dos casos envolvendo políticas públicas, foi abordado um caso prático em que a ausência do contraditório e a formação irregular da relação processual provocam resultados equivocados quando considerados no espectro de uma cognição mais abrangente.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário. Políticas públicas. Contraditório. Legitimidade. Litisconsórcio e ampliação da cognição.

ABSTRACT: This paper seeks to provide a brief explanation on the issue of the justiciability of rights related to state activity within the realization of social rights and failures of everyday procedural practice in respect to the broad, real and effective contradictory. Obviously, there is no claim to exhaust the subject in its various possibilities, or investigate all the issues in a similar way. What is sought is to score some specific issues related to judicial cognition in complex materials whose natural environment is the executive branch. From the analysis of a specific procedural point of cases involving public policy, we pointed out a case where the absence of contradictory and irregular formation of the procedural relationship leads to misleading results when considered in a broader spectrum cognition.

KEYWORDS: Judiciary. Public policy. Contradictory. Legitimacy. Co-defendant and expansion of cognition.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações sobre o tema. 3. Os reais contornos da lide e o litisconsórcio necessário. 4. Análise da jurisprudência. 5. A situação dos indivíduos num ambiente de recursos escassos. 6. Consequências processuais da formação e da não formação do litisconsórcio. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A questão da judicialização dos direitos sociais decorre, inexoravelmente, da previsão de tais direitos nas Constituições mais modernas e nas leis. Isso parece de certo modo óbvio e previsível. Com fundamento em ditames legais de variadas cargas normativas, o Judiciário passou a se imiscuir em questões anteriormente reservadas ao Executivo, intocáveis ao argumento, outrora quase sagrado, da separação dos poderes.

As concepções de um Estado Social deram origem aos chamados direitos de segunda geração presentes nas Declarações de Direitos Humanos e, posteriormente, nas Constituições dos Estados. Merecem uma menção especial, apenas a título de curiosidade, as primeiras Cartas a tratar do tema como a Constituição Russa, a Constituição Mexicana (a primeira a trazer em seu texto, verdadeiramente, direitos sociais) e a Constituição de Weimar, na Alemanha.

Diante da positivação dos direitos, seja em disposições de maior ou menor densidade jurídico-normativa, conferiu-se ao Judiciário o ferramental necessário para que o mesmo atuasse no sentido da concretização dessas disposições. O que começou de forma tímida avançou abruptamente tomando contornos preocupantes, tanto em relação à independência e harmonia dos poderes, quanto na

dinâmica e eficiência do gasto público.¹

Fora de dúvida, no entanto, que a concretização dos direitos e garantias fundamentais tende a caminhar para frente e que o Judiciário exerce papel crucial na estrutura atual dessas garantias. Como todo avanço importante, de tempos em tempos, é necessário um freio de arrumação e disto tratar-se-á na sequência.

2. Considerações sobre o tema

A existência de direitos sociais, muitas vezes indisponíveis, nas leis e na própria Constituição impele o Judiciário a se posicionar dada a notória carência em termos de efetivação de tais direitos no Brasil. Tal conjuntura deixa transparecer – no âmbito da sistemática processual utilizada – uma convivência, nem sempre harmônica, dos institutos mais modernos das ações transindividuais e

¹ Sobre o tema, colhe-se a passagem da obra do Professor of Law Frank Sander de Harvard: “Not only has there been a waning of traditional dispute resolution mechanisms, but with the complexity of modern society, many new potential sources of controversy have emerged as a result of the immense growth of government at all levels, and the rising expectations that have been creation”. Tradução livre: “Não só houve uma diminuição dos mecanismos tradicionais de resolução de disputas, mas com a complexidade da sociedade moderna, emergiram numerosas novas fontes potenciais de controvérsia como resultado do imenso crescimento do governo em todos os níveis e das crescentes expectativas que foram criadas”. SANDER, Frank. Varieties of dispute resolution. In: *The Pound Conference: perspectives on Justice in the future*. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1979, p. 68.

do tratamento coletivizado das questões com os tradicionais cânones das demandas individuais ordinárias.²

Nas questões relacionadas a políticas públicas, a superioridade do sistema coletivo é pronunciada em diversos aspectos.

O primeiro deles é decorrente da própria concepção de política pública. De certo, em regra, não se faz política pública para indivíduos e sim para determinada coletividade. As políticas de Estado e os serviços públicos se propõem a gerar efeitos amplos e alcançar benefícios para todo o conjunto social. Ao se individualizar uma ação do Estado pelo meio judicial perde-se a referência da totalidade da ação que deveria ter como objeto todos os interessados/necessitados.

Outra “vantagem” – propositalmente entre aspas – da sistemática coletiva diz respeito à necessidade de escolhas difíceis realizadas pelo administrador, as chamadas escolhas trágicas,³ que segundo o STF, “nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.”⁴ Na demanda individual, a questão dos recursos não se coloca. Aparentemente, os recursos financeiros em tais decisões existem ou devem existir, não se perscruta se são escassos, em que seriam alocadas tais provisões, que despesa deixará de ser realizada para o cumprimento da de-

cisão individual. Nesse aspecto, a decisão é muito mais simples, não dialógica, embora seja igualmente difícil e, muitas vezes, trágica.

O contraditório efetivo, questão central do presente debate, também resta fortalecido no tratamento coletivo das políticas públicas e na prestação jurisdicional relacionada a direitos sociais. Contraditório pode ser entendido como ciência das questões e oportunidade de manifestação e de se contrapor concretamente, buscando fazer valer uma posição jurídica de vantagem.

A pergunta que se coloca é de quem? A quem deve dar-se ciência do processo e quem deve ter oportunidade de se manifestar? Na demanda coletiva, a representação da parte perante o Estado, sendo adequada, amplia consideravelmente o espectro do contraditório, pois a cognição é mais ampla e os interesses envolvidos mais dispersos, portanto, a possibilidade de se ampliar os horizontes da decisão judicial é claramente maior.

No direito processual americano, a cláusula (*procedural due process*) significa o dever de propiciar-se ao litigante: a) a comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar as provas que foram utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.⁵

Parece bastante ampla a conceituação e devidamente resguardado o princípio nas alíneas citadas, porém o aludido é pouco em relação ao conteúdo material do preceito. Quem são os litigantes? A questão tratada

2 Acerca da diferenciação, que de toda forma interessa ao texto, vide: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Segundo Teori Zavascki, a tutela coletiva divide-se em tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, sendo essa última uma opção política de tratamento das questões individuais, visando dar efetividade e racionalizar o exercício da jurisdição.

3 Sobre o tema, vide: CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

4 STF, Pleno, STA 175 AgR/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010.

5 JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

se resume a eles? Seus interesses individuais permitem chegar ao Judiciário todas as informações necessárias à exata compreensão da controvérsia? Aquela lide se relaciona com outras e merece decisão uniforme? Todas essas questões levam a concluir que o contraditório é incompleto nas demandas individuais concernentes ao reconhecimento e concretização de direitos sociais. Não formalmente incompleto, mas materialmente restrito, desfocado ou exageradamente focado em apenas um ponto da questão.

3. Os reais contornos da lide e o litisconsórcio necessário

Nessa perspectiva, a sujeição das partes a um contraditório amplo e aberto configura-se fundamental em termos de políticas públicas judicializadas. A abordagem, a partir desse ponto, no entanto, passa a se dar sobre institutos mais comezinhos do processo civil clássico, notadamente em relação à regularidade das demandas individuais e a completa integração do contraditório no polo passivo das mesmas.

Linhas atrás, concluiu-se pela inequívoca superioridade de uma demanda coletiva em relação à sistemática de demandas individuais e que boa parte dos problemas ligados ao contraditório estaria razoavelmente solucionada na presença de representantes adequados das partes interessadas.⁶

A questão que se coloca, contudo, é a da proliferação de ações individuais acerca de matérias relacionadas a políticas públicas. Tais ações são uma realidade hodierna no Judiciário brasileiro e, graças a argumentos utilizados de forma rasa como o do direito de ação, inafastabilidade do controle jurisdicional, garantia aos direitos fundamentais, etc., tal estado de coisas não parece que irá se

alterar em espaço curto de tempo.⁷

As situações relacionadas a políticas públicas em que se resguardam direitos sociais são notoriamente mais complexas do que pressupõem as vagas análises judiciais comumente presentes em processos individuais sobre o tema. A cognição deveria alcançar outros campos ligados à administração, à política pública como um todo e às reais possibilidades de cumprimento das medidas.

Um exemplo claro disso é a conhecida questão da falta de vagas em creches e pré-escolas para crianças em idade própria que ocorre em muitos municípios do Brasil. Após anos de discussão e alterações no próprio texto constitucional, restou consagrado de forma absolutamente clara no artigo 7º, XXV e no inciso IV do artigo 208 a garantia de “educação infantil, em creches e pré-escolas, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. Trata-se de um direito expresso, definido em todos os seus matizes e fundamental, componente do núcleo intangível da Constituição Federal.

Passemos, então, a um exemplo do tratamento judicial da questão das vagas em creches em termos de contraditório efetivo. De acordo com a política atual adotada no município de São Paulo⁸ e em diversas outras cidades do Brasil, a prefeitura disponibiliza aos interessados/necessitados o cadastramento em uma “lista de espera” que é obedecida e

6 Abordando o tema sobre outros aspectos, vide: SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 121, p. 38-50, mar. 2005.

7 Segundo Zuckerman, a efetividade da tutela não pode ser aferida unicamente à luz do caso concreto: “é preciso que sejam também adequadas às possibilidades do Poder Judiciário e ao contexto que envolve o julgador. Certamente alcançaríamos um resultado mais justo e consequentemente mais democrático em uma postura que privilegiasse a melhor distribuição do tempo de atividade jurisdicional, enquanto ônus para o Estado e a quantidade ou volume de direito material tutelado em cada processo, enquanto benefício para as partes e para a coletividade.” ZUCKERMAN, Adrian. A reform of civil procedure – rationing procedure rather than access to justice. *Jornal of Law and Society*, v. 22, 1995, p. 7.

8 Endereço eletrônico do portal da Prefeitura Municipal para inscrições nas vagas futuras de creches: <<http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Main/Page/PortalSMESP/Solicitacao-de-Vagas>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

segue contemplando os primeiros lugares da fila com as vagas que surgirem, reconhecendo o direito a tal prestação e a inexistência de condições materiais atuais de cumprir imediatamente o preceito constitucional.

Nesse caso, há uma fila pública – uma ordem de espera – e, desse modo, um sistema que prestigia a prioridade no cadastramento ante a atual conjuntura de escassez. À medida que as vagas vão surgindo, os primeiros lugares vão sendo contemplados. Paralelamente, seguem as políticas de ampliação da disponibilidade de vagas.

Duas situações comuns nas quais o Judiciário é chamado a intervir são a pretensão pela abertura de mais vagas na rede pública e



a imediata matrícula de determinada criança.

A primeira demanda, mormente veiculada por meio de ação coletiva, embora com alguns atropelos em certos casos, não causa maiores dúvidas e é desejável como meio de concretizar as promessas constitucionais. Nesses casos, a pretensão veiculada é a de construção de creches e abertura de novas vagas, numa visão mais alargada, atacando a deficiência da política pública como um todo. Ocorrem, por vezes, situações de tratamento não razoável da demanda, notadamente em relação aos prazos para a licitação e oferecimento dessas novas vagas, todavia não são essas questões relevantes nesse momento.

O ponto a ser tratado remete às inúmeras ações individuais em que a pretensão trazida na inicial é a de matrícula imediata da criança em uma das creches mantidas pela municipalidade. Nesse caso, não é difícil observar que por detrás do pedido existe uma intenção escamoteada que é a de não respeitar a ordem estabelecida pela administração.

Diante dessa situação, talvez um esforço válido esteja em trabalhar com institutos do processo individual que se encontram mal utilizados. A superioridade do tratamento coletivo e a inadequação do tratamento de políticas públicas globais em demandas judiciais individuais já seriam argumentos suficientes, no entanto, têm pouca penetração na doutrina e na jurisprudência mais tradicional e comumente conservadora. Nesse passo, fundamentos mais próximos do Processo Civil clássico costumam surtir melhores efeitos e fazer avançar o tratamento da matéria. Um deles é a presença do litisconsórcio necessário.

O Código de Processo Civil de 1973 previa o litisconsórcio necessário no artigo 47, que assim dispunha:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de

todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

A disposição no novo Código de Processo Civil encontra-se aprimorada, contando agora com as seguintes proposições:

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I – nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II – ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.

No que diz respeito à questão das vagas, não se afigura possível, pelo menos não sem um atropelo brutal do princípio do contraditório, determinar uma matrícula em creche sem que sejam ouvidos os que aguardam há mais tempo e, em tese, possuem um direito anterior àquela vaga que está sendo pleiteada. A sentença que defere a matrícula imediata, naturalmente, condena o primeiro da fila a aguardar mais um pouco, até que surja uma segunda vaga.

Daniel Mitidiero em um artigo que trata da impugnação às nomeações de candidatos aprovados em concurso público por candidatos mais bem classificados e não nomeados, citando um precedente da 5ª Turma do STJ, refere ter o julgado reconhecido a obrigato-

riedade da formação de um litisconsórcio que adviria da eficácia direta da sentença e a “invasão da esfera jurídica” dos terceiros.⁹ É disso especificamente que se trata, ou seja, da decisão judicial que invade a esfera jurídica de direitos daqueles que não costumam ser integrados no contraditório.

Existem, no caso, relações jurídicas de direito material distintas a serem observadas na formação da relação de direito processual. Não há dúvidas acerca da existência de uma relação de direito público dos interessados com a administração, que tem o dever de lhes fornecer as vagas pretendidas, mas também é possível se verificar uma relação jurídica entre os próprios interessados, qual seja, uma relação de prioridade, constituída a partir da precedência na inscrição e na natural constatação de que não é possível adimplir o direito constitucional vindicado da noite para o dia.

A partir dessa constatação, parece claro que, sabedor que é da existência de uma ordem de prioridade e das relações jurídicas citadas, cabe ao juiz integrar na lide todos os interessados, sob pena de prolação de uma sentença parcial, ineficaz em relação àqueles que não integraram o contraditório.

As questões de fato não demandam maiores indagações: o direito à vaga encontra-se reconhecido a todas as crianças na idade própria, de forma expressa pelo texto da Constituição, e não há resistência jurídica a tal pretensão, residindo a dificuldade apenas na situação material da administração de cumprir a determinação constitucional senão em prazo considerável de tempo.

Assim, a declaração de que a pretensão da parte individual é procedente e que a mesma conta efetivamente com o direito pos-

9 MITIDIERO, Daniel F. Impugnação às nomeações de candidatos aprovados em concurso público por candidatos mais bem classificados e não nomeados: litisconsórcio passivo necessário, assistência “litisconsorcial” ou assistência? In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176-181.

tulado não leva à conclusão de que deve ser imediatamente matriculada em uma creche da rede pública, posto que existe uma conhecida limitação material e uma prioridade de outras crianças com o mesmo direito reconhecido, seja por decisão judicial, seja pela expressa disposição do texto constitucional. A decisão judicial individual não tem o condão de superar a força normativa da Carta Constitucional conferindo mais valia a um direito reconhecido a todos.

Nesse caso, a condenação à matrícula imediata pressupõe o afastamento da lista de prioridade, o que, a nosso sentir, não pode ser legitimamente feito sem a citação ou a integração efetiva no contraditório de todos os interessados, no caso, aqueles que precedem a parte autora na ordem de prioridade.

Não havendo vagas para todos e sendo notório que a espera pela vaga pode causar prejuízo aos interessados, não haveria outra solução senão concluir que a citação de todos os que antecedem a parte na fila de matrícula para a formação de litisconsórcio passivo necessário é obrigatória, pois o deslinde da causa pode acarretar interferência direta na sua esfera jurídica, conforme decidiu o colendo STJ em caso similar na decisão citada por Daniel Mitidiero, acima mencionada.¹⁰

4. Análise da jurisprudência

Não se pode argumentar que haja mera expectativa de direito daqueles que aguardam na fila a abertura da vaga, pois uma vez que ela existe, esses já possuiriam um direito público subjetivo a ocupá-la. Sendo a primeira da fila e cumprindo todos os requisitos para usufruir da prestação, não resta dúvida de que a criança preterida, por seu representante, deveria figurar como litisconsorte passiva necessária em ação judicial cuja sentença, necessariamente, irá prejudicá-la.

Também parece não ser o caso de assistência simples ou litisconsorcial, visto que, embora se atinja a esfera jurídica dos terceiros em face da ligação das situações no plano do direito material, a eficácia da sentença não é reflexa e sim direta, posto que o objeto controvertido, em última análise, não é uma vaga, mas a próxima vaga a surgir. Desse modo, a condenação da municipalidade não é apenas autorizando que o autor ocupe a vaga, mas desautorizando que o primeiro da fila, pelos critérios estabelecidos de forma universal, ocupe essa mesma vaga. Implicitamente, o juízo afasta os critérios gerais estabelecidos em detrimento de um ou mais interessados.

A própria configuração do litisconsorte necessário-unitário é que evidencia a situação acima narrada como enquadrável. Com base na doutrina italiana, Dinamarco expôs as razões que conduzem à necessidade do litisconsórcio:

- a) individualização do *petitum* formulado;
- b) individualização dos limites subjetivos e objetivos do provimento do pedido;
- c) determinação dos sujeitos que devem participar do processo a fim de que tais efeitos possam efetivar-se.¹¹

Destarte, conforme já afirmado, quem demanda judicialmente a condenação da municipalidade a fornecer, de imediato, uma vaga em estabelecimento educacional pretende, obviamente, que lhe seja atribuída a primeira que surgir e, em consequência do acolhimento do pedido, ser colocada no primeiro lugar da fila, fazendo com que outros inscritos passem a ocupar classificação inferior. Se pretendesse observar a ordem estabelecida, não teria interesse processual na demanda proposta.

Na jurisprudência, valiosas contribuições podem ser colhidas dos julgados do STF

¹⁰ STJ, Quinta Turma, RMS 17.075/MG, Relator Ministro Félix Fischer, j. 15/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 351.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142.

acerca da obrigação de formação do litisconsórcio:

Segundo o ex-ministro Francisco Rezek:

O litisconsórcio necessário, a conta da natureza da relação jurídica, tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo.¹²

Na mesma linha, Cordeiro Guerra apontava com base no artigo 47 do antigo Código de Processo Civil que:

(...) Se o ato impugnado conferiu direito subjetivo em favor de terceiro, este há de ser citado para integrar a lide, como parte passiva, pois a decisão a ser proferida diz diretamente com sua situação jurídica, e assim, não é lícito impedir participe o terceiro do devido processo legal, omitindo seu chamamento a juízo, a fim de se defender.¹³

Um paralelo jurisprudencial interessante diz respeito à necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com os outros candidatos do concurso público impugnado. No âmbito do STJ, como apresentado linhas atrás, já se identificou, ante à própria natureza da relação jurídica, que o eventual reconhecimento da tese deduzida na impetração iria atingir diretamente a esfera jurídica dos demais candidatos aprovados, alterando-lhes a classificação, razão pela qual era mesmo de se determinar a sua integração ao processo, nos termos do artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse caso, verificou-se a obrigatoriedade do litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos classificados em ordem antecedente à do recorrente, pela possibilidade

de alteração na ordem de classificação.¹⁴ A natureza da relação jurídica na questão aqui colocada pode ser considerada ainda mais clara, posto que a controvérsia gira sobre uma vaga específica, caso esteja disponível, e sobre qual o melhor direito dentre os que a postulam.

Parece adequado admitir que, ajuizada ação apenas contra o Estado ou município para a imediata disponibilização da vaga, como ordinariamente acontece, deve o juiz, com esteio nos artigos 284 e 47 do antigo Código de Processo Civil (arts. 114 e 115 do atual), determinar que seu autor emende ou complemente a inicial, no sentido requerer a citação daqueles que serão efetivamente prejudicados com o acolhimento do pedido, sob pena de acarretar prejuízo jurídico a outrem sem, sequer, conceder-lhe o direito de exercer o pleno contraditório.

Ainda que não se pressuponha estritamente técnica tal solução, considerando tratar-se de efeitos reflexos da decisão pretendida, o que ensejaria apenas a possibilidade de assistência, o conhecimento geral da lista de prioridades e o conteúdo publicístico das relações recomendam prudência ao magistrado. Ainda que esse não repute adequada a formação do litisconsórcio passivo, caberia ao mesmo, em respeito ao pleno contraditório e ao princípio da confiança que rege as relações dos particulares com a administração, oportunizar a assistência mediante a intimação dos interessados, diretamente ou por meio da Defensoria Pública.

12 STF, Segunda Turma, RE 100.411/RJ, Relator Ministro Francisco Rezek, j. 04/09/1984, DJ 26/10/1984.

13 STF, Segunda Turma, RE 91.246/BA, Relator Ministro Cordeiro Guerra, j. 03/11/1981, DJ 18/12/1981.

14 Nesse sentido STJ: Sexta Turma, RMS 27.777/PI, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/03/2012, DJe 02/04/2012; Segunda Turma, RMS 24.080/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 19/06/2007, DJ 29/06/2007; Quinta Turma, REsp 208.373/CE, Relator Ministro Felix Fischer, j. 28/04/2004, DJ 14/06/2004: "Sempre que os efeitos da sentença atingem os candidatos já aprovados, alterando-lhes notas e ordem de classificação, devem todos eles integrar a lide na condição de litisconsortes necessários, em aplicação ao comando do art. 47 do CPC, sob pena de nulidade do processo a partir de sua origem."



5. A situação dos indivíduos num ambiente de recursos escassos

A ideia a ser trabalhada é a da maximização dos resultados em ambientes em que os recursos são escassos, ou seja, quando não há bens ou facilidades em quantidade suficiente para que toda a demanda seja atendida, o trabalho deve ser no sentido de se distribuir da melhor forma os existentes.

No que tange a esse aspecto, vale destacar um preceito em economia denominado princípio da eficiência de Pareto ou do “ótimo de Pareto”, conforme mais conhecido pelos economistas. Esse princípio é utilizado por John Rawls como parâmetro para uma análise da sua teoria de justiça e teria plena aplicabilidade nas considerações tecidas acerca do caso em análise.

Segundo referido princípio – Rawls prefere o termo eficiência – uma configuração é eficiente sempre que é impossível mudá-la de modo a fazer com que algumas pessoas (pelo menos uma) melhorem a sua situação sem que, ao mesmo tempo, outras pessoas (pelo menos uma) piorem as suas. Um exemplo econômico é o da distribuição de um estoque de mercadorias que é considerado eficiente se não existe redistribuição dessas mercadorias que melhore a situação de pelo menos um

desses indivíduos sem que o outro fique em desvantagem.¹⁵

Essa seria a situação das creches numa visão conformada e paralisada de um Judiciário que analisa apenas as demandas individuais. Não havendo novas vagas a serem criadas, a atuação jurisdicional limita-se a prover o direito daqueles que, com alguma informação e condição social, batem à porta da Justiça reclamando o direito constitucionalmente assegurado. A configuração, portanto, não seria eficiente, pois impossível mudá-la de modo a fazer com que pelo menos uma pessoa melhore a sua situação (quem fura a fila) sem que, ao mesmo tempo, outras pessoas (quem se encontra na fila) piorem as suas.

Ao Judiciário não caberia reconhecer e referendar a situação de ineficiência ou agir de modo a piorar a situação de uns privilegiando outros. A intervenção esperada é no sentido de promover e prover o direito a todos, sem exceções, distribuindo de forma justa e equitativa os bens escassos existentes.

De outro lado e sob perspectiva distinta, uma intervenção salutar decorreria da análise pelo Judiciário em demandas coletivas ou por meio de um processo estrutural da situação da política pública como um todo. Sindicar a atividade do Poder Público em tema tão relevante poderia propiciar um real incremento do direito material tutelado, ou seja, efetiva criação de novas vagas nas creches da cidade e não apenas a redistribuição iníqua das já existentes.

A professora Ada Pellegrini Grinover no texto “Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil”, menciona um caso específico de julgamento de ação coletiva sobre o assunto das creches

15 Sobre a utilização do princípio do “ótimo de Pareto” por Rawls vide: THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 26, n. 3, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922011000300007&script=sci_arttext#back1>. Acesso em: 31 maio 2016.

no município de São Paulo. Na apelação nº 0150735-64-2008-8.26002, julgada em dezembro de 2013, o Tribunal de Justiça de São Paulo, após audiências públicas e outras providências, reformou a sentença determinando a criação de vagas de forma escalonada. Apesar de não adentrar em questões fundamentais como licitação, orçamento, planejamento, etc., ao que consta, o simples fato de tratar-se de uma demanda coletiva vem produzindo resultados bastante satisfatórios, com o cumprimento parcial do julgado e a abertura de milhares de vagas.¹⁶

Em ambientes de recursos escassos, não pode o Poder Judiciário funcionar como mais um fator a acentuar a gritante desigualdade social que assola o país.

6. Consequências processuais da formação e da não formação do litisconsórcio

A questão da nulidade ou da ineficácia não apresenta grande relevância prática. A ineficácia em relação a todos aqueles que estariam em posição anterior na fila de prioridade por uma vaga nas creches anula os efeitos da sentença, pois coloca o autor como titular do direito apenas no momento do surgimento da vaga respectiva à sua posição na fila, pretensão que é reconhecida pela administração, inexistindo lide e, portanto, interesse processual.

A não integração do contraditório, outrossim, viola os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla

defesa. No caso, não se trata efetivamente de litisconsórcio necessário por disposição de lei, mas pela natureza da relação jurídica. A existência de uma ordem de prioridade, que se repete em inúmeros casos veiculando políticas públicas (tratamentos de saúde, obras sanitárias, cortes de árvores, etc.), configura uma clara relação jurídica entre os mesmos interessados e desse conjunto com a administração. Tal implica numa fusão dessas relações criando uma conjuntura híbrida, derivada de uma relação complexa, que deve ser exaustivamente examinada pelo Poder Judiciário quando questionada, sendo isso inviável sem um contraditório amplo e efetivo que englobe todos os envolvidos.

Entendo que a sentença em questão seria nula por direta violação ao princípio do contraditório, porém, a ineficácia da mesma em relação aos demais interessados com prioridade, apesar de menos técnica, produz efeitos semelhantes.

Numa outra linha, embora os limites estreitos do presente estudo não recomendem um maior aprofundamento, pode-se pensar em um representante adequado desses interessados no respeito à ordem de prioridade estabelecida ou um representante da “fila”.

O STJ entende que o comparecimento espontâneo do litisconsorte passivo necessário supre a ausência de citação, em consagração ao princípio da instrumentalidade das formas, que busca o aproveitamento do ato processual que, não obstante contenha vício formal, é apto a atingir sua finalidade e desde que não cause prejuízo às partes.¹⁷ Assim, diante da dificuldade da formação de um litisconsórcio multitudinário, poderiam os interessados com prioridade ser representados por um legitimado adequado no processo, visando defender sua posição e a impossibilidade de sua sujeição à determinação emanada de um processo individual. A participação da Defensoria Pública e do Ministério Público

16 O acórdão condenava o município a: “1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada (...)”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 650.

17 Nesse sentido: STJ, Primeira Turma, REsp 968.400/ES, Relator Ministro Luiz Fux, j. 13/04/2010, DJe 03/05/2010.

como representantes da “fila” poderia manter hígida a relação processual.

7. Conclusão

As ideias acerca da superioridade do processo coletivo em diversos temas relacionados a determinadas espécies de direitos materiais encontram-se absolutamente consolidadas, embora venham perdendo espaço no nosso cotidiano político-institucional. Exemplos dessa constatação estão estampados no veto ao artigo 333 do novo Código de Processo Civil e na decisão de rejeitar o Projeto de Lei nº 5.139/2009. As pregações sobre esse tema atualmente têm eco apenas nos convertidos e as novas iniciativas se deparam com ambiente bastante hostil.

Nessa linha é que, a nosso sentir, uma opção interessante é tratar do tema no campo das disposições processuais relacionadas ao processo individual, tirando da zona de conforto o julgador ao colocar em xeque alguns postulados liberais básicos, ou seja, numa metáfora futebolística talvez não muito apropriada, “jogar melhor no campo do adversário”.

A análise da utilização adequada de institutos clássicos como contraditório e litisconsórcio busca convencer o aplicador do Direito que o mesmo fere uma norma processual e conduz um processo nulo *ab initio*, ainda que este não comungue dos pensamentos expostos sobre a inadequação das demandas individuais nos casos em apreço.

À luz da correta caracterização da relação jurídica de direito material, da explanação dos interesses legítimos em debate, da constatação da posição jurídica dos envolvidos e da precisa diferenciação entre expectativa de direito e direito público subjetivo é que se buscou ordenar o processo que tem como tema a condenação do Estado a fornecer, de imediato, uma vaga a determinada criança em uma creche pública.

O paralelo com a base jurisprudencial que trata da judicialização de concursos pú-

blicos reforça a tese defendida, na medida em que os tribunais superiores já deixaram clara a ideia de direito adquirido daqueles que são aprovados dentro das vagas em um concurso público e a necessidade do litisconsórcio quando determinado candidato é preterido na vaga que iria ocupar.

A vinculação da administração ao edital conforme estabelecido no RE 598.099/MS, julgado em regime de repercussão geral pelo STF, que garante a nomeação dos candidatos aprovados em concurso dentro do número de vagas, traz a ideia de um princípio de confiança dos administrados em relação aos atos da administração, além de um claro prestígio ao princípio da publicidade. Paralelamente, os critérios para ser inscrito e a ordem da fila para se ocupar as vagas nas creches funciona como um edital que regulamenta a já mencionada relação jurídica entre os interessados e sua publicidade a legítima.¹⁸

Por fim, um último argumento, seria o acesso à Justiça e suas barreiras já muito bem estabelecidas por Garth e Cappelletti, decorrentes da falta de condições materiais e de informação para que o cidadão possa ajuizar uma ação judicial.¹⁹ Em condições adequadas, todos teriam acesso efetivo ao Judiciário e, em última análise, todos contariam com uma decisão que lhe garantisse a matrícula em uma creche e pré-escola. Diante de uma decisão para cada, o critério a ser estabelecido para o cumprimento das determinações judiciais seria, possivelmente, a anterioridade da ordem, o que coloca a situação de volta ao ponto de partida. A única diferença é que a inscrição na fila seria feita por oficial de justiça e não pelos próprios interessados. Desse modo, apenas a falha no acesso à Justiça e a desigualdade social e de informação é que propiciam a distorção que pela via do litisconsórcio pretende-se minimizar.

18 STF, Pleno, RE 598.099/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 10/08/2011, DJe 30/09/2011.

19 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

8. Referências

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 11, v. 41, p. 405-424, abr./jun. 2014.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2012.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MITIDIERO, Daniel F. Impugnação às nomeações de candidatos aprovados em concurso público por candidatos mais bem classificados e não nomeados: litisconsórcio passivo necessário, assistência “litisconsorcial” ou assistência? In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos*. Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176-181.

SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 121, p. 38-50, mar. 2005.

SANDER, Frank. Varieties of dispute resolution. In: *The Pound Conference: perspectives on Justice in the future*. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1979.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 26, n. 3, set./dez. 2011.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 139, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZUCKERMAN, Adrian. A reform of civil procedure – rationing procedure rather than access to justice. *Journal of Law and Society*, v. 22, 1995.