

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ – CESUPA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO
REGIONAL

CAMILA DE PAULA RANGEL CANTO

PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA E A
DIREITOS FUNDAMENTAIS

BELÉM-PA

2021

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
Biblioteca do Cesupa, Belém – PA

Canto, Camila de Paula Rangel.

Processos estruturais como mecanismo de acesso à justiça e a direitos fundamentais / Camila de Paula Rangel Canto; orientador José Henrique Mouta Araújo.
. – 2021.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2021.

1. Acesso à justiça. 2. Poder judiciário. 3. Interesses coletivos. 4. Direitos fundamentais. I. Mouta, José Henrique. *orient.* II. Título.

CDD 341.46

CAMILA DE PAULA RANGEL CANTO

**PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA E A
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo.

BELÉM-PA

2021

CAMILA DE PAULA RANGEL CANTO

**PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA E A
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo
Orientador – Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Prof. Dr. Jean Carlos Dias
Examinador – Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Prof.^a Dra. Gisele Santos Fernandes Góes
Examinadora – PPGD/ICJ/UFPA

Apresentado em: 25/02/2021

Conceito:

À minha família, com toda a minha gratidão e
dedicação.

AGRADECIMENTOS

Nestes anos de mestrado, é impensável ter completado essa jornada sem o auxílio de várias pessoas que me apoiaram e tornaram este momento possível. Através destas palavras, expresso minha mais profunda gratidão por terem tornado mais este sonho possível.

Primeiramente a Deus, por me dar forças e saúde para superar todos os percalços pelo caminho, por tornar meus ombros mais fortes para superar todas as cargas e por me proteger ao longo de toda a jornada. A Nossa Senhora de Nazaré, por interceder por mim em minhas preces, e por me orientar nos momentos de aflição. Obrigada, por tudo que tenho e tudo que sou.

A meu pai, José, por ser meu espelho como ser humano e como profissional. A minha mãe Fátima, por nunca perder a fé em meu potencial, mesmo quando eu mesma já parecia não ser mais capaz de tanto. Obrigada por me incentivarem a ser uma pessoa maior e melhor, pessoal e profissionalmente, e por sempre orarem por mim.

A meus irmãos, Pablo e Camilo e minha avó Enilda, por nunca deixarem faltar sorrisos em meu rosto e palavras de incentivo, e a minhas cunhadas Cinthia e Laura e sobrinhos José e Murillo, por compreenderem meus momentos de ausência e me estimularem quando mais precisei.

A meu parceiro de caminhada Diogo, sem o qual este caminho certamente seria mais custoso, por incentivar meus sonhos, me dividir conselhos, compreender minhas aflições e acreditar em meu potencial. Nada disso seria possível sem a nossa família.

Aos colegas do escritório Canto Advocacia, pela ajuda e esforço nos momentos deste trabalho, por compreenderem as exigências a que me submeti, e me fornecerem o apoio e compreensão que tanto precisei.

Aos colegas do grupo de pesquisa em Processo, Teoria do Direito e Jurisdição, na pessoa do professor Arthur Laércio, por todas as enriquecedoras discussões que tivemos ao longo de todo este percurso, que inclusive fizeram florescer o interesse que originou este trabalho.

Ao professor Bernardo Pereira, pela experiência que adquiri ao realizar estágio docente na disciplina Direito Processual Civil, e que me mostrou dentro de sala de aula como ensinar com generosidade e leveza.

A minhas amigas de percurso acadêmico, Bianca, Kátia, Thanyele e Jacqueline, por dividirem comigo todos os sorrisos e lágrimas ao longo deste caminho, por todo o suporte e auxílio, e por terem me mostrado como verdadeiras amigas se constroem em ambientes tão rigorosos.

A meu orientador, professor Dr. José Henrique Mouta Araújo, pela confiança depositada ao longo deste trabalho, pelo apoio, dedicação e por ter acreditado em mim e se colocado disponível por dias e noites para sanar dúvidas e construir esta pesquisa junto comigo.

A todo o corpo e apoio do Programa de Pós Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Pará, ao Coordenador, Jean Carlos Dias, ao Vice Coordenador, José Claudio Monteiro de Brito Filho, a Lilian Farias, por todo o apoio e compreensão.

E finalmente, aos professores e funcionários do PPGD/CESUPA, em especial aos professores com quem dividi valorosos momentos em sala de aula, professora Beth Reymão, professor Jean Carlos Dias, professora Loiane Verbicaro, professor Elísio Bastos, professor Dennis Verbicaro e professora Juliana Freitas, por terem transformado minhas concepções e por tanto me inspirarem.

“O otimista é um tolo. O pessimista, um chato.
Bom mesmo é ser um realista esperançoso.”
Ariano Suassuna

RESUMO

O presente trabalho visa analisar as limitações dos institutos e ideias tradicionais do processo e da sociedade e como esses institutos se mostram insuficientes para construir respostas efetivas e eficazes para a resolução de conflitos de alta complexidade, considerando que as limitações desta mentalidade interferem diretamente na efetividade do direito fundamental de acesso à justiça. Para isso, o trabalho abordará como o estudo dos processos estruturais e suas origens na doutrina norte-americana pode ser uma ferramenta de construção de respostas eficazes, implementação de políticas públicas, fomento à participação da sociedade e seus múltiplos atores e interesses. Por fim, serão discutidos os institutos específicos que se mostram inadequados à tutela de direitos e garantias fundamentais e serão discutidas propostas de transformações sociais, processuais e no exercício da separação de poderes, no sentido de se obter uma técnica processual capaz de resolver litígios complexos.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Litígios estruturais. Direitos Fundamentais. Transformações. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The present essay aims to analyze the limitations of process's and society's institutes and traditional ideas and how these institutes are insufficient to build effective responses to the resolution of high complexity conflicts, considering that these limitations interfere directly in the effectiveness of the fundamental right to access to justice. To do that, this works will approach how the study of structural reform and its origins in the north-American doctrine could be a tool of construction of effective responses, implementation of public policies, fostering the participation of society and its multiple actors and interests. At last, specific institutes that are inadequate to the protection of fundamental rights and guarantees and proposals will be discussed to implement social, procedural and in separation of power's transformations, in an effort to obtain procedural technique able to solve complex litigation.

Keywords: Access to justice. Structural litigation. Fundamental rights. Transformations. Separation of powers.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
PL	Projeto de Lei
PT	Partido dos Trabalhadores
ACP	Ação Civil Pública
STJ	Superior Tribunal de Justiça
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
CPC	Código de Processo Civil
MP/PA	Ministério Público do Estado do Pará
MP/SP	Ministério Público do Estado de São Paulo
ONG	Organização não-governamental
CFT	Comissão de Finanças e Tributação
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
COVID - 19	Corona vírus Sars-Cov-2

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ACESSO À JUSTIÇA E A REALIDADE JURISDICIONAL BRASILEIRA NO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL E COLETIVO	15
2.1 ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS: DO ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PROCESSO CONSTITUCIONAL	24
2.2 A CONTENCIOSIDADE INDIVIDUALISTA BRASILEIRA E SUAS CARACTERÍSTICAS: LITÍGIOS INDIVIDUAIS X LITÍGIOS COLETIVOS	30
2.3 INICIATIVAS LEGISLATIVAS COMO TENTATIVA DE APERFEIÇOAMENTO DA TUTELA COLETIVA	40
3 TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DE MODELOS ATRAVÉS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO	50
3.1 CONCEITOS NECESSÁRIOS À COMPREENSÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	51
3.2 A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA SOBRE A DOCTRINA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS	62
4 TRANSFORMAÇÕES POSSÍVEIS A PARTIR DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS	77
4.1 TRANSFORMAÇÕES EM INSTRUMENTOS PROCESSUAIS	82
4.2 A NOVA DIMENSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O PROTAGONISMO JUDICIAL	94
4.3 PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	105
4.4 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS CONCRETOS	113
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138

1 INTRODUÇÃO

O atual cenário de desenvolvimento dos estudos processuais e de instrumentos de acesso à justiça carrega um interessante fator, que é a preocupação com a aproximação destes instrumentos com seus propósitos constitucionais, bem como a aproximação com a realidade social dos cidadãos aos quais o processo se direciona. Logo, para que seja prestada tutela jurisdicional efetiva à sociedade, é indissociável a prática do direito processual com os valores constitucionais, devidamente inseridos no contexto social adequado.

Neste contexto, é preciso definir de que maneira é possível aumentar o acesso à justiça dentro da realidade jurisdicional e forense brasileira, através de mudanças sociais, processuais e de mentalidade dos sujeitos envolvidos em situações de litigância.

A partir da constatação de que, com a evolução da sociedade, evolui também a complexidade dos problemas enfrentados por ela, se percebe que os instrumentos processuais e de alguns conceitos trabalhados com significativa rigidez já não mais se mostram suficientes à construção de respostas a problemas complexos, em especial quando consideradas as coletividades envolvidas nestes problemas.

Isto faz com que surjam, dentro da realidade social, cenários de desconformidade constitucional generalizada, o que demanda medidas enérgicas do Poder Público, em especial, do Poder Judiciário, atuando a partir de omissões dos demais poderes. Dentro desse contexto, nos deparamos com a possibilidade de intervenção judicial em cenários de desconformidade massiva e, conseqüentemente, de intervenção em políticas públicas, na busca pela tutela efetiva de direitos e garantias fundamentais, de maneira bastante ativista.

O Poder Judiciário, portanto, agindo desta maneira ativista, passa a atuar em posição de destaque na tutela de interesses coletivos e metaindividuais, em especial em temáticas sociais, que carregam em si grande relevância midiática. Isto necessariamente leva o Poder Judiciário, especialmente os tribunais superiores, a figurar com papel de destaque na sua função constitucional de guarda e proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Diante deste cenário, se propõe o enfrentamento ao seguinte problema de pesquisa: os processos estruturais devem ser tomados como a melhor forma de assegurar direitos e garantias fundamentais, em especial em conflitos de alta complexidade? E, mais importante, quais são as transformações necessárias à mudança de posicionamento e mentalidade social para implementar essas conversões?

Neste sentido, com o propósito de responder à problemática trazida acima, o objetivo geral desta dissertação é analisar critérios de acesso à justiça, e como conciliar os instrumentos pensados através dos processos estruturais para definir uma maneira de construir respostas mais efetivas a conflitos de alta complexidade, considerando as transformações necessárias à implementação destas medidas.

Para alcançar o objetivo geral desta dissertação, os objetivos específicos serão analisar a prática forense brasileira e suas características individualistas, que fazem com que as decisões judiciais muitas vezes se mostrem inefetivas, bem como abordar os reflexos dessas características nos conflitos de alta complexidade e na postura ativista do Poder Judiciário.

Para isto, na primeira seção do trabalho, o objetivo específico será estudar sobre o acesso à justiça como direito fundamental, e como o cenário brasileiro atual não favorece a efetividade deste direito, considerando suas características altamente individualistas.

Posteriormente, na segunda seção do trabalho, o objetivo específico é analisar as características dos processos estruturais, trazendo conceitos necessários para a compreensão da problemática e as origens dos institutos surgidos a partir da experiência estadunidense.

Já na terceira seção, o objetivo específico é construir a resposta ao problema de pesquisa a partir de análise de julgados, bem como analisando quais são os enfrentamentos travados pelas limitações dos institutos e noções tradicionais na resolução de conflitos coletivos de alta complexidade, para que seja possível, então, atingir uma proposta de resolução deste tipo de demanda, considerando serem os processos estruturais a maneira mais adequada para construir tais respostas.

Em termos de considerações finais, ponderando que conclusões definitivas não foram determinadas, serão construídas as respostas à problemática enfrentada, asseverando a necessidade de transformar os institutos e raciocínios tradicionais e clássicos, que já vêm mostrando seus sinais de obsolescência, definindo, então, qual a maneira mais adequada de utilizar os processos estruturais como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais através da intervenção judicial, especialmente em matérias de direitos sociais e políticas públicas.

As principais referências teóricas utilizadas nesta dissertação são as obras dos professores Owen Fiss, Abraham Chayes, da doutrina estadunidense, e as adaptações dos conceitos pensados por eles a partir das obras de Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Ainda quanto aos instrumentos processuais discutidos, serão utilizadas as noções de processos estruturais de Edilson Vitorelli, Hermes Zanetti Jr. e Fredie Didier Jr., bem como o referencial de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

A hipótese a ser testada é a de que os instrumentos processuais clássicos e a mentalidade tradicional não são suficientes para construir respostas aptas a efetivas mudanças sociais significativas, em especial em conflitos de alta complexidade e multipolaridade.

A presente pesquisa adotou método predominantemente comparativo e propositivo, adotando-se a pesquisa bibliográfica e documental e análise jurisprudencial, construída com base em julgados nacionais e estrangeiros, referencial teórico construído a partir da obra de autores brasileiros e estadunidenses, análise de artigos científicos e livros técnicos, visando construir o tema a partir dos processos estruturais, levantando a hipótese de trabalho.

É importante também ressaltar que a pesquisa busca investigar mecanismos acerca da forma com que os processos estruturais serão capazes de auxiliar no processo de implementação de políticas públicas a partir de decisões judiciais, objetivando, com isto, o desenvolvimento regional, adequando-se, assim, aos objetivos estipulados pelo Programa de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento do Centro Universitário do Pará (CESUPA), pela linha de pesquisa em Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

As temáticas aqui discutidas foram objetos de uma série de encontros realizados no bojo do grupo de pesquisa em Processo, Teoria do Direito e Jurisdição, com vínculo ao programa de pós-graduação desta instituição, bem como também discutidas na disciplina que tratou sobre ações de defesa da norma constitucional, ministrada neste PPGD.

2 ACESSO À JUSTIÇA E A REALIDADE JURISDICIONAL BRASILEIRA NO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL E COLETIVO

Na seção inicial desta pesquisa, serão feitos estudos a partir da realidade jurisdicional brasileira, em especial no tocante de como o direito fundamental de acesso à justiça é recortado dentro desta realidade. Dessa forma, faz parte dos desafios enfrentados por esta pesquisa encontrar maneiras de traduzir o direito de acesso à justiça em mecanismos constitucionalmente previstos, capazes de efetivar os direitos que a sociedade busca assegurar, fortalecendo a confiança da sociedade nestas ferramentas jurídicas.

Importante perceber que o conceito de acesso à justiça aqui trabalhado é muito mais amplo do que a mera possibilidade de eventual sujeito intentar ação judicial, acionando o Poder Judiciário para obter respostas a suas demandas. Trata-se de uma abordagem muito mais abrangente, devendo ser considerado “como o requisito fundamental – mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 12). Pertinente os questionamentos trazidos pela pesquisa de Lenna Luciana Nunes Daher:

O enfoque sobre o Acesso à Justiça busca reconhecer e encontrar soluções para os problemas reais de efetivação de direitos. Classicamente, o processo civil tem se preocupado com o estudo dogmático das regras procedimentais, desvinculadas da realidade social e do funcionamento de fato do sistema de Justiça, deixando de considerar duas questões fundamentais para quem precisa reivindicar seus direitos: o sistema é igualmente acessível a todos? O sistema permite a produção de resultados efetivos e justos? (DAHER, 2020, p. 17).

Ressalta Kelsen (1998, p. 2) que “se a justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual”. Logo, o direito ao acesso à justiça deve ser considerado em todas as suas mais amplas facetas, sejam no sentido individualista de reconhecimento do sujeito da existência de tal direito e da busca pela defesa deste direito, seja em sua dimensão mais coletiva, onde se busca atuação mais protagonista do Estado e seus entes.

Assim, o que se sempre busca é propiciar às partes litigantes o acesso à justiça ou, como muitos doutrinadores consagram, acesso à ordem jurídica justa. Ocorre que o acesso à justiça não é feito apenas em sendo dada a oportunidade para que um litigante possa adentrar e lamentar seu direito ao Poder Judiciário, mas sim, atribuindo meios para que essa pessoa possa ter um provimento jurisdicional que restaure o seu direito lesado ou simplesmente declare se possui ou não esse pretensão direito. (ARAÚJO, 2001, p. 34).

Neste sentido, muito além do que apenas a visão literal de como um sujeito pode acionar o Poder Judiciário buscando a solução de controvérsias, inúmeros fatores devem ser considerados na construção de mecanismos que assegurem à sociedade o acesso à justiça.

O acesso à justiça tem, portanto, uma dimensão substancial de transformação social pela efetivação de direitos e tem também uma dimensão procedimental, relacionada à ampliação, racionalização e controle do aparato (instituições e procedimentos) governamental de realização dos direitos. (DA COSTA, 2016, p. 40).

Sem a pretensão de esgotar todas as limitações existentes ao acesso à justiça dentro de uma sociedade, se faz necessário, para o deslinde desta pesquisa, tecer breves comentários acerca dos principais problemas enfrentados na busca pela efetivação deste direito fundamental.

Com relação a isso, apenas a título exemplificativo, o Relatório Justiça em Números referente ao ano de 2019, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, informa especificamente sobre a questão de acesso à justiça que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará foi o tribunal menos demandado dentre os tribunais da justiça comum entre todos os estados da federação. O relatório informa ainda que em 2019, o percentual de concessão de assistência judiciária gratuita caiu comparado aos dois anos anteriores. (CNJ, 2020, p. 99).

O mesmo relatório aponta, porém, que o estado do Maranhão, ainda que possua o maior percentual de habitantes por unidade judiciária tanto na Justiça Estadual quanto na Justiça do Trabalho, ainda se demonstra como o estado com o menor percentual de população atendida pelas comarcas estaduais dentre os tribunais de médio porte, o que claramente indica problemas de acesso à justiça.

Ainda que a ideia geral de acesso à justiça não esteja restrita a estes números, e mesmo que esta pesquisa não tenha como objetivo analisar apenas estes indicadores, é importante considerá-los como padrões de comportamentos sociais que se estendem por todo o país.

A primeira e talvez a mais óbvia das limitações ao acesso à justiça seja relativa aos custos de uma demanda levada ao Poder Judiciário, em especial quando pensada quanto aos mais necessitados. Daí, a importância de se pensar em métodos que sejam capazes de oportunizar acesso à justiça aos mais pobres através, por exemplo, de assistência judiciária.

É necessário considerar também que os altos custos encontrados por aqueles que buscam o Poder Judiciário também funcionam como uma limitação ao acesso à justiça. A realidade é que litigar é caro, e poucos têm condições para tanto. Na prática, isso se traduz de maneira que a litigância, de maneira geral, cabe apenas aos mais privilegiados dentro de uma

sociedade, e os menos favorecidos, por mais latentes e óbvios que sejam os direitos que pretendem defender em juízo, não possuem tal faculdade.

Não seria difícil ao Estado a instituição de um fundo, alimentado por uma parcela das próprias custas recolhidas em todos os processos: seria essa uma generosa ação social, escorada firmemente na garantia constitucional de assistência judiciária, tão mal cumprida. (DINAMARCO, 1987, p. 396).

Portanto, podemos elencar algumas soluções encontradas pela sistemática do Poder Público para contornar esses entraves específicos, sendo possível citar, entre eles, a atuação da Defensoria Pública, a possibilidade de atuação *jus postulandi* em demandas de menor complexidade, e até mesmo a atuação dos núcleos de prática jurídica em universidades que ofertem o curso de Direito em todo o Brasil.

Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária. Como consequência, as barreiras ao acesso à Justiça começaram a ceder, os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou direito criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de esperar que as atuais experiências sirvam para eliminar essas barreiras. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 47).

Porém, essas soluções muitas vezes não atingem os que mais precisam de respostas a partir do Poder Público, em especial, a partir do Poder Judiciário. A população mais carente, com menos acesso à informação e, conseqüentemente, com menor capacidade de conhecer e reconhecer seus próprios direitos não se beneficia destes remédios da forma que deveria. A solução para esta problemática, portanto, deve ser construída a partir da noção de que é necessário, antes de buscar sanar o alto custo de estar em juízo, levar informações e conscientização a esta camada da sociedade. Saber reconhecer seus próprios direitos como passíveis de intervenção do Poder Judiciário é peça fundamental neste quebra-cabeças.

Não é mais possível que a população sem condições econômicas e envolvida em casos muito menos prejudiciais para a sociedade do que os grandes escândalos financeiros, que ocorrem com frequência neste país, continuem sem a garantia de ter o direito de acesso à justiça. Justiça compreendida não apenas como um conjunto de Órgãos do Estado, mas também e principalmente como o direito da população de ter uma vida digna. (SAULE JUNIOR, 1995, p. 163-164).

Trata-se de problemática que a doutrina se habituou a denominar como “capacidade jurídica pessoal”. Trata-se de análise multifatorial, que envolve classe social, nível de

escolaridade e disponibilidade de recursos financeiros, entre outros. Esses aspectos são diretamente capazes de definir se determinado sujeito será capaz de superar barreiras pessoais até atingir a capacidade de acionar o Poder Judiciário para defender seus direitos, sendo perceptível nos mais variados tipos de conflitos.

Todos esses obstáculos, é preciso que se diga, têm importância maior ou menor, dependendo do tipo de pessoas, instituições e demandas envolvidas. Ainda que as tenhamos relacionado à capacitação pessoal, é temerário personalizá-las excessivamente. Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter um divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil “mobilizar” as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 25).

Essa discussão nos leva diretamente à próxima limitação ao direito de acesso à justiça que aqui será trabalhada, relacionada à duração do processo. É comum visualizar que, por muitas vezes, o lapso temporal enfrentado ao longo da discussão judicial enfraquece a confiança do litigante no Poder Judiciário como ente capaz de fornecer respostas justas. A resposta jurisdicional, além de justa, precisa necessariamente ser fornecida em tempo hábil a resguardar e proteger direitos fundamentais, sendo este um fator diretamente ligado ao estímulo à procura pelo Poder Judiciário.

Tudo isto demonstra a necessidade de rompimento com um raciocínio muito presente na sociedade oitocentista de valorização de direitos individualistas como o direito à propriedade privada e à liberdade, o que faria com que o processo estivesse restrito apenas e tão somente às partes litigantes. Porém, sabemos que estes não são os únicos conflitos enfrentados pelos sujeitos de uma sociedade complexa, repleta de conflitos sociais de caráter metaindividual.

Quando falamos de razoável duração do processo, estamos tratando principalmente de um direito fundamental de obtenção de respostas em tempo hábil à proteção de determinado direito. Muito além de um viés processual, trata-se de garantia constitucional, tendo inclusive previsão expressa na Constituição Federal, no art. 5º, LXXVI.

É dever ressaltar, portanto, que o processo deve ser visto como instrumento de proteção dos direitos humanos, com a consciência de seu importante papel por todos aqueles que atuam no âmbito da prestação jurisdicional. Por conseguinte, é possível aduzir que o acesso à justiça deve ser visto como tema de direitos humanos (e também de direito fundamental), objetivando o alcance da satisfação do objeto contido no direito material, sem dilações processuais indevidas (o que se convencionou denominar de duração razoável do processo). (ARAÚJO, 2015, p. 796-797).

O que está diretamente em risco é quanto tempo a parte que litiga em juízo, em especial se esta parte for hipossuficiente, está disposta a enfrentar a batalha judicial sem colocar em risco seus direitos, considerando como pode ser prejudicial a espera demasiadamente prolongada. A própria noção de justiça é eivada de vícios quando, para alcançá-la, a parte hipossuficiente está exposta a procedimentos intrincados e que muitas vezes não são capazes de resolver a problemática em questão.

A terceira onda de acesso à Justiça, vivenciada até os dias atuais, defende a simplificação dos procedimentos, para tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível. A par das reformas centradas nos procedimentos, o enfoque de acesso à Justiça preconiza a solução adequada dos litígios, que pode se dar fora dos tribunais, com a utilização dos métodos autocompositivos de resolução dos conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a negociação. (DAHER, 2017, p. 15).

Trata-se de um tipo específico de limitação ao acesso à justiça, diretamente relacionado à possibilidade de as partes intentarem em juízo. Por motivos óbvios, a parte que possuir melhores condições financeiras terá condições mais favoráveis de arcar com os custos do processo, sejam eles econômicos, temporais ou mesmo psicológicos.

Os critérios definidores das possibilidades das partes são inúmeros, sendo os principais aqueles que envolvem os recursos financeiros disponíveis para cada litigante, a capacidade da parte de perceber quando há afronta a um direito e conseqüentemente buscar em juízo a sua reivindicação e diferenciação entre litigantes eventuais e litigantes habituais. A capacidade de ter recursos financeiros para litigar está diretamente ligada à questão dos custos da ação judicial. Quanto mais recursos determinada parte tem para esperar que o processo se desenrole, mais superior ela será em detrimento da outra parte.

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quando efetiva. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 21).

Já a aptidão para perceber recursos financeiros envolve uma origem diferenciada dos demais aspectos, diretamente ligada à posição social ocupada pelo sujeito e, principalmente, nível de escolaridade e qualidade da educação por ele recebida. Quanto mais estudos e mais acesso à informação o sujeito teve acesso, mais facilidade terá para identificar uma afronta a seu direito.

Ademais, é necessário que as pessoas saibam também quais os caminhos que precisam ser percorridos para ajuizar ou se defender de uma demanda judicial, considerando que “procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressores, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho” (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 24).

Este aspecto em especial poderia ser amenizado caso as pessoas tivessem acesso a informações básicas acerca do funcionamento geral da estrutura do Poder Judiciário, preceitos constitucionais e noções preliminares de direitos fundamentais em sentido amplo. Neste sentido, já é possível encontrar iniciativas do Poder Legislativo, como o PL apresentado pelo senador Romário de Souza Faria de incluir o ensino de direito constitucional no currículo do ensino básico¹.

No mesmo sentido, o projeto de extensão coordenado pelo professor Luiz Alberto Gurjão Sampaio de Cavalcante Rocha no âmbito da Universidade Federal do Pará, denominado “Educação para a Democracia: o ensino das diretrizes básicas do direito constitucional em escolas públicas como ferramenta de promoção da cidadania” vem, desde 2018, trabalhando no sentido de levar estas noções de direito constitucional e de funcionamento das estruturas democráticas a estudantes do ensino básico².

Trata-se de mais uma tentativa de aproximar a população, em especial a população mais hipossuficiente, do conhecimento de seus direitos e garantias fundamentais, se caracterizando, portanto, como uma ferramenta de essencial importância ao acesso à justiça.

Quanto à diferenciação entre litigantes eventuais e litigantes habituais, há uma métrica específica que gera certa vantagem ao sujeito que já se acostumou a procurar o Poder Judiciário

¹ O texto final apresentado pelo PL nº 70, de 2015 do Senado passa a vigorar como:

Art. 27. Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes:

I - a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática, com a introdução ao estudo da Constituição Federal.

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, do exercício da cidadania, da tecnologia, das artes e dos valores éticos e cívicos em que se fundamenta a sociedade.

² Descrição do projeto de extensão: Trata-se de projeto alinhado à área temática de Direitos Humanos e Justiça, prevista no Plano Nacional de Extensão Acadêmica. Sua propositura parte de problemática ambivalente. De início, em vista da grande desconfiança dos cidadãos brasileiros para com as instituições democráticas principalmente aquelas relacionadas a formas indiretas de participação popular, como são os sistemas eleitorais. Frente a democratização recente do Estado brasileiro, a cultura da democracia ainda carece de consolidação qualitativa, onde os titulares da soberania estatal efetivamente tenham consciência acerca dos direitos e garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como das instituições de participação popular que viabilizarão a satisfação de seus próprios anseios. Junto disso sendo fator contributivo à existência do contexto inicial, persiste a deficiência do ensino básico nacional no que tange a temas comunitários, que extrapolem as herméticas disciplinas ministradas em sala de aula. Raras são as iniciativas e pouca é a representatividade de programas de ensino com conteúdo ético-social, onde sejam apresentadas formas, limites e valor da participação democrática à vida coletiva.

em busca de respostas, o que faz com quem o litigante habitual, mais adaptado aos pormenores da burocrática estrutura jurisdicional, tenha mais experiência, melhores oportunidades de expor seus argumentos, melhor faro para construir estratégias.

Isto demonstra diretamente que os litigantes habituais, em especial as instituições públicas, se utilizam da sistemática individualista para perpetuar os problemas enfrentados na defesa de direitos e garantias fundamentais. Buscar uma forma de utilizar instrumentos processuais que sejam capazes de fornecer respostas jurisdicionais mais eficazes aos problemas que envolvem estes litigantes é questão urgente de obtenção de acesso à justiça, como o raciocínio anteriormente citado de Cappelletti e Garth.

Logo, torna-se muito mais fácil para uma grande empresa, que para o cidadão comum, assumir os danos decorrentes de uma demanda judicial, o que se configura uma grande vantagem em relação aos litigantes comuns, vantagem essa que é multiplicada quando a empresa é considerada litigante habitual, podendo suprir os danos em face do grande número de causas, aliado à forte capital e investimentos que possui. (ARAÚJO, 2001, p. 56).

Como consequência direta das limitações do processo e do próprio Poder Judiciário, muito se fala também na quantidade de recursos carregados de viés protelatório e da grande possibilidade de instrução probatória. Ambos estes aspectos têm o condão de prolongar a duração do processo, o que é contrário ao que já expusemos anteriormente quanto ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

Além desta série de características consideradas como parte das limitações ao acesso à justiça, é preciso tecer breves comentários quanto às especificidades dos processos coletivos³, aqui considerados em sentido amplo.

Para que possamos adentrar na discussão acerca do papel da tutela de direitos coletivos através do que nos referiremos como processos coletivos, é necessário reconhecer que a complexidade das demandas levadas à análise do Poder Judiciário é alta, consideravelmente pelo processo de complexidade das relações sociais travadas no contexto do cenário brasileiro.

Os litígios de massa, os danos coletivos, a tutela do meio ambiente, muito em parte por suas complexidades próprias, não podem ser limitados à tutela tradicional do Poder Judiciário, considerando as características deste tipo de litígio. A partir desse momento, a doutrina passa a construir um intrincado sistema com complexidades próprias, voltado

³ Não serão tecidos prolongados comentários acerca da diferenciação entre “direitos” e “interesses”, uma vez que este não é o objetivo desta pesquisa, além de considerar que nos dispositivos que compõem o microsistema processual coletivo, ambos os termos são considerados sinônimos.

especificamente à tutela de interesses de natureza difusa, que dizem respeito não apenas a um ou dois indivíduos, mas a uma coletividade que demanda resposta jurisdicional diferenciada.

O maior entrave ao acesso à justiça envolvendo a defesa dos interesses difusos é justamente que, para a maior parte dos litigantes “individuais”, não valeria a pena buscar o Poder Judiciário para proteger este tipo de direito, uma vez que a recompensa seria ínfima, quando apenas um litigante busca essa defesa. Ademais, por sua natureza coletiva, um dos maiores desafios é definir de quem é a titularidade da busca por esta defesa, gerando a noção de que ninguém teria direito de perseguir um bem ou direito coletivo. Vejamos o exemplo:

(...) Suponhamos que o governo autorize a construção de uma represa que ameace de maneira séria e irreversível o ambiente natural. Muitas pessoas podem desfrutar da área ameaçada, mas poucas – ou nenhuma – terão qualquer interesse financeiro direto em jogo. Mesmo esses, além disso, provavelmente não terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada. Presumindo-se que esses indivíduos tenham legitimação ativa (o que é frequentemente um problema), eles estão em posição análoga à do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é anti-econômica. Um indivíduo, além disso, poderá receber apenas indenização de seus próprios prejuízos, porém não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade. Consequentemente, a demanda individual pode ser de todo ineficiente para obter o cumprimento da lei; o infrator pode não ser dissuadido de prosseguir com sua conduta. A conexão de processos é, portanto, desejável – muitas vezes, mesmo, necessária – não apenas do ponto de vista de Galanter, senão também do ponto de vista da reivindicação eficiente dos direitos difusos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 26-27).

Uma nova forma de pensar os litígios de matriz coletiva, como a aqui exposta, deve considerar que “as formas de solução desses conflitos existentes, quanto mesmo pensar em como se pode repará-los e ao mesmo tempo reprimir o causador dos danos é algo que perpassa qualquer teoria que se digne a querer explicar o processo coletivo”. (JOBIM, 2018, p. 41).

O cenário da prática processual na realidade brasileira é algo que precisa ser detidamente analisado ao longo desta pesquisa. Neste sentido, muito se percorreu através de reformas da legislação processual, especialmente com o Código de Processo Civil de 2015, reconhecido por tratar de maneira especial, entre outras matérias, da efetividade da execução da decisão judicial, o que seria uma consequência direta da preocupação com a razoável duração do processo e o fornecimento de respostas efetivas ao jurisdicionado.

Porém, ainda que se considerem estas inovações, a legislação processual atual se demonstra profundamente ligada ao individualismo que guiava um cenário político-social que não mais se assemelha ao cenário atual, “uma vez que os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses

individuais” (SILVA, 2004, p. 56). A consequência direta deste paradigma é inegável: a lógica processual clássica se mostra imprestável à resolução dos problemas de alta complexidade da sociedade atual.

A prevalência da tutela individualista se mostra deletéria não apenas ao sujeito individual que arca com os altos custos da busca pelo Poder Judiciário, mas também danoso ao Poder Público, que, dentro do processo de criação e efetivação de políticas públicas, poderia, ao invés de prolongar demandas judiciais, voltar a atenção ao caráter social da tomada de decisões envolvendo tais políticas públicas.

A necessidade desta mudança de paradigma se dá em virtude da natureza individualista da prática processual brasileira, centrada em buscar respostas que se limitam à relação processual, se tornando muitas vezes vazia em termos de efetividade, falhando em responder a conflitos sociais de maneira adequada satisfatória. A respeito disso, Leonardo Medeiros Júnior denota que tal sistemática não funcionará “com um litígio complexo e multipolar, característica marcante dos litígios que buscam a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário” (MEDEIROS JUNIOR, 2018, p.84).

Além disto, considerando que o atual cenário da pandemia de COVID-19, que assola o planeta inteiro desde o ano de 2020, trouxe problemáticas que foram judicializadas envolvendo os mais diversos e complexos aspectos da construção da sociedade, como fornecimentos de medicamentos, necessidade de construção de leitos de UTI, aquisição de respiradores, decretos de *lockdown*, prioridades para vacinação e a própria forma que o dinheiro público é destinado à construção de políticas de públicas que assegurem o direito à saúde e trabalho, entre os mais diversos assuntos.

No caso em questão, é inquestionável que o poder judiciário brasileiro está e permanecerá recebendo diversas demandas em massa e litígios complexos, já que as relações jurídicas pré-existentes - como regra - foram afetadas por circunstâncias consideradas imprevistas e os impactos da pandemia amplos como são atingiram todas as áreas do direito e da vida da população. Desse modo, o judiciário necessita – desde já – pensar em alternativas para a contínua, adequada, efetiva e tempestiva prestação de tutela jurisdicional, aproveitando as transformações impulsionadas pelo cenário pandêmico para que haja evolução e desenvolvimento de soluções de litígios sem que haja um colapso do sistema. (LINKE, JOBIM, 2020, p. 384-385)

Tais necessidades nos levam mais uma vez à necessidade de discutir a curiosa quantidade com que essas demandas são judicializadas e a multipolaridade que as completam. Isso chama a atenção para a própria ruptura do paradigma de papel tradicional de atuação do Poder Judiciário. Pensar no acesso à justiça a partir de instrumentos processuais é uma forma

de operacionalizar a defesa dos direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, fazer com que os valores contidos no texto constitucional sejam realmente perceptíveis aos sujeitos que veem seus direitos afrontados.

Todas as questões até aqui abordadas estão diretamente ligadas a um cenário em que os instrumentos processuais tradicionais e as ideias clássicas de modelos processualistas, ligados à uma mentalidade oitocentista de estado liberal, vem se mostrando insuficientes para fornecer à sociedade respostas aptas à resolução de problemas de alta complexidade. A defesa dos valores constitucionais e de direitos e garantias fundamentais depende diretamente de que haja instrumentos processuais suficientes e compatíveis com as decisões que estas demandas necessitam.

Ainda no sentido de rompimento com amarras da ritualística tradicional da ciência do processo, há também de se perceber uma transição entre um cenário arcaico em que se via certo desconforto com a atuação do Poder Judiciário, que deveria pautar sua atuação estritamente no texto legal.

É perceptível que este cenário vem sendo ultrapassado, de maneira que a própria percepção popular acerca do Estado, aqui lido como o Poder Judiciário, transmutou-se em relação de confiança muitas vezes até mesmo exacerbada, quando consideramos hipóteses em que o Poder Judiciário se depara com a tomada de decisões que deveriam e poderiam ser tomadas administrativamente por outros poderes.

A atuação do Poder Judiciário, quando confrontado com situações complexas que exijam tal criatividade e até certo grau de discricionariedade, é, ou ao menos deveria ser, secundária, subsidiária.

Longe de se limitar a uma discussão meramente processual, o que se busca discutir é como estabelecer ferramentas que possibilitem a defesa de direitos e garantias fundamentais que correm riscos em demandas de alta complexidade, considerando que as técnicas processuais tradicionais não se mostram suficientemente efetivas para a consecução desta defesa.

2.1 ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS: DO ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Diante de todos os pormenores expostos alhures, resta claro que, além de uma discussão dogmática sobre instrumentos processuais, estamos defronte também de uma decisão sobre direitos fundamentais e quais as ferramentas adequadas para a defesa e concretização desses direitos.

Além disso, há também uma rígida preocupação quanto à adequação dos estudos referentes ao acesso à justiça e seus prolongamentos com as normas e garantias protegidas pela Constituição da República, “levando em conta o que se tem chamado de constitucionalização do direito, que a Judicatura assumiu sem qualquer constrangimento o caráter ativista, substituindo-se aos outros poderes no que tange às suas funções típicas (...)” (DOS SANTOS, 2018, p. 66).

Tanto é que a própria Constituição da República elenca, em seu vasto rol de direitos e garantias fundamentais, os direitos de vertente processual, conforme citamos o direito ao acesso à justiça, mas também a garantia ao devido processo legal (art. 5º, LIV), direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV), garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), entre outros incisos, assim como a abordagem à estrutura do Poder Judiciário, elencada nos artigos 92 a 126 e das funções essenciais à justiça, previstas pelos artigos 127 a 135.

Isso nos mostra uma tendência recente de incutir cada vez mais às normas processuais teor constitucional, encerrando a ideia obsoleta de que o direito processual seria apenas uma vertente procedimental dos direitos materiais, que carregava uma função meramente subsidiária:

O Direito Processual Civil estaria inegavelmente compromissado com o tal “paradigma racionalista”, que procurou fazer do Direito uma “ciência” sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas, como se fosse possível trabalhar o Direito como um “conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade”, desvinculando da História (...). O pensamento dogmático é incompatível com a hermenêutica, a partir de onde devemos superar essa “redução metodológica imposta pelo sistema tanto no ensino universitário, quanto na experiência forense”. (MOTTA, 2010, p. 129)

Com base nisso, sem a pretensão de nos prolongarmos na noção de que o ramo do direito processual é uma ciência dotada também de autonomia e possui categoria de direito fundamental, aqui se busca enfatizar a importância da origem constitucional dos instrumentos básicos do direito processual.

Ao aproximar os estudos do ramo do direito processual do que pretende o texto constitucional, diretamente se fornecerá maior capacidade de efetivação ao exercício dos direitos e garantias fundamentais. Isto importa em afirmar que as próprias violações sistemáticas que levam uma situação ao estado de coisas inconstitucional, por óbvio, geram graves ofensas à Constituição da República, em escala muito mais ampla do que se percebe nas lides que decorrem da sistemática processual tradicional.

O processo passa a ser estudado, lido e pensado como método capaz de fornecer efetividade aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, uma maneira de instrumentalizar o teor das normas constitucionais. Logo, nos deparamos com um movimento de aproximação das normas constitucionais ao teor das normais processuais, fornecendo assim uma relação dúplice, capaz de materializar o teor das normas processuais e de fornecer substrato constitucional às regras processuais, atingindo então o processualismo democrático aqui defendido e almejado.

O Direito Constitucional Processual seria formado a partir dos princípios basilares do “devido processo” e do “acesso à justiça”, e se desenvolveria através de princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões judiciais, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc.

Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à “Garantia da Constituição” e à “Garantia dos direitos fundamentais”, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, Habeas Corpus, Amparo, Mandado de Segurança, Habeas Data, etc. (ABBOUD, 2016, p. 130).

Ainda que haja alguma discussão doutrinária acerca de tal distinção, este não é o objetivo do presente trabalho, de maneira que é majoritário, na doutrina, o entendimento de que o direito processual constitucional deve adstringir-se aos princípios constitucionais do processo, assim “a tentativa de se criar dois ramos distintos, um, para se estudar os princípios, outro, para se estudar os procedimentos previstos no texto constitucional, é, do ponto de vista epistemológico, injustificável” (MADEIRA, 2014, p. 316), especialmente pelo motivo de não haver, na ordem jurídica brasileira, razão para se distinguir o juiz ordinário do juiz constitucional, devido ao sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição da República em nosso ordenamento jurídico.

O processo se torna, então, a própria garantia de participação na arena democrática, uma vez que é apenas através da observância das normas processuais que é possível fruir das liberdades inerentes ao exercício da cidadania. Fornecendo maior substrato constitucional aos instrumentos processuais previstos em nosso ordenamento jurídico, conseqüentemente se fornecerá à sociedade como um todo mais oportunidades de acesso à justiça, aumentando ainda mais a capacidade do Poder Público, através da atuação jurisdicional, de fornecer respostas efetivas a conflitos multipolares de ampla complexidade.

A intersecção entre processo e democracia revela desafios atormentadores: assegurar celeridade (no sentido de duração razoável dos processos) sem suprimir garantias, e, concomitantemente, eliminar focos de centralidade (os protagonismos), a fim de se garantir igualdade. Democratizar processos jurisdicionais é respeitar as garantias do devido processo constitucional. Significa conceder aos participantes deste, ampla liberdade e igualdade de tratamento, indispensável diálogo, oportunidades de atuação, informação e prova, de acordo com os meios e instrumentos legalmente permitidos. Denota, também, permitir que argumentos das partes sejam efetivamente considerados por um juízo natural (legalmente constituído), equidistante das partes, no tempo procedimental adequado, sem dilações indevidas. É combater a surpresa e permitir que as partes se reconheçam construtoras como destinatárias dos provimentos. Nesse propósito, impõe-se romper em definitivo com o padrão autoritário de decisão, do solitarismo judicante e, igualmente, promover o exercício de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica. (PAOLINELLI, 2014, p. 4).

Neste sentido, alguns direitos protegidos pelos princípios processuais merecem especial atenção, justamente por estarem intimamente entrelaçados à noção de acesso à justiça, tão cara ao que aqui nos propomos a discutir.

O primeiro deles é o direito à ampla defesa e ao contraditório, aqui trabalhado como uma extensão direta do princípio da isonomia, contido no *caput* do art. 5º da Constituição da República. A preocupação com a ampla defesa e com o contraditório vem expressa no inciso LV do referido artigo, resguardada a preocupação não apenas com a observância da isonomia processual em processos judiciais, mas também nas esferas administrativa e legislativa. Ultrapassada a noção de que isonomia processual é “paridade de armas”, é necessário aprofundar a discussão acerca da dimensão de tais direitos.

Portanto, somente se pode falar de contraditório se for pressuposta também a isonomia entre os participantes do debate processual. Processo sem isonomia (igualdade enquanto igual respeito e consideração) é uma farsa. Já a ampla defesa significa que o ordenamento jurídico deverá conferir as maiores possibilidades de participação daqueles que serão afetados pelo provimento de modo que possam discutir em igualdade de condições o significado a ser atribuído a determinado texto jurídico. Daí porque não se compatibilizavam com o contraditório, a ampla defesa e a isonomia as medidas legislativas que vêm diminuindo o espaço democrático de discussão do significado do Direito, ou seja, o espaço da cognição. (OMNATI, 2019, p. 161).

Dessa forma, considerando uma espécie de evolução deste direito, podemos citar como um exemplo a vedação às decisões surpresas contida pelo art. 10 do Código de Processo Civil de 2015⁴, desaguando no que podemos denominar de contraditório dinâmico, como uma

⁴ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

representação do direito de participação da construção do pronunciamento judicial, “por isso, é oportuno distinguir isonomia de simétrica paridade, porque esta significa a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo (...)” (LEAL, 2009, p. 98).

Como consequência direta dos desdobramentos do direito à ampla defesa e ao contraditório, é possível pensar no direito ao devido processo legal, estampado no art. 5º LIV da Constituição da República, como o segundo corolário dos estudos do processo constitucional.

Só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente; não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao judiciário; (...) as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório. (CALMON DE PASSOS, 1981, p. 86)

Trata-se de um princípio de fundamental importância para a tão buscada efetividade de direitos, em franca conexão com o papel do Judiciário e sua característica de inafastabilidade da jurisdição, sendo um princípio que “assegura a todos os cidadãos o direito ao chamado trinômio: *vida, liberdade, patrimônio*, com a observância de toda a sistemática processual”. (ARAÚJO, 2010, 57).

Este conjunto principiológico teve sua importância engrandecida pela forma que o Código de Processo Civil de 2015 trata as normas fundamentais do processo. É possível perceber uma atenção especial com as bases norteadoras previstas nos artigos iniciais do CPC, demonstrando de maneira acentuada, ao comparar com as legislações processuais anteriores, a importância de tais princípios.

As modificações ocorridas no Código de Processo Civil destacaram o importante papel do juiz visando assegurar o devido processo legal, considerando que este princípio está bem próximo aos da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional. Portanto, o devido processo legal é de importância fundamental para o atendimento aos demais princípios processuais, dentre os quais os da celeridade, do contraditório, da isonomia e da efetividade, sob pena de comprometer a integridade e mesmo a justiça da decisão. (ARAÚJO, 2017, p. 270).

É possível perceber a íntima ligação entre os direitos fundamentais necessários ao entendimento da presente pesquisa, quais sejam: o direito ao acesso à justiça, à razoável duração do processo, à ampla defesa e ao contraditório, e o devido processo legal, sem nunca se

desvencilharem uns dos outros, formando uma espécie de arcabouço principiológico de garantias fundamentais processuais.

É certo que não há a necessidade de se criar uma forma específica de tutela destes direitos fundamentais, mas sim de incluir a defesa desses direitos na atividade jurisdicional rotineira, seja em litigância individual, seja em discussões sobre direitos coletivos. Como posteriormente abordaremos nesta pesquisa, o excesso de normas não responderá necessariamente aos anseios da sociedade. O que tem este condão é uma mudança efetiva de mentalidade dos entes que de fato executam as funções estatais, em especial a função jurisdicional, de forma a abandonar a mentalidade individualista já ultrapassada.

Observa-se, portanto, que a proteção aos direitos fundamentais coloca o decisor no papel de co-partícipe no processo de elaboração de um modelo de sociedade. Notadamente, os tribunais assumem um importante papel no caso de reflexão das políticas, o qual os coloca como ambientes especializados para o debate dos valores de uma sociedade.

Naturalmente, essa percepção somente é possível pela sublimação do modelo jurisdicional fundado nas demandas individuais, no qual o julgador se vê apenas como um árbitro entre interesses divergentes. (DIAS, 2016, p. 159).

Portanto, a latente e tão importante aproximação das normas processuais com os valores constitucionais apenas demonstra a necessidade de aproximação das discussões tomadas no âmbito do processo e suas problemáticas com a realidade social experimentada pelos cidadãos que se socorrem destas normas para efetivarem seus direitos junto ao Poder Judiciário.

Tão importante é essa aproximação que, conforme citado anteriormente, os estudos acerca de noções de direito constitucional vêm sendo estimulados desde a educação básica, uma vez que se trata de direito de todos os cidadãos conhecer o teor da Constituição da República, que rege a legislação do país.

A partir da análise dessa realidade, começamos também a nos deparar com a necessidade de uma mudança de paradigma no sentido de construir uma releitura da prática processual brasileira, tão enraizada de mentalidade individualista, centrada em buscar respostas que se limitam à relação processual, se tornando muitas vezes vazia em termos de efetividade, falhando em responder a conflitos sociais de maneira adequada e satisfatória.

2.2 A CONTENCIOSIDADE INDIVIDUALISTA BRASILEIRA E SUAS CARACTERÍSTICAS: LITÍGIOS INDIVIDUAIS X LITÍGIOS COLETIVOS

Conforme anteriormente trabalhado, é um fator de relevante importância a preocupação no desenvolvimento do estudo do direito processual que este se aproxime cada vez mais dos valores constitucionais, até que atinjamos o que aqui tratamos como processo constitucional, bem como a aproximação destes estudos com realidade social dos cidadãos que litigam em busca da proteção e efetividade de seus direitos e garantias fundamentais.

O cenário da prática processual na realidade brasileira é algo que precisa ser detidamente analisado ao longo desta pesquisa. Sob essa ótica, muito se percorreu através de reformas da legislação processual, culminando com o Código de Processo Civil de 2015, reconhecido por tratar de maneira especial, entre outras matérias, da efetividade da execução da decisão judicial. Portanto, é necessário que falemos em romper com ideias tradicionais, no seguinte sentido:

O Poder Judiciário tem, cada vez mais, deparando-se com situações que fogem da concepção tradicional da litigiosidade clássica - onde há uma demanda julgada mediante a realização do contraditório e a garantia da ampla defesa, que termina com uma sentença que resolve a lide. São litígios bipolares – um pede e o outro resiste à pretensão. O número de litígios envolvendo interesse público e fora da bipolaridade clássica (além dos processos coletivos que, bem ou mal, inserem-se também na tradição subjetivista individualista) é cada vez maior. Basta notar o grande número, no contexto atual da Covid/19, de decisões acerca de distribuição de medicamentos, regulação sobre o funcionamento de estabelecimentos etc. (CÔRTEZ, 2020, p. 2).

A realidade da prática processual brasileira deve ser considerada levando em conta aspectos específicos de sua origem. Apesar de ter um microsistema processual coletivo bastante amplo, as respostas dadas pelo Poder Judiciário aos conflitos levados a ele ainda são bastante limitadas, de maneira que é possível afirmar que “em um processo binário tradicional, a ação judicial é marcada por uma competição entre dois interesses, colocados em posições opostas, e a lide em geral é retrospectiva, resolvendo um problema pretérito”. (CÔRTEZ, 2020, p. 2).

Em sua concepção clássica, o processo, em especial o processo civil, foi pensado para solucionar problemáticas que envolvem discussões apenas entre dois indivíduos, ou mesmo pouco mais do que isso. O que se vê com clareza é que, nesta acepção clássica de processo, o que se busca defender são apenas os interesses individuais próprios daqueles que litigam, os quais estão envolvidos na lide específica.

Logo, os direitos ali discutidos são restritos àquelas partes, gerando conseqüentemente a bipolaridade tão típica a lides judiciais regidas pelos preceitos tradicionais do processo, ou como observa Giuseppe Chiovenda, “o processo civil [...] se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu)”. (CHIOVENDA, 1969, p. 5).

Desta forma, se vê que a discussão, a partir dos moldes clássicos, perpassa apenas os argumentos trazidos por autor, rebatidos pelo réu, levadas ao conhecimento do juiz, que assume postura imparcial e distante de tais argumentos, escolhendo qual linha argumentativa é a mais justa, baseando-se em princípios como o princípio do livre convencimento motivado, seguindo a lógica de que as partes ali envolvidas naquela disputa estariam atribuindo a terceiro imparcial a solução da controvérsia.

Ainda neste sentido, algumas características são notórias especificamente da concepção clássica de processo. Dentre as características, é possível citar o princípio da congruência, também citado em vasta doutrina como princípio da adstrição, inclusive previsto no Código de Processo Civil de 2015 no artigo 406⁵.

Decerto que o raciocínio seguido pelos princípios tradicionais envolve lides em que os polos que as compõem são diametralmente opostos, segue-se a lógica de que a parte, uma vez considerada vencedora, necessariamente verá a parte opositora como vencida, em uma realidade abstrata em que só se considera a verdade processual, subtraindo fatores que influenciam na realidade social e que não puderam ser levados aos autos, enviesada de caráter eminentemente compensatório.

Ainda mais, temos visto algumas tentativas de responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais. E, no entanto, tal responsabilização é bastante complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços omitidos são *uti singuli*, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais, etc. Além disso, a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e 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 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. (LOPES, 2005, p. 69).

⁵ Art. 406: É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Isto demonstra um cenário de crise no modelo individualista: o excesso de demandas repetitivas pode inclusive ser capaz de colapsar inteiramente o sistema em que o Poder Judiciário está inserido. Ainda que o CPC de 2015 tenha se preocupado com a técnica de recursos repetitivos, lhe dando especial atenção como inovação no sistema brasileiro, a inovação não foi suficiente para abarcar todas as deficiências da realidade social brasileira. Tudo isto está diretamente ligado à capacidade deste sistema de fornecer aos seus litigantes o acesso à justiça efetivo.

Há ainda, sobre este modelo, a influência do cunho patrimonialista das discussões bipolarizadas, em que apenas uma decisão que condene a parte vencida a pagar quantias, já seriam suficientes para que a disputa fosse resolvida. É certo que se percebe alta preocupação com valores como a propriedade privada e a liberdade, conseqüentemente desconsiderando a possibilidade de, em demandas judiciais, se discutirem interesses metaindividuais.

Ademais, há o aspecto de retrospectividade encontrado nas discussões versadas sob a égide do processo civil tradicional, que as discussões ali travadas se atinem apenas a uma série de fatos ocorridos no passado e suas conseqüências. Não se considera perspectivas futuras e quais seus impactos, sejam eles sociais, ambientais ou patrimoniais, de maneira que “os institutos do processo civil clássico necessitam, assim, ser moldados, ou mesmo reformados, para dar tratamento a essa nova forma de tutela de interesses públicos”. (DAHER, 2020, p. 57).

Uma das características mais perceptíveis é quanto aos efeitos da decisão judicial, que afetará apenas os sujeitos que completam aquela relação processual, ignorando ou menosprezando eventuais efeitos que atingirão a coletividade ao redor dos que fazem parte da relação jurídica principal, o que faz com que a resposta judicial “encerre” o processo.

O que determina a patrimonialidade executiva, no fundo, é a sacralização da autonomia individual e de sua incoercibilidade, (*nemo ad factum praecise cogi potest*). Por debaixo da patrimonialização pulsa, na verdade, a proteção ao valor liberdade individual. A concretização deste valor no processo civil tem duas direções. A primeira está em limitar a execução apenas ao patrimônio do executado, com medidas sub-rogatórias que, por definição, não lhe forcem a vontade. Não é possível, em outras palavras, coagir a vontade do executado, exigindo-se a sua colaboração para obtenção da tutela jurisdicional. A jurisdição é uma atividade substitutiva, que independe da atividade do executado. A execução é promovida pelo Estado – o executado apenas sobre a execução, submetendo-se. A execução é forçada. A segunda, que as técnicas processuais executivas, voltadas à agressão do patrimônio do executado, estão todas previstas em lei. São técnicas processuais típicas. (MITIDIERO, 2010, p. 187-188).

É comum, ao tratar do processualismo clássico no Brasil, tomar como norte a análise do Código de Processo Civil de 1973, também reconhecido pela doutrina como Código Buzaid, reconhecendo o papel de Alfredo Buzaid como autor de seu anteprojeto. Esta codificação preocupava-se tão somente com o fornecimento de um padrão de procedimento para a tutela do direito material, qualquer que fosse esse direito. Pressupunha-se que “qualquer causa poderia ser tratada mediante a coordenação destas atividades e provimentos” (MITIDIERO, 2010, p. 181).

Superar estas ideias se faz necessário por uma questão de evolução e aperfeiçoamento na cognição e defesa de direitos, em especial de direitos sociais, que são capazes de gerar conflitos de alta complexidade. A legislação processual precisa fornecer instrumentos que sejam capazes de acompanhar a evolução da sociedade e seus desacordos, não mais limitados a discordâncias de ordem estritamente patrimonial, regidas por um estado liberal que valorizava o individualismo, que tinham como principais preocupações a defesa ferrenha dos contratos e da propriedade.

O individualismo do Código Buzaid é patente. Não tendo compromisso com questões de cunho social e metaindividuais, a que o Código Beviláqua e o espírito dos Oitocentos não acudiam, Alfredo Buzaid desenhou um sistema para tutela dos direitos partindo do pressuposto da afirmação de um litígio entre duas pessoas em juízo, supondo-o ainda do tipo obrigacional, permitindo no máximo a intervenção de terceiros, individualmente considerados, que se julguem com interesse jurídico, que se afirmem titulares de direito sobre a *res in iudicium deducta* ou que apresentem determinadas ligações sobre o direito posto em causa. Assim o é porque a regra de legitimação para causa no Código Buzaid está em que tão-somente o titular do direito material afirmado em juízo tem legitimidade para propor ação para sua proteção judicial, sendo excepcional, dependendo de expressa autorização legal, a possibilidade de propositura da ação em nome próprio para tutela de direito alheio (art. 6º). A coisa julgada, nessa mesma linha, alcança apenas aqueles que foram parte no processo (art. 472). (MITIDIERO, 2010, p. 183).

É certo que as características aqui citadas como predominantes de uma sistemática tradicional de processo não serão suficientes para fornecer respostas a litígios mais complexos, em especial quando se trata da defesa de direitos fundamentais, conflitos de massa e, principalmente, da defesa de direitos sociais, de maneira que “o raciocínio a ser levantado leva em conta a necessária revisão dos conceitos e dos limites estabelecidos de controle e a ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário no âmbito dos direitos fundamentais”. (ARAÚJO, 2009, p. 104).

(...) O problema dele, de acordo com o processo tradicional, é esse: é que o juiz está preso ao pedido formulado pela parte, de maneira que ele não tem condições de realmente lidar com uma política pública estabelecida. O processo estrutural vem justamente para tentar mostrar uma outra alternativa de abordagem de problemas como esse, como por exemplo com situações complexas ou que envolvam políticas públicas, de modo que permita, por exemplo, ao juiz dizer “olha, ao invés de atender ao teu pedido, como isso não vai resolver nada, vai empurrar esses presos para um outro lugar, que vai ficar superlotado do mesmo jeito, quem sabe se a gente não pensa numa outra solução para o problema, quem sabe a gente não faz um cronograma de que todas as cadeias públicas do Estado possam ser readequadas ou possam ter redistribuídos os presos do estado, ou alguma coisa assim” (...). (ARENHART, JULGADOS E COMENTADOS, 2020).

Citemos, a título de exemplo, que as demandas bipolarizadas envolvam o interesse de autor A em face de réu B. Eventual decisão que seja determinada pelos dogmas processuais tradicionais determinará obrigação de fazer, não fazer ou de que dificilmente considerará fatores como o interesse da coletividade, a capacidade estatal ou a realidade de terceiros que serão atingidos por aquela decisão. Neste sentido:

Tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Assim, como regra, “ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (CPC, art. 6º). Não se previram, ali, instrumentos para a tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, ainda assim sujeito, quanto ao número de litisconsortes, a limitações indispensáveis para não comprometer a defesa do réu e a rápida solução do litígio. Não se previram, igualmente, instrumentos para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados “interesses difusos e coletivos”. (ZAVASKI, 2014, p. 13).

Mesmo que a discussão versada em determinada lide envolva alguma coletividade, exarar decisão que desconhece a realidade de tal coletividade, determinando pura e simplesmente o tipo simplório de obrigação é desconhecer as consequências que tal decisão trará para a realidade da coletividade em comento, caindo no vão da inefetividade.

Isso se dá muito em parte pela influência do pensamento clássico que divide as ações em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar, carreadas principalmente pelo prestígio da doutrina de Enrico Tullio Liebman, ao afirmar que “no sistema do direito processual, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie do provimento pedido” (LIEBMAN, 1985, p. 162).

Considerando que tal modelo tradicional seria insuficiente para versar sobre demandas mais complexas envolvendo direitos fundamentais, principalmente direitos sociais, surge a

necessidade de se pensar em uma técnica processual mais aprimorada, ainda que algumas características da técnica clássica sejam mantidas. O individualismo da legislação processual passou a demandar algumas mudanças estratégicas, considerando a forte influência do direito constitucional a partir da promulgação da Constituição da República de 1988.

Isso tem levado a uma operacionalidade fundada em dogmas, o que pode resultar em uma argumentação pouco persuasiva considerando que o âmbito do processo continua tendo forte matriz positivista e, em especial no ambiente judiciário, há uma clara tendência de rejeição a concepções mais atuais do fenômeno jurídico como suporte às decisões. (DIAS, 2012, p. 389).

Portanto, a tutela a que aqui nos referimos como regida pelos preceitos tradicionais se mostrou insuficiente e inadequada para a formulação de respostas efetivas à sociedade, que passa a trazer, ao conhecimento do Poder Judiciário, questões cada vez mais complexas.

É necessário reconhecer a inadequação e a limitação do processo individual para lidar com demandas mais complexas, especialmente quando passamos a perceber que a discussão envolve um problema mais amplo, que é o da divisão de recursos públicos na realidade brasileira.

Os processos individuais, certamente, por sua própria finalidade, não se afeiçoam a esse debate. O recorte que promovem no conflito – que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu – faz com que toda discussão de política pública se converta em simples debate entre um “direito subjetivo” de determinado indivíduo frente ao Estado. Tome-se o exemplo das ações de medicamentos – frequentes no âmbito jurisdicional atual – nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor. Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) versus o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor). Sob esse ângulo, a discussão parece muito simples e sua solução, evidente. Porém, o que na realidade esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional. Realmente, esse tipo de demanda obscurece o fato de que, aquilo que está em jogo nessa causa, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país. E, pior, ao condicionar a distribuição desses recursos a partir do ajuizamento das ações individuais, faz com que eles sejam alocados segundo: a) a maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses; b) a anterioridade do exercício do direito de ação; c) o mais alto nível cultural, econômico e social do requerente (que, *ultima ratio*, é aquele

que mais facilmente preenche os dois primeiros requisitos). Ou seja, ao fim e ao cabo, as ações individuais privilegiam aqueles que, normalmente, estão em condições "menos desfavoráveis" e, portanto, que não serão aqueles que mais necessitam da proteção da política pública (ARENHART, 2017, P. 476).

O que se precisa ter em foco é que os moldes tradicionais dos estudos processuais poderiam até ser adequados, em um momento da sociedade em que os conflitos eram mais simples, assim como a própria sociedade. À medida que a sociedade vai se tornando mais complexa, seus conflitos tomam o mesmo rumo, e os instrumentos fornecidos pelo direito processual, que outrora se mostravam suficientes, não mais são capazes de fornecer respostas adequadas e que considerem a riqueza de detalhes necessária à construção de resolução de demandas de mais intrincado enredamento.

O eminente efeito expansivo das normas constitucionais, que espraiam seu conteúdo e influência para as normas infraconstitucionais, tem o condão de aproximar a atuação do poder público dos valores e do sentido de toda a Constituição. Por conseguinte, as normas processuais se configuram como verdadeiras concretizadoras do texto constitucional.

Porém, é possível falar sobre uma espécie de crise no modelo processual individualista. A sistemática clássica de processo, pensada em um contexto social de Estado mínimo, não é mais capaz de fornecer respostas à problemas policêntricos e de alta complexidade de nossa contemporaneidade, em especial quando esses problemas envolvem políticas públicas e direitos sociais.

Para construir respostas de maior efetividade, é possível buscar instrumentos a partir dos processos estruturais, que são capazes de buscar a resolução das causas dos problemas estruturais, e não apenas das consequências, como ações declaratórias ou indenizatórias, que podem inclusive criar ou exacerbar problemas já existentes. Quando se trata de grandes estruturas que estão viciadas, é preciso construir uma ampla arena de debate público, em que serão construídas em conjunto as soluções necessárias a tais problemas.

Os litígios de massa, os danos coletivos, a tutela do meio ambiente, nenhum desses cenários pode ser limitado ao modelo tradicional de tutela do Poder Judiciário, e ao considerar as características deste tipo de litígio, como a multipolaridade, o seu viés policêntrico e a sua complexidade, percebe-se que os litígios de massa também não se limitam a tais características. Teori Zavaski assim descreve:

Nos países da *civil law*, a preocupação de aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais, no intuito de dotá-los de mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos, bem como a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos de grande escala, se fez notar, de modo bem

acentuado, a partir dos anos 70 do século XX. O fenômeno se deveu principalmente à tomada de consciência, pelos meios sociais esclarecidos, de ser inadiável a operacionalização de medidas destinadas (a) a preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agente poluidores, e (b) a proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas consequências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias. (ZAVASKI, 2014, p. 27).

A partir desse momento, a doutrina passa a construir um intrincado sistema com complexidades próprias, voltado especificamente à tutela de interesses de natureza difusa, que dizem respeito não apenas a um ou dois indivíduos, mas a uma coletividade que demanda resposta jurisdicional diferenciada. Litígios que envolvam sistemas carcerários, conflitos ambientais, questões de saúde pública, repasses previdenciários e problemas de moradia dificilmente encontrarão mecanismos aptos à construção de respostas robustas a partir de instrumentos processuais tradicionais e individualistas. É preciso, portanto, romper com o paradigma tradicional do processo clássico para se enxergar novas formas de construção de mecanismos que promovam um modelo mais efetivo para atender as necessidades atuais.

Neste sentido, o professor de Harvard, Owen Chayes, ao pensar os primeiros aspectos do que seriam os pontos seminais dos processos estruturais em seu trabalho mundialmente reconhecido “*The role of the judge in public law litigation*”, elencou as principais diferenças entre o que denomina de adjudicação e da resolução de litígios individuais. Esta obra foi de enorme valia ao estudo dos processos estruturais, ao perceber o rompimento com a lógica bipolarizada e individual do processo tradicional.

As características por ele apontadas revelam uma faceta de obsolescência e déficit dos conceitos previstos na concepção tradicional de adjudicação. Isso faz com que a própria atuação judicial seja diferenciada, de maneira que, nas lides tradicionais, a atuação do julgador é deveras limitada.

Já no que Chayes conceitua como *public law model*, a estrutura é completamente diferenciada, sendo possível perceber na forma com que a participação dos sujeitos interessados na resolução do conflito se desenha é definida, de maneira muito mais proativa, dialogada, repensada.

The party structure is sprawling and amorphous, subject to change over the course of the litigation. The traditional adversary relationship is suffused and intermixed with negotiating and mediating process at every point. The judge is the dominant figure in organizing and guiding the case, and he draws for support not only on the parties and their counsel, but on a wide range of

outsiders – masters, experts, and oversight personnel. Most important, the trial judge has increasingly become the creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge’s continuing involvement on administration and implementation. (CHAYES, 1976, p. 1284).⁶

Logo, nos vemos diante de um cenário de necessidade de fortalecer o estudo do direito constitucional em seu viés mais palpável, mais prático. A nomenclatura que se refere a estas decisões como decisões estruturais se justifica pelo fato de que a intervenção judicial se ocupará de providenciar e fiscalizar práticas que sejam capazes de reformular toda a estrutura das instituições públicas ou mesmo de instituições privadas, que estejam sob supervisão do Poder Público no sentido de serem capazes de causar afronta a garantias constitucionais.

Portanto, é preciso que voltemos os olhos à necessidade de concretização destes valores constitucionais através de medidas processuais eficazes a fornecer soluções para problemas estruturais. O mote do texto constitucional não pode se afastar da construção destas respostas, que serão elaboradas a partir de intenso diálogo institucional e fortalecimento das instituições envolvidas no litígio, com ampla participação destas na resolução da controvérsia.

Para que isso seja construído, é necessário rever também a forma como o julgador e as partes exercerão seus papéis. O julgador deixará de ser um espectador distante e passará a se envolver com a demanda de maneira mais proativa, provocando diligências que sejam determinantes para a efetivação dos direitos fundamentais.

As partes envolvidas no litígio também terão seu papel reconduzido, deixando de apenas levar seu argumento de discussão individualista e narrativa bipolarizada, de forma que “parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas”. (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA, 2017, p. 49).

Assim, os litigantes, em sua ampla complexidade, e o julgador estão envolvidos em conjunto, de maneira dialogada, no cumprimento e efetividade posteriores à decisão construída pelas partes. O que se visa ajustar são eventos futuros, e não apenas buscar a restauração ao estado anterior, mas desenvolver soluções através de ampla deliberação, com a fiscalização do processo contínuo de cumprimento das medidas estipuladas, verificando qual a sua efetividade

⁶ Em tradução livre: A estrutura das partes é alastrada e amorfa, sujeita à mudanças ao longo da litigância. A relação tradicional entre os adversários é impregnada e misturada com processos de mediação e negociação ao longo de todo o processo. O juiz é a figura dominante na organização e orientação do caso, e ele é o suporte não somente das partes e seus conselhos, mas também para um amplo espectro de pessoas de fora do processo – mestres, especialistas e equipe de supervisão. Mais importante, o juiz tornou-se cada vez mais o criador e gerente de formas complexas de alívio contínuo, que espalham efeitos em sujeitos alheios ao tribunal e demandam o envolvimento contínuo do juiz na administração e implementação.

e se necessitam de mudanças, e aprofundando severamente o envolvimento do julgador com a solução ao conflito em comento.

Repensar a estreiteza de princípios como interesse de agir e limites da coisa julgada, entre outros cujas dimensões serão posteriormente analisadas, é interessante do ponto de vista de assegurar o que almejam os preceitos trazidos pelo texto constitucional, não só no cenário do direito constitucional brasileiro, mas também de outros atores presentes na América Latina.

Primero, porque en la propia jurisprudencia de la Corte la representatividad adecuada es un requisito de admisibilidad de la tutela colectiva. Un requisito que debe también ser supervisado por los jueces a lo largo de todo el proceso colectivo. Segundo, porque -también de acuerdo con la doctrina de la propia Corte- el derecho de intervenir en el proceso como parte o contraparte es un derecho constitucional de los miembros del grupo. (VERBIC, 2019, p. 704).⁷

Com isso, o estudo dos processos estruturais trata, sobretudo, de um novo gênero de processo constitucional, disposto a consolidar garantias fundamentais tais como acesso à justiça através da gestão de conflitos realizada de maneira adequada, visando sempre respeitar os ditames do Estado Democrático de Direito, combatendo com efetividade tudo aquilo que for prejudicial e potencial ao surgimento de violações graves, através de normas mais flexíveis e conceitos mais abertos. Dessa forma, o sentido em si de busca da reestruturação de instituições eivadas de burocracias e estruturas que facilitem a afronta a direitos é vigorosamente o que se busca através do texto constitucional.

Isso porque o neoconstitucionalismo implica a constatação da ocorrência de fenômenos reciprocamente provocados, como o reconhecimento da força normativa dos princípios; a constitucionalização do Direito, com irradiação dessas normas – especialmente as fundamentais – sobre todo o ordenamento jurídico; e uma maior judicialização da política e das relações sociais, em razão do fortalecimento do Judiciário. (SARAIVA, 2019, p. 213).

Portanto, as premissas constitucionais comuns aos regimes democráticos são exatamente o que a sistemática dos processos estruturais pretende resguardar, o que será efetivado através da reestruturação de instituições que violam direitos.

⁷ Em tradução livre: Primeiro, porque na própria jurisprudência da Corte, a representatividade adequada é um requisito de admissibilidade da tutela coletiva. Um requisito que deve também ser supervisionado pelos juízes ao longo de todo o processo coletivo. Segundo, porque – também de acordo com a doutrina da própria Corte – o direito de intervir no processo como parte ou contraparte é um direito constitucional dos membros do grupo.

2.3 INICIATIVAS LEGISLATIVAS COMO TENTATIVA DE APERFEIÇOAMENTO DA TUTELA COLETIVA

A partir da afirmativa de que os moldes clássicos do processo tradicional não são suficientes para que se atinja a resolução de conflitos dotados de maior complexidade e para que possamos adentrar na discussão acerca do papel da tutela de direitos coletivos através do que nos referiremos como processos coletivos, é necessário reconhecer que a complexidade das demandas levadas à análise do Poder Judiciário foi consideravelmente elevada, muito em parte pelo processo de complexidade das relações sociais travadas no contexto em que o cenário brasileiro de tutela coletiva está inserido.

Na intenção de diferenciar os tipos de direitos que serão regidos por esta tutela mais específica, a doutrina convencionou em criar distinção tripartite, cujas características aqui iremos apenas delinear, não se fazendo necessário haver prolongado aprofundamento em tal divisão conceitual.

O objetivo maior da diferenciação tripartite é justamente diferenciar a natureza jurídica do direito que se pretende arguir em juízo, de maneira a identificar quais são os instrumentos mais adequados à defesa de cada um deles, guardadas as suas devidas especificidades. Nesta concepção, três fatores são de crucial consideração, quais sejam, a indivisibilidade do objeto, a indeterminabilidade dos seus sujeitos e o fato de existir ou não relação jurídica prévia entre eles.

Algumas características próprias dos direitos coletivos são a sua impossibilidade de apropriação por sujeitos individualizados, incapacidade de renúncia, transação ou transmissão, entre outros. Como exemplo desta categoria, é possível citar o direito ao meio ambiente saudável, protegido pelo artigo 225 da Constituição Federal.

Em síntese, o processo coletivo é a técnica que o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade para obter tutela dos direitos materiais violados no contexto de litígios coletivos. Esse processo se desenvolve por intermédio da atividade de um representante, que figura como parte, mas litiga em nome dos verdadeiros titulares do direito. Embora o processo coletivo seja a melhor forma de se prestar tutela jurisdicional para os litígios coletivos, ele pode não ser a única, ou pode mesmo não estar disponível, dependendo do ordenamento jurídico de cada país. Da indisponibilidade de um sistema processual coletivo não se pode extrair a inexistência de litígios coletivos, que são inerentes à organização social moderna. Eles serão resolvidos por outras vias, jurisdicionais ou não. (VITORELLI, 2018, p. 342).

A primeira categoria abordada pela doutrina é a de direitos ou interesses⁸ difusos, que seriam aqueles dotados de transindividualidade, tendo como característica própria a sua indivisibilidade, ou como determina o texto legal contido no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

A segunda categoria é a de direitos coletivos, ou coletivos em sentido estrito, também dotados do viés de transindividualidade. A diferença entre a primeira e a segunda categoria é que na segunda há algum grau de determinação dos sujeitos do direito, visto que se faz necessário que haja uma ligação jurídica comum, dizendo respeito a “grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica” (MAZZILI, 2004, p. 53).

Por fim, a terceira categoria citada pela doutrina é a de direitos individuais homogêneos, sendo também a que mais se distancia das duas primeiras, por ser dotada justamente de individualidade dos sujeitos titulares dos direitos. Nesta categoria, os direitos são divisíveis, uma vez que possuem origem comum e decorrem das mesmas circunstâncias fáticas.

É importante que se ressalte que toda esta divisão abstrata feita pelo sistema de normas brasileiro, inclusive expressamente contida no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, já vem mostrando sinais de estafa e obsolescência. É certo que a divisão trazida acima tem o seu valor, em especial quando considerada como o primeiro movimento de adaptação do pensamento italiano acerca do tema, marcado pelos estudos de José Carlos Barbosa Moreira.

Dessa forma, a partir de um marco teórico sociológico, foi desenvolvida a ideia de que a tutela coletiva deve partir da classificação do litígio empiricamente verificado, quer dizer, da análise do direito em situação de litígio, não de integridade. Essa construção é orientada por dois indicadores: a complexidade e a conflituosidade (VITORELLI, 2019, p. 273).

Metodologicamente, é necessário pensarmos em instrumentos que se adequem de maneira mais flexível aos conflitos experimentados pela sociedade atual, de maneira que possamos trabalhar com conceitos menos rígidos e construir respostas mais amplas. É neste sentido que a classificação tripartite do CDC agora se mostra limitada e insuficiente.

Ao referir-se ao delicado raciocínio arquitetado por Edilson Vitorelli, Marco Félix Jobim observa que:

⁸ Não serão tecidos prolongados comentários acerca da diferenciação entre “direitos” e “interesses”, uma vez que este não é o objetivo desta pesquisa, além de considerar que nos dispositivos que compõem o microsistema processual coletivo, ambos os termos são considerados sinônimos.

Talvez uma nova abordagem como a realizada por Edilson Vitorelli, demonstrando a insuficiência conceitual dos direitos transindividuais, seja um ponto de partida para alargamento do espectro a delimitar os danos que hoje e amanhã são e farão parte diuturnamente dos eventos fáticos em solo brasileiro. O autor, então, refere que, em sua perspectiva, uma nova divisão delineada por: *i.* litígios transindividuais de difusão global; *ii.* litígios transindividuais de difusão local; e *iii.* litígios transindividuais de difusão irradiada tem a possibilidade de revisitar os conceitos dos institutos inerentes ao processo coletivo. (JOBIM, 2018, p. 41).

A partir da constatação de que a classificação clássica explicitada pelo CDC é limitada, chegamos em um momento em que se faz necessário construir uma nova classificação de litígios coletivos, pelo próprio Edilson Vitorelli, de maneira mais sofisticada e mais adequada à realidade desta espécie de conflitos. Esta nova classificação seria também dividida em três etapas, as quais, abaixo, analisaremos de maneira mais detida.

A primeira delas é a categoria dos litígios globais, “são aqueles que afetam a sociedade de modo geral (dano coletivo relevante), mas repercutem pouco sobre os direitos dos indivíduos (dano individual irrelevante)” (BARROS, 2020, p. 23). Trata-se de categoria que envolve conflitos de alta complexidade, mesmo que, por não haver titulares específicos, seja comum não haver tanta conflituosidade, uma vez que não repercutem diretamente no exercício de direitos individualizados. Como exemplo, litígios envolvendo pequenas digressões aos direitos do consumidor.

Em contraponto aos litígios globais, temos a categoria que aborda os litígios locais, que envolvem direitos de uma coletividade específica, que geralmente é unida por um fato ou laço jurídico prévio, de “conflituosidade interna moderada, ou seja, os indivíduos têm interesse maior de atuar no curso processual, o que pode gerar divergências opinativas” (CAMBI, WRUBEL, 2016, p. 60). É possível perceber que, mesmo havendo maior conflituosidade do que a categoria anterior, ainda há alguma uniformidade decorrente dos laços havidos entre os titulares de direitos, como seria o caso de danos ambientais cometidos em determinada comunidade indígena.

A terceira categoria pensada de acordo com esta classificação é a de litígios irradiados. Trata-se da categoria que aborda os conflitos com maior complexidade e conflituosidade, onde se discutem danos decorrentes de lesões que têm efeitos desiguais, variáveis. Os indivíduos não possuem laços ou relação jurídica anterior entre si, de maneira que a sociedade que se pretende defender é múltipla, heterogênea e muitas vezes pode ter interesses antagônicos. Como exemplo, é possível citar:

[...] Essa situação é bem exemplificada pela construção de uma usina hidrelétrica, que gere impacto sobre uma cidade. Grupos de pessoas diferentes são atingidos de modos diferentes, com maior ou menor intensidade, o que gera pretensões de tutela distintas e variadas, possivelmente antagônicas, total ou parcialmente. (VITORELLI, 2019, p. 274).

Seguindo esta classificação, mais intrincada e sofisticada, podemos começar a repensar a prática da tutela coletiva, em especial os litígios que envolvem a reestruturação de instituições visando a promoção de valores adequados à sociedade que se pretende defender. Este raciocínio eventualmente nos levará, como adiante será exposto, a uma nova forma de pensar os preceitos tradicionais do processo, em especial do processo coletivo. Além desta classificação, é fundamental, para compreensão e execução dos processos estruturais, trabalhar de forma coesa e substancial o conceito de problema estrutural.

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). (DIDIER JR., ZANETI JR., DE OLIVEIRA, 2020, p. 2-3).

É nítido, portanto, que a classificação que aborda o conceito de litígios coletivos, em especial o conceito de litígios coletivos irradiados, é a que mais adequadamente considera os aspectos e nuances contidos em conflitos que demandam a defesa dos interesses de uma sociedade complexa, diferente dos interesses particulares dos indivíduos que a formam.

É justamente por causa dessa característica dos litígios coletivos que é importante considerar esse avanço no estudo dos processos coletivos, considerando a fluidez e mutabilidade necessárias em busca de verdadeiras reestruturações e que patenteie a busca da defesa de direitos fundamentais.

Tudo isto nos demonstra como as ferramentas processuais tradicionais não mais se mostram suficientes para que o poder público, através do exercício da função jurisdicional, possa construir respostas efetivas a litígios multipolares e complexos. É lastimoso pensar em soluções para conflitos tão amplos através de instrumentos tão limitados.

A tentativa de formalizar um código único de processos coletivos no Brasil não é recente. Autoridades nos estudos dos processos coletivos já tentaram, sem sucesso, enveredar pela seara da resposta legislativa na tentativa de estabelecer uma legislação processual única, como Ada Pellegrini Grinover, que liderou grupo de estudos formado por alunos da pós

graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a formar o que seria o anteprojeto do que seria um código-modelo de processos coletivos, visando aperfeiçoar “as regras do microsistema brasileiro de processos coletivos, sem desprezar a experiência das class-actions norte-americanas” (GRINOVER, 2013, p. 1).

Posteriormente, tal anteprojeto foi alvo de uma celeuma judicial entre Ada Pellegrini Grinover e Antonio Gidi, após severas críticas tecidas por Gidi na obra “Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo – a codificação das ações coletivas no Brasil”, em que se discute o cometimento de plágio.

Ainda na tentativa de refinar a maneira com que a jurisdição brasileira trabalha a litigiosidade coletiva, o Conselho Nacional de Justiça enviou no último mês de setembro ao Congresso Nacional o PL nº 4.778/2020, que visa regular as formas com que a tutela coletiva é exercida, especialmente na categoria anteriormente visitada dos direitos individuais homogêneos. O anteprojeto foi fruto de grupo de pesquisa liderado pela ministra do Superior Tribunal de Justiça Maria Isabel Gallotti, que na ocasião afirmou que:

É preciso que as ações coletivas sejam propostas por entidades que tenham legitimidade para realmente representar a sociedade civil. E que possam outras entidades se juntarem à associação autora e, assim, dar margem a uma sentença coletiva, ou seja, que tenha validade em todo o país, desde que o dano seja em todo o país.

Já o PL nº 4.441/2020, apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo, se propõe a disciplinar “a nova Lei de Ação Civil Pública”, pretendendo para isso, redefinir a tutela das ações coletivas.

O comprometimento principal de ambas as iniciativas é se ater à simplicidade e eficiência na resolução das demandas coletivas, sendo a sua proposta mais vistosa, justamente a de concatenar todos os dispositivos necessários à tal resolução em apenas um dispositivo legal, e não a um sistema composto por inúmeras leis esparsas.

Há ainda outras tantas questões tratadas nesta empreitada, merecendo destaque a possibilidade de *opt in*, ou seja, de que o indivíduo que ingressou com demanda individual desista de seu pleito para se beneficiar da coisa julgada coletiva; bem como o saneamento das questões envolvendo a competência territorial e a distinção entre danos locais, regionais e nacionais prevista pela Lei da Ação Civil Pública, e a valorização de características próprias dos processos estruturais, como o incentivo à consensualidade e à construção de respostas construídas de maneira dialogada, a ênfase à possibilidade da realização de negócios processuais e até mesmo a simplicidade procedimental, o que se verifica pelo estímulo ao

proferimento de sentença líquida, ainda que o pedido tenha sido genérico, visando eliminar a fase de liquidação de sentença.

Apesar da tentativa de aperfeiçoamento, especialmente de institutos como a legitimação e a representatividade, o anteprojeto de lei continua utilizando a classificação tripartite já consagrada pela doutrina, ainda que se trate de divisão que já apresenta seus sinais de estafa e insuficiência. Inclusive, o projeto tem sofrido diversas críticas da doutrina a respeito de tentar estabelecer conceitos e normas sobre as quais nunca se chegou de fato a algum consenso, bem como se propõe a revogar integralmente a Lei nº. 7.347/85, os arts. 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 2º. – A, *caput* e parágrafo único da Lei nº. 9.494/97.

O projeto possui, assumidamente, duas marcas indeléveis: simplicidade e eficiência. Isso fica nítido com a incorporação na lei de normas cuja *ratio* é, essencialmente, a mesma que informa a flexibilização procedimental e cooperação entre os sujeitos do processo consagrada pelo CPC 2015: I) a possibilidade de demonstração da representatividade adequada por quaisquer meios adequados; II) admissão de todas as ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais; III) preferência pela celebração de acordo para destinação direta do proveito da condenação na realização de obras ou atividades para restaurar o dano causado (tornando subsidiária a destinação ao FDD, cujos recursos dependem de um procedimento mais burocrático para ser utilizados; IV) possibilidade de ampliação do prazo de contestação, a depender da complexidade da causa; V) a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais em qualquer fase do processo; VI) possibilidade de produção de todas as provas admitidas pelo ordenamento, ainda que não especificadas em lei; admissão de utilização de prova por amostragem ou estatística; e VII) possibilidade de qualquer litígio ser resolvido por meio de acordo ou TAC. (DOS SANTOS, 2020).

Há ainda que se observar que, a despeito de se preocupar com a flexibilização procedimental, o anteprojeto de prolonga em definir conceitos estanques, em especial quanto à coisa julgada, efeitos da sentença, entre outros. Isto pode fazer com que uma futura lei de ações coletivas acabe engessando um procedimento cuja complexidade o torna por vezes imprevisível, de maneira que a flexibilização da interpretação de normas deve ser a regra geral. Acertada e severa crítica de Antonio Gidi à tentativa de aprovação da nova legislação:

O Projeto CNJ é um presente para os bancos, para as grandes empresas e para o Estado. Parece que só eles foram representados perante o CNJ: é como se os grandes litigantes repetitivos tivessem feito uma listinha com os seus mais recônditos desejos e algum estagiário do CNJ publicou essa lista por engano, em vez do projeto verdadeiro.

Já o grupo titular do Direito foi um saco de pancadas do Projeto CNJ. E quem perde são grupos específicos e direitos específicos: consumidores, mulheres, negros, investidores, crianças, pessoas com deficiência, trabalhadores, usuários de serviços públicos, comunidade LGBT, a ordem econômica, o

patrimônio público e social, o meio ambiente. Todos aqueles direitos listados no artigo 1º da LACP (que, aliás, fica revogado) saíram perdendo com o Projeto CNJ. (GIDI, 2020, p.1).

Causa alguma estranheza o fato de a discussão acerca da necessidade de uma lei específica de ações coletivas tenha renascido das cinzas. Há muito se discute sobre esta necessidade na doutrina brasileira, e as próprias propostas de futuros códigos de processos coletivos haviam sido encerradas em meio ao processo legislativo, em grande parte por já haver no ordenamento jurídico uma série de dispositivos capazes de normatizar as demandas coletivas, como o Código de Processo Civil, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros dispositivos que compõem o que se convencionou denominar de microsistema processual coletivo.

Es cierto que después de la definición de proceso colectivo será necesario definir un régimen de garantías procesales adecuadas al objeto definido en él, del mismo modo que se establecen garantías para los procesos jurisdiccionales individuales, pero esto ya es propio de un momento posterior, que no interfiere en el concepto definido. Así, la importancia de la distinción es exactamente esta, pues aislar los objetos permite percibir las diferencias de su desarrollo teórico. (DIDIER JR, ZANETI JR, 2017, p. 270).⁹

Porém, importante que se questione a necessidade de nova legislação, em um sistema jurídico já tão inchado de normas como o brasileiro, bem como a conveniência da nova lei. A nova tentativa de legislar como resposta aos entraves enfrentados pelos estudiosos da tutela coletiva se assemelha mais a um passo atrás na busca pela efetividade de direitos e garantias constitucionais, demonstrando-se acima de tudo como mais um entrave ao acesso à justiça.

É possível buscar, dentro da realidade do processo coletivo brasileiro, aperfeiçoamento sem necessariamente se socorrer da hipernomia, “há campo para melhorar sem mudar a lei; alterações legislativas, diante da sensibilidade do tema (que afeta interesses os mais variados), devem ser promovidas com cautela, no momento oportuno e da forma adequada” (LEONEL, 2020).

Ademais, chama atenção a inadequação do momento político em que é proposta a alteração legislativa: em pleno cenário pandêmico, em que vários segmentos experimentam o caos e em que inúmeras esferas da sociedade e uma ampla gama de conflitos variados são

⁹ Em tradução livre: É certo que depois da definição de processo coletivo será necessário definir um regime de garantias processuais adequadas ao objeto definido nele, do mesmo modo que se estabelecem garantias para processos jurisdiccionais individuais, porém isto já é próprio de um momento posterior, que não interfere no conceito definido. Assim, a importância da distinção é exatamente esta, pois separar os objetos permite perceber as diferenças de seu desenvolvimento técnico.

levados ao Poder Judiciário para que se decida a toque de caixa, tais como as decisões determinando a decretação de *lockdown*, a forma como devem funcionar estabelecimentos comerciais, eventos públicos e privados, funcionamento de escolas e universidades e até mesmo questões envolvendo a vacina contra a COVID19.

O PL nº 4.778/2020, apresentado pelo CNJ, apesar de aparentemente bem intencionado, peca por trazer ao ordenamento jurídico, em forma de codificação específica, o que nele já existe. Há inclusive o risco de limitação à tutela coletiva, como quando trata da exigência da desistência das ações individuais, conforme anteriormente abordado, ou do silêncio ao tratar da disciplina de procedimentos problemáticos à tutela coletiva, como a execução e liquidação das decisões e a realização de provas periciais.

É fácil prever o quão devastadoras serão as consequências práticas do Projeto CNJ. Em vez de fomentar as ações coletivas, fortalecê-las e aprimorá-las, em vez de torná-las efetivas, o Projeto CNJ restringe o acesso à justiça dos direitos de grupo, intimidando as instituições e impedindo-as de atuar. O Projeto CNJ dificulta a propositura de ações coletivas, especialmente pelas associações, mas também pelo Ministério Público e pelas Defensorias Públicas. Em vez de avançar, o Projeto CNJ caminha para trás. Seria mais honesto abolir as ações coletivas, pois o efeito prático será o mesmo. Aliás, um dos objetivos fracassados do Projeto CNJ foi acabar com a ação coletiva em tutela dos direitos individuais homogêneos. Se o CNJ começar a usar o seu poder jurídico e político para reduzir os direitos dos cidadãos, talvez esteja na hora de criar um “órgão externo” para controlar o CNJ. (GIDI, 2020, p. 42).

Os próprios processos estruturais possuem previsão de iniciativa legislativa, através do PL nº. 8.058/2014, também de iniciativa do deputado Paulo Teixeira, do Partido dos Trabalhadores do Estado de São Paulo, que se propõe a instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Atualmente, o PL encontra-se aguardando finalização do parecer da relatoria da Comissão de Finanças e Tributação. Merece menção a diferenciação prevista pelo art. 2º, parágrafo único do PL:

Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;
- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário.

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
- VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
- IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;
- X – que flexibilizem o cumprimento das decisões
- XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este (BRASIL, 2014).

Além de especificar princípios norteadores dos processos em que ocorrerão as intervenções em políticas públicas, os incisos do parágrafo único se desdobram em elencar características já tratadas aqui sobre os processos estruturais, valorizando a possibilidade de decisões encadeadas, atuação protagonista do magistrado e, principalmente, o diálogo institucional, principal responsável pela complexidade das decisões estruturais.

Outrossim, o PL se preocupa em instituir uma cognição judicial mais aprofundada, necessária às decisões sobre políticas públicas, bem como um contraditório ampliado, que envolva o diálogo com os responsáveis por sua efetivação, de modo a fornecer ao juiz dados e informações que lhe permitam decidir de maneira mais equilibrada, justa e exequível. Cuidados especiais se tomam com o cumprimento da sentença, que é flexibilizado. A reunião de processos, tanto na instância originária quanto na recursal, e a instituição de cadastros nacionais são outras técnicas utilizadas para uma distribuição mais equilibrada e efetiva da justiça nesse campo. (LIMA, 2017, p. 280).

Apesar de não se apresentar explicitamente como uma iniciativa legislativa para normatizar o processo estrutural, é exatamente isso que o PL se propõe a fazer. Além de tratar especificamente de intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, as características ali elencadas se aplicam a quaisquer processos estruturais, desde que se proponham a buscar a reestruturação de entidades burocráticas problemáticas e que confrontem direitos e garantias

fundamentais, especialmente de cunho social. Ainda que o PL em questão seja alvo de críticas de parte da doutrina, que considera ser “eivado de inconstitucionalidades e de incongruências com a democracia” (STRECK; LIMA, 2015, p. 1), o que seria uma tentativa do Poder Legislativo de legitimar o ativismo judicial desmedido, reconhecemos ser a iniciativa legislativa um importante reconhecimento acerca dos processos estruturais e suas características, em especial para resolução de conflitos complexos e multipolares.

Além das iniciativas legislativas aqui já citadas, merece algumas observações o anteprojeto de Código de Processo Constitucional Brasileiro a ser elaborado por comissão de renomados juristas instituída pelo presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, no último mês de novembro de 2020, com a intenção de sistematizar as normas do processo constitucional brasileiro.

Ainda que louvável a iniciativa de aproximação legislativa do direito processual e direito constitucional em busca da efetividade dos direitos humanos, é preciso denotar que eventual legislação processual constitucional deve ser pensada com muita cautela no sentido de considerar a realidade social em que estamos inseridos, bem como o momento delicado que a sociedade atualmente ultrapassa. Além disso, é necessário que se observe certos cuidados no sentido de observar o interesse político dos envolvidos na elaboração das normas.

Estes riscos podem ser evitados ou diminuídos, se tomadas algumas medidas. Defende Bazán que deve ser evitada a simples importação de um sistema normativo processual constitucional de outro país, mas deve-se levar em conta a ideologia jurídica, a cultura e a realidade social local, para se elaborar a codificação. Também é importante aguardar o momento oportuno para a propositura do mesmo, vez que estas desvantagens seriam mitigadas quando houver um real interesse político na aprovação do código. Por fim, deve-se perceber a real intenção de aplicação destes preceitos pelos operadores do direito, pois sem sua sincera vontade de dar cumprimento a estes dispositivos, a codificação pode ter sua eficácia diminuída. (ÁLVARES, CUNHA, 2018, p. 7).

Portanto, as iniciativas de inovação legislativa parecem ter a mesma preocupação: sob a proposta de aprimorar institutos, como a legitimidade na busca pela defesa dos direitos coletivos, se criam entraves e obstáculos desmedidos à tutela coletiva.

3 TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DE MODELOS ATRAVÉS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO

Após o reconhecimento da limitação dos institutos tradicionais do processo, é necessário tecer algumas diretrizes para que possamos alcançar uma prática processual mais rica, capaz de fornecer instrumentos aptos a construir respostas mais efetivas, duradouras e substanciais.

Para isso, é necessário reconhecer que existe uma transição de paradigma do conhecimento teórico acerca do processo como ciência autônoma. A exemplo da transição paradigmática percebida por Boaventura de Sousa Santos, passamos a perceber a necessidade de aproximar o raciocínio teórico da vivência social daqueles que são destinatários das normas.

A ciência pós-moderna, ao sensocomunizar-se, não despreza o conhecimento que produz tecnologia, mas entende que, tal como o conhecimento se deve traduzir em autoconhecimento, o desenvolvimento tecnológico deve traduzir-se em sabedoria de vida (SANTOS, 2010, p. 57)

Ao considerarmos que esta transição se traduz também na evolução dos conflitos experimentados pela sociedade, passamos a perceber a grande necessidade de se pensar as ferramentas processuais de acordo com a complexidade da sociedade e de seus conflitos. A partir desta concepção, é possível encarar como o cenário das demandas individuais vem enfrentando uma espécie de crise, uma vez que os instrumentos disponíveis à resolução de conflitos envolvendo políticas públicas, estruturas eivadas de vícios institucionais e situações de completa desconformidade constitucional não se mostram condizentes com a complexidade apresentada.

Ao passo em que as demandas dotadas de maior complexidade atingem o Poder Judiciário, é possível perceber que os instrumentos à disposição dos julgadores, e consequentemente das partes envolvidas, são demasiadamente limitados, fazendo com que o próprio alcance das partes a acesso à justiça seja limitado e prejudicado. Se percebe, portanto, que construir respostas jurisdicionais calcadas na ótica processual individualista esvazia estas respostas de substrato efetivo, afetando, dessa forma, a defesa de direitos e garantias constitucionais.

Para construir a resposta da problemática aqui apresentada, é preciso primeiramente delinear contornos gerais acerca dos processos estruturais. Logo, nesta seção, serão abordados alguns conceitos necessários ao entendimento do que seria esta técnica processual, no sentido de construir soluções mais efetivas para conflitos dotados de muito mais ampla complexidade.

3.1 CONCEITOS NECESSÁRIOS À COMPREENSÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

No sentido de buscar desconstruir os resquícios individualistas da litigiosidade, passamos a pensar na lógica dos processos estruturais, como via de resposta a litígios mais complexos e como forma de construção de respostas mais efetivas e adequadas aos anseios da sociedade.

É importante perceber como é comum que, em litígios em que se busca a concretização de direitos fundamentais, mormente os direitos fundamentais de fundo social, pelo Poder Judiciário, será necessário buscar a reorganização de determinado ente, órgão, público ou não, por sua burocracia. A partir daí, se busca eliminar a ameaça causada por estrutura problemática através de sua reconstrução, e não pura e simplesmente a reparação de danos que ocorreram anteriormente.

Desse modo, conforme anteriormente alinhavado, é necessário considerar a ideia de que conflitos trabalhados através dos processos estruturais geralmente possuem uma característica de policentrismo, em que se consideram inúmeros interesses e cujos argumentos têm efeitos irradiados para as mais amplas frentes. Na visão de Edilson Vitorelli:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. (VITORELLI, 2020, p. 60).

O fim maior dos processos estruturais, portanto, sob o risco de parecermos redundantes, é justamente reestruturar estruturas problemáticas, reformar a estrutura de entes, sejam eles públicos ou privados, através da intervenção judicial. É a principal característica dos processos estruturais, e o que fundamentalmente diferencia esta sistemática do sistema processual binário tradicional.

No processo binário tradicional, a ação judicial é marcada pelas características da bipolaridade, organizada como uma competição entre dois indivíduos ou dois interesses, minimamente unitários, colocados em posições opostas; a lide é retrospectiva, voltando-se para eventos passados; a tutela jurisdicional decorre da violação de um direito subjetivo, de modo que ao autor deve ser dada uma compensação, dosada conforme a lesão causada pelo réu; o impacto do julgamento se confina ao interesse das partes; o processo é organizado e conduzido, sobretudo, pela iniciativa dos litigantes, que definem as principais questões a respeito das quais o juízo deve se pronunciar. (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 83-84).

Pelo fato de que a discussão não envolve direitos disponíveis de uma parte em contraponto aos direitos disponíveis da parte contrária, mas sim da criação, controle e efetivação de políticas públicas através da intervenção direta do Poder Judiciário, é necessário construir uma nova metodologia de resolução destes conflitos, considerando tais especificidades.

Para Sérgio Cruz Arenhart, “as questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial” (ARENHART, 2013, p. 394). Isto importa em afirmar que os processos estruturais, ainda que não se limitem à tutela coletiva, estão necessariamente ligados a ela, tanto pela amplitude das decisões tomadas a partir de sua lógica quanto pela natureza de seus litígios.

É possível tratarmos de litígios formalmente individuais, regidos pelas normas da litigância clássica habitual, cujos efeitos se espraiam por toda a coletividade, como as demandas que versam sobre políticas públicas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental ou ação direta de inconstitucionalidade. Estes conflitos naturalmente têm natureza estruturante, por sua capacidade de intervenção em políticas públicas e por seus efeitos em múltiplas coletividades, e como tais, devem ser tratadas de maneira específica, considerando a gravidade das consequências das decisões ali emanadas.

Portanto, é possível falar na pretensão de se criar uma tipologia a respeito das decisões estruturais. Basicamente, se busca agir ativamente sobre as causas dos conflitos tratados, e não sobre as consequências. Logo, tomando a analogia de Edilson Vitorelli de um barco afundando, com vários furos, “o processo não estrutural se preocupa em tirar a água de dentro do barco com pequenos baldes, e o processo estrutural tem por causa atacar a causa (consertar o barco)”. (VITORELLI, 2018).

Ademais, por tratar diretamente de políticas públicas, é necessário considerar também a atuação dos demais poderes, além do Poder Judiciário. A decisão construída dentro da sistemática dos processos estruturais não será tomada pelo juiz solitário em posição isolada, mas sim emanará de um processo de diálogo entre os atores interessados no pronunciamento judicial, bem como nos representantes dos demais poderes, sendo possível assim traçar a possibilidade de efetivação de tal decisão judicial, de maneira que “uma característica marcante do processo estrutural deve ser o diálogo necessário entre as partes e os poderes envolvidos, para que as medidas se materializem”. (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 85).

Note-se que a aplicação dos processos estruturais se mostra também como excepcional: não se trata de resposta automática para todos os conflitos levados aos olhos do

Poder Judiciário. É necessário estabelecer métodos e critérios específicos para que a métrica dos processos estruturais não se banalize, sendo necessário observar a ocorrência de violações repetidas e perenes no tempo e a urgência necessária à resolução do conflito através da intervenção judicial.

Ademais, é nítido que as decisões estruturais não devem ser tomadas quando as decisões judiciais simples forem suficientes para a reparação da lesão pretendida. Tal é o seu caráter excepcional. Por se tratar de intervenção mais ativista do Poder Judiciário, deve ser entendida como o último artifício, devendo durar apenas o “estritamente necessário” (DANTAS, 2016, p. 168).

Importante salientar que a métrica dos processos estruturais não está limitada à seara dos processos coletivos. É possível que processos com características mormente não-estruturais utilizem de técnicas dos processos estruturais para que se possa resolver aspectos pontuais de suas demandas. É possível encontrar estas características estruturais em demandas ambientais, em processos penais, e o exemplo mais didaticamente utilizado, que são as ações de recuperação judicial de pessoas jurídicas.

Ademais, nesse mesmo raciocínio, um processo com feição nitidamente não estrutural pode possuir espaços para uma compreensão estrutural em algumas de suas técnicas. O instituto da colaboração premiada no processo penal é um bom exemplo. Uma ação penal possui traços fortemente não estruturais, eis que visa uma análise puramente retrospectiva dos fatos de modo a identificar se estão caracterizadas a materialidade e a autoria de um delito caso em que (ressalvadas as hipóteses previstas no ordenamento) se deve aplicar o preceito previsto, a sanção penal.

O instituto da colaboração premiada, permite a inclusão de uma feição estrutural em um processo penal. Desde sua previsão legislativa, é possível identificar um caráter prospectivo, uma finalidade futura, um objetivo. Assim é que, na forma do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, se verifica a possibilidade de flexibilizar a aplicação de um preceito (perdão judicial, redução de pena ou substituição por pena restritiva de direito) se a colaboração premiada se constituir em meio para o alcance futuro de certos resultados. (GALDINO, 2020, p. 236)

É possível encontrar características comuns aos processos estruturais até mesmo em processos tributários, ainda que de maneira excepcional. Ainda que marcada pelo individualismo, a seara tributária pode se beneficiar de práticas estruturais, em especial quanto ao incentivo ao diálogo e à execução diferenciada.

Esse fenômeno pode ocorrer também no processo tributário. Embora a lógica individualista funcione com normalidade na maioria dos casos, viabilizando o regular controle estatal da tributação, em certos casos os profissionais do direito se deparam com situações de maior complexidade, envolvendo

interesses concorrentes. Não se trata propriamente de interesses contrapostos, já que isso lhes permitiria a análise a partir de uma lógica de linearidade, mas de interesses rigorosamente interdependentes, estruturados como um castelo de cartas, suscetível de desabar se as soluções empregadas não forem concebidas sob uma perspectiva sistêmica. (CLEMENTINO, 2019, p. 888).

Além destas características, é possível caracterizar os processos estruturais como ativismo judicial, em análise pouco profunda. Isso se dá justamente pelo fato de que as decisões estruturais são proferidas em situações em que o Poder Judiciário deve agir em posição de protagonismo, muitas vezes em situações de reiterada omissão dos demais poderes que geram danos a direitos fundamentais, uma vez que a atuação esperada para que não haja afronta a direitos fundamentais pelos demais poderes não é tomada, devido a “existência da recalcitrância ou prolongada inércia do Poder Público na implementação de direitos fundamentais” (DANTAS, 2016, p. 167).

Estas “mera ocupação de espaços vazios” (BARROSO, 2018, p. 2.182) tem como consequência uma atuação cada vez mais intensa do Poder Judiciário, em especial das cortes constitucionais, que mostram que sua atuação vem sendo feita de maneira cada vez mais proativa, por vezes até mesmo agressiva.

A lacuna do texto constitucional quanto a sujeição de falhas estruturais e duradouras de fruição de direitos às ações de fiscalização abstrata, longe de ser acidental, é, em tese, justificável, pois a inconstitucionalidade fático-substancial ora parece resumir-se a simples situações de descumprimento direto do texto constitucional, ora a situações de violação reflexa, dependentes do prévio exame de normas infraconstitucionais. (SILVA, 2020, p. 45).

Desta ocupação decorre a postura ativista do Poder Judiciário. Neste cenário, o juiz deixa de ter a postura silenciosa e passiva de “legislador negativo” e passa a participar do processo criativo do direito e da norma. Esta atuação expansiva do Judiciário se justifica pela função constitucional de proteção de direitos e garantias fundamentais, além das regras do jogo democrático, de maneira que, por vezes, é demandado do Judiciário atuar desta maneira. Trata-se de uma importante ligação entre a atuação do julgador e seu dever de guarda dos valores previstos pelo texto constitucional.

Sob pena de afronta à separação de poderes, esta postura ativista deve ser encarada com alguma cautela. É claro que a norma constitucional deve ser protegida e os atos públicos contrários ao texto constitucional devem ser combatidos e anulados, porém, a função constitucional do Poder Judiciário deve ser preservada.

Daí o motivo pelo qual, ao menos enquanto o direito constitucional brasileiro não contar com uma cláusula não obstante, como a inserida no art. 33 da Constituição Canadense, ou ao menos com uma reforma constitucional como a que acresceu o art. 334 à Constituição Colombiana e inseriu um mecanismo de diferimento de ordens da Suprema Corte, a única forma possível de transplante do estado de coisas inconstitucional para o País, em sede de jurisdição constitucional abstrata, se se quer prestigiar minimamente a separação harmônica entre os Poderes, é a que permite remédios fracos, de natureza puramente declaratória, sem impacto substitutivo das competências constitucionais dos poderes representativos. (SILVA, 2020, p. 209).

O ativismo judicial é visto como a “intoxicação provocada pelo uso excessivo dos tribunais, bem como à cegueira em relação aos ‘encantos’ da Justiça Constitucional” (VERBICARO, 2019, p. 453), uma característica a ser encarada com ponderação, em especial pelo fato de que o Poder Judiciário não possui a investidura do voto direto, o que faz com que sejam “imunes a qualquer forma de *accountability*” (VERBICARO, 2019, p. 455.).

Além disso, é necessário perceber que a decisão estrutural, que busca alcançar toda uma reformulação de estrutura que violam direitos fundamentais, é medida excepcional. Em situações em que uma decisão judicial unitária e individual é suficiente para evitar ou reparar lesões a estes direitos, não se deve buscar medidas mais amplas e complexas, inclusive por uma medida de economia processual. As decisões estruturantes, por sua complexidade e aspecto multifacetário, e até mesmo por ser um tipo de decisão de mais difícil implementação, não devem ser a primeira resposta a ser buscada. Adiante, em tópico posterior, se trabalharão algumas decisões estruturais concretas, em cenários em que será possível demonstrar o caráter de complexidade e policentrismo de tais decisões, em especial no âmbito dos tribunais superiores.

A preocupação com a proteção dos direitos e garantias fundamentais tem razão especial de existir: a aproximação com os preceitos estampados no texto da Constituição da República. As decisões estruturais buscam transformar o que a doutrina convencionou denominar de estado de coisas inconstitucional, cenário caracterizado pela ocorrência de “violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades” (LEITE, 2018, p. 147).

Em decisão que propôs a inovação constitucional, tendo como pano de fundo a realidade colombiana de 1997, na Sentencia de Unificación nº 550, um grupo de professores demandou à administração municipal, alegando que não estavam recebendo adequadamente

valores a título de previdência social, que estava sendo aplicado em fins diversos do que a lei municipal determinava.

Na decisão que julgou a demanda dos professores, percebeu-se que estava ocorrendo o estado de coisas inconstitucional, contrário aos fundamentos da Constituição colombiana, da seguinte maneira:

Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. (COLOMBIA, 1997)¹⁰.

Sobre as decisões estruturais proferidas em situações de estado de coisas inconstitucional, César Rodríguez-Garavito define:

I characterize these cases as judicial proceedings that (1) affect a large number of people who allege a violation of their rights, either directly or through organizations that litigate the cause; (2) implicate multiple government agencies found to be responsible for pervasive public policy failures that contribute to such rights violations; and (3) involve structural injunctive remedies, i.e., enforcement orders whereby courts instruct various government agencies to take coordinated actions to protect the entire affected population and not just the specific complainants in the case. (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 1671)¹¹.

É possível afirmar que o estado de coisas inconstitucional, de acordo com a realidade colombiana, cuja jurisprudência cunhou esta expressão, ocorre especificamente em situações em que há recorrentes e graves violações de direitos fundamentais diretamente ligadas a “deficiências nos arranjos institucionais do Estado” (DANTAS, 2019, p. 54).

A declaração do estado de coisas inconstitucional seria capaz de possibilitar a intervenção do Poder Judiciário em realidades que, em situações normais, seriam de responsabilidade dos demais poderes, estabelecendo políticas públicas e, conseqüentemente, alterando a lógica habitual da separação de poderes.

¹⁰ Em tradução livre: Se o estado de coisas que como tal não se compadece com a Constituição Política, tem relação direta com a violação de direitos fundamentais, verificada em um processo de tutela por parte da Corte Constitucional, a notificação da regularidade existente poderá ser acompanhada de um requerimento específico ou genérico dirigido às autoridades no sentido de realizar uma ação ou abster-se de fazê-lo.

¹¹ Em tradução livre: Eu caracterizo estes casos como procedimentos judiciais que (1) afetam um grande número de pessoas que alegam violação de seus direitos, sejam diretamente ou através de organizações que litigam na causa; (2) implicam em múltiplas agências governamentais consideradas responsáveis falhas generalizadas em políticas públicas que contribuem com tais violações de direitos; e (3) envolvem medidas estruturais, i.e., ordens executivas pelas quais agências governamentais tomam ações coordenadas para proteger toda a população afetada e não apenas os litigantes no caso.

Em suma, o que se busca resolver é o problema estrutural, partindo de um estado de coisas inconstitucional, de massivas e generalizadas afrontas à direitos e garantias constitucionais, reestruturando inteiramente instituições, sejam públicas ou privadas, até que se atinja um estado de coisas de conformidade com as normas constitucionais.

Essa complexa desorganização estrutural, capaz de espalhar seus danos por várias coletividades, seria um estado em que o exercício de direitos e garantias constitucionais não seria possível, portanto, é necessária a intervenção judicial para que o estado de coisas ideal seja restaurado.

Dentre os casos nos quais houve o reconhecimento desse estado de coisas, podemos destacar a situação de absoluta ausência de cobertura previdenciária dos professores públicos municipais, a violação mássica ao direito de petição dos segurados da Previdência Social pela não apresentação de requerimentos administrativos ou apresentação de respostas-padrão sem análise dos pedidos, lesões ao direito à saúde, integridade física e psíquica, vida e dignidade dos detentos recolhidos em prisões superlotadas e negação dos direitos à moradia, ao trabalho, saúde, alimentação e educação da população vítima de deslocamento forçado em virtude de conflitos armados.

É importante ressaltar que tais declarações ocorreram no julgamento de ações de tutela que apreciaram casos individuais. No entanto, a partir da constatação genérica da violação massiva de direitos fundamentais, a Corte colombiana conferiu eficácia geral e *erga omnes* às decisões, que passaram a aproveitar todos os demais indivíduos que se encontrassem em idêntica situação. (DANTAS, 2019, p. 54).

Dentre as principais características do estado de coisas inconstitucional, a partir a experiência colombiana, é possível elencá-las da seguinte maneira:

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL – Factores que lo determinan
 Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA. Elementos/ESTADO DE COSAS

INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA –
Declaración formal. (COLOMBIA, 2004).

É importante que seja possível perceber os elementos de forma cumulativa, enredada, intrincada, que caracterizem a ocorrência do estado de coisas inconstitucional, para que, assim, seja legitimada a atuação excepcional do Poder Judiciário. As violações aos preceitos constitucionais devem ser massivas, generalizadas, e atingir um grande número indeterminado de pessoas e coletividades.

A partir desta constatação, é possível afirmar que uma certa postura de ativismo judicial pode fazer parte da construção da resposta ao rompimento com o estado de coisas inconstitucional, não apenas para que se atinja um estado de coisas ideal, mas também para que se ampliem os espaços democráticos de debates e se fortaleçam os diálogos institucionais, considerando que, no estado de coisas inconstitucional, “operam desacordos políticos e institucionais insuperáveis, a falta de coordenação entre órgãos do Estado, pontos cegos legislativos, temores de custos políticos e falta de interesse na representação de certos grupos sociais minoritários ou marginalizados” (CAMPOS, 2015).

Edilson Vitorelli, em busca da construção e estabelecimento de um marco teórico conceitual que possibilite o aprofundamento do estudo dos processos estruturais, teceu importantes diferenças entre conceitos necessários ao entendimento de tal sistemática. Assim, dentro da classificação pensada por Vitorelli, o primeiro conceito que traremos para alcançar a compreensão dos processos estruturais é o de litígios coletivos irradiados, da seguinte maneira:

Essa categoria representa a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há uma perspectiva social comum, qualquer vínculo de solidariedade. A sociedade que titulariza esses direitos é fluida, mutável e de difícil delimitação, motivo pela qual se identifica com a sociedade como criação. (VITORELLI, 2018, p. 336).

A classificação tentada pelo autor considera alguns aspectos específicos deste tipo de litígio, tais como alto grau de conflituosidade, heterogeneidade de danos cometidos e dos sujeitos por eles implicados, variação de intensidade e pretensões.

A atuação dos juízes e dos demais sujeitos em litígios dotados de tamanha complexidade é inclusive dificultada por estes fatores, visto que a solução para a demanda não é tão facilmente encontrada em simples consulta à legislação pertinente. São litígios que demandam participação acentuada e proativa dos entes envolvidos em realização de diálogos amplamente difundidos e incentivados. Nesse sentido, por mais que uma das críticas aos

processos estruturais, ao nosso ver infundada, é a de que eles seriam um canal facilitador do ativismo judicial, como criticou Lenio Streck:

O que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quiser, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada? Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe. (STRECK, 2015, p. 2).

Com a devida vênia, não vemos como adequada a afirmação de que o Poder Judiciário não pode interferir ao se deparar com afrontas graves e diretas a direitos e garantias fundamentais, sob pena de se omitir ao enfrentar condutas contrárias à norma constitucional. Não se pode esperar que o Poder Judiciário silencie ao se deparar diretamente com afrontas constitucionais.

Ademais, o que se busca com a decretação do estado de coisas inconstitucional e com a técnica dos processos estruturais não é apenas o mero pronunciamento judicial vazio e solitário, mas sim uma atuação jurisdicional “em que a corte não deve apenas decidir, mas além disso, valer-se de mecanismos capazes de criar condições para a efetividade da decisão. São casos extremos de profunda alteração, que envolvem atuação de mais de uma função da República, de mais de um organismo estatal” (LIRA, 2019, p. 25).

Para construir uma teoria dos processos estruturais sólida e que seja capaz de responder às problemáticas trazidas por seus críticos, podemos pensar em uma conceituação para litígios estruturais. Importante frisar que não se trata de conceituação estanque, uma vez que o cerne do conceito é fluido, mas sim de linhas gerais traçadas com o objetivo de aclarar a noção geral de processo estrutural.

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro. (VITORELLI, 2018, p. 336-337).

Por tratar de estruturas problemáticas diretamente ligadas ao exercício de direitos e garantias fundamentais, é mais comum que os litígios estruturais sejam ligados a estruturas públicas. Porém, não é impossível que estruturas privadas também sejam submetidas a estas intervenções, tais como estruturas privadas de interesse público ou mesmo estruturas integralmente privadas que prestem serviços de caráter essencial para a sociedade. É o caso dos

litígios estruturais envolvendo os desastres ambientais ocorridos em Mariana e Brumadinho no estado de Minas Gerais, sobre os quais nos debruçaremos posteriormente.

Portanto, é importante que façamos uma breve diferenciação conceitual: dada a sua complexidade e inovação, os processos estruturais ainda são incomuns, especialmente na prática brasileira. É possível, e inclusive muito mais habitual, que litígios estruturais sejam resolvidos de maneira não estrutural, utilizando técnicas tradicionais de processualística, em especial quanto ao processo coletivo. Nestas situações, serão buscadas soluções menos complexas, por vezes menos efetivas, e as estruturas das instituições seguirão idênticas, de maneira que “acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas dos problemas permanecem” (VITORELLI, 2018, p. 339).

Estes são apenas alguns dos desafios à prática dos processos estruturais e da busca por soluções mais efetivas para litígios de alta complexidade e de difícil resolução. Outrossim, quando abordamos os litígios estruturais, é preciso que se delineiem algumas características específicas, tais como:

- (1) La intervención de múltiples actores procesales.
- (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados.
- (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea.
- (4) Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos.
- (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.
- (6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes.
- (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada. (PUGA, 2014, p. 46).¹²

Considerando estas características básicas, é possível então definir os conceitos necessários ao estudo dos processos estruturais como caminho necessário para superar o viés

¹² Em tradução livre: (1) A intervenção de múltiplos atores processuais; (2) Um coletivo de afetados que não intervêm no processo judicial, mas que sem embargo são representados por alguns de seus pares, e/ou por outros atores legalmente autorizados; (3) Uma causa fonte que determina a violação de direitos em escala. Tal causa se representa, em geral, como uma regra legal, uma política ou prática (pública ou privada), uma condição ou uma situação social que vulnera interesses de maneira sistêmica ou estrutural, mesmo que nem sempre homogênea. (4) Uma organização estatal ou burocrática que funciona como o marco da situação ou condição social que viola direitos. (5) A invocação ou reivindicação de valores de caráter constitucional ou público com propósitos regulatórios a nível geral, e/ou demandas de direitos econômicos, sociais e culturais. (6) Pretensões que envolvam a redistribuição de bens. (7) Uma sentença que supõe um conjunto de ordens de implementação contínua e prolongada.

individualista da prática processual, sem se descolar do anseio da sociedade pela construção de respostas mais efetivas e congruentes com a complexidade própria de tais litígios.

É possível perceber, porém, algumas limitações dos instrumentos utilizados dentro da prática dos processos coletivos, onde seu microsistema processual, formado por recortes de legislações diversas, muitas vezes é incapaz de construir respostas adequadas à complexidade apresentada pela demanda, não sendo possível afirmar que o processo estrutural seria pura e simplesmente uma subespécie ou ramo do estudo do processo coletivo. É, portanto, a partir do estudo dos processos estruturais que estas respostas serão construídas, e é com este objetivo que precisamos detalhar o estudo de seus pormenores.

Ao romper com o estado de coisas inconstitucional, o que se busca é a transição até o estado de coisas ideal, compatível com os valores contidos no texto constitucional. A partir desta constatação é que se inicia a busca por instrumentos processuais aptos a construir respostas compatíveis com a complexidade dos litígios enfrentados pela sociedade, desenhando assim um planejamento de reestruturação.

O compromisso do Estado Democrático Constitucional é com a efetivação dos direitos fundamentais como um todo e a proibição de sua proteção insuficiente revela-se parâmetro de destaque nesse sentido. A existência de ofensa ao mínimo existencial, com certeza, apenas reforça esse argumento. (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA, 2017, p. 61).

O que pretendemos construir é uma nova abordagem de estudo do processo, pensada principalmente a partir de seu viés constitucional, podendo ser considerada coletiva-estrutural. A ligação íntima com os processos coletivos se dá pura e simplesmente pela complexidade das demandas que se busca solucionar, que perpassam por problemáticas reiteradas e profundas, decorrentes de violações prolongadas por partes de instituições e autoridades públicas, gerando conflitos que, para serem resolvidos, demandam esforços de múltiplos segmentos e entidades. É precisamente por estas características que o processo civil individual, por seus ritos tradicionais, não se mostra suficiente para realizar as mudanças necessárias à resolução de tais demandas.

3.2 A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA SOBRE A DOCTRINA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Inicialmente, o ponto de partida aqui considerado é a teoria de processos estruturais pensada por Owen Fins e Abraham Chayes entre as décadas de 1950 e 1960 na doutrina estadunidense.

Neste cenário, vários julgados emblemáticos envolvendo questões raciais foram emitidos. Tratava-se de uma realidade em que a discriminação racial era chancelada pelo próprio Estado, que justificava a segregação racial de inúmeras formas. A Suprema Corte estadunidense se deparou então com a necessidade de superar os seus próprios precedentes, pondo em prática a técnica de *overruling*, visando reconstruir (ou desconstruir) suas próprias raízes ideológicas, culturais e políticas.

A noção que necessitava de superação, ao ver da Suprema Corte norte-americana à época, em 1896, era o estabelecido no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, em que foi instituída a máxima dos “separados mas iguais” (*separate but equal*), surgida através da situação vivida por Homer Plessy em 1892, que se recusou a se sentar em um vagão de trem exclusivo para negros, alegando que isto seria uma violação de seus direitos fundamentais.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte estadunidense entendeu que a distinção de vagões em trens não se configurava como discriminação racial, mas apenas uma distinção legal entre negros e brancos, pois ambos estariam sujeitos às mesmas limitações.

Given the extraordinary horrors associated with those decisions, this Article asks whether the Court has made adequate efforts to atone for them. The Court has never formally apologized for *Dred Scott* or for *Plessy*, although it began undermining *Plessy* at least by the time of *Brown v. Board of Education*, a case that falls, along with decisions such as *Marbury v. Madison*, at the core of constitutional law’s canon. Also, while the Court has taken steps in more modern times to try to protect racial minorities somewhat from harmful, racial discrimination, it has avoided explanations that would fully expose its own complicity in the long reign of white brutality. (HOWE, 2020, p. 740).¹³

¹³ Em tradução livre: Considerando os horrores extraordinários associados a estas decisões, este artigo questiona se a Corte fez os esforços adequados para reparar por eles. A Corte nunca se desculpou formalmente por *Dred Scott* ou por *Plessy*, mesmo que tenha diminuído *Plessy* pelo menos à época de *Brown v. Board of Education*, um caso que, assim como *Marbury v. Madison*, cai junto ao cerne do cânone do direito constitucional. Ademais, enquanto a Corte se aproxima de tempos mais modernos para tentar proteger minorias raciais de prejuízos da discriminação racial, tem evitado explicações que exporiam totalmente sua própria cumplicidade no longo reinado da brutalidade branca.

Mais de cinquenta anos após o julgamento de *Plessy v. Ferguson*, a questão racial voltou a ser discutida junto à Suprema Corte estadunidense no julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*. O estado de Kansas possuía legislação que permitia que cidades com mais de 15.000 habitantes pudessem escolher entre a existência de escolas segregadas ou escolas únicas. A cidade de Topeka escolheu, então, pelo sistema de segregação de escolas com base em critérios raciais. (AASENG, 1994, p. 39).

Os pais de Linda Brown (1943-2018), à época em idade escolar, tentaram matriculá-la em instituição de ensino no entorno de sua residência, e tiveram seu pleito de matrícula da criança negado devido ao fato de serem negros, uma vez que a escola em que tentaram matriculá-la só aceitava crianças brancas. Ainda em 1951, a família de Linda Brown levou a discussão ao Poder Judiciário, em face da *Board of Education of Topeka*, objetivando a matrícula da criança.

In this milestone decision, the Supreme Court ruled that separating children in public schools on the basis of race was unconstitutional. It signaled the end of legalized racial segregation in the schools of the United States, overruling the "separate but equal" principle set forth in the 1896 *Plessy v. Ferguson* case.¹⁴

Dessa forma, este emblemático julgado teve o condão principal de superar o entendimento sedimentado no caso *Plessy v. Ferguson*, que permitia a segregação racial em ambientes públicos. O julgado todo foi fundado no entendimento da Seção Um da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, a qual possui a seguinte redação:

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.¹⁵

Decerto que apenas uma decisão judicial não seria capaz de reformular completamente um sistema político, social e jurídico cujas raízes eram (e ainda são) cravadas na segregação e discriminação racial, tanto que o tema é capaz de gerar atualíssimos debates, como pudemos presenciar recentemente em protestos realizados pelo movimento ativista internacional *Black*

¹⁴ Em tradução livre: Nesta decisão marco, a Suprema Corte decidiu que separar crianças em escolas públicas baseando-se em raça é inconstitucional. Isto sinalizou o fim da segregação racial legalizada nas escolas dos Estados Unidos, superando o princípio "separados, mas iguais" estabelecido em 1896 no caso *Plessy v. Ferguson*.

¹⁵ Em tradução livre: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei.

Lives Matter, visando combater a violência policial contra negros nas mais variadas localidades dos Estados Unidos da América.

A decisão obtida neste primeiro momento de *Brown v. Board of Education* foi emblemática também no sentido de demonstrar aos movimentos de defesa dos direitos civis de que seria possível obter respostas através da litigância, buscando respostas junto ao Poder Judiciário. Por outro lado, foi possível perceber também um certo movimento de *backlash*, ou de resistência dos supremacistas brancos, que reagiram à decisão da Corte, considerando-a um “ato de tirania” (KLARMAN, 2005, p. 185).

Manchete de jornal após o julgamento de *Brown v. Board of Education*



Fonte: Bettmann/Contributor/Getty Images (2019)¹⁶

As reações negativas ao avanço trazido pela decisão judicial de *Brown v. Board of Education* demonstra com clareza quais seriam as dificuldades que seriam enfrentadas ao buscar reformar o sistema que permitia a segregação racial dentro daquele contexto.

Many believe that the Court had no choice but to go slow in *Brown*. Had the Court ordered an immediate end to segregation, it would have encountered massive resistance and might have encouraged white flight, leading to the closing of public schools throughout the South. For an institution like the United States Supreme Court, dependent as it is on public respect as well as on the willingness of public officials to follow its decisions, such consequences might have been devastating. Accordingly, in *Brown II*, the Court played for time and did nothing to enforce *Brown II*'s “all deliberate

¹⁶ Imagem retirada de matéria jornalística disponível em: < <https://www.thoughtco.com/brown-v-board-of-education-104963> >. Acesso em: 28 dez. 2020.

speed” mandates for many years. Even as late as the mid-1960s, many black children were still attending segregated schools.¹⁷ (WEAVER, 2004, p. 1619).

Por motivos claros, o simples pronunciamento judicial vinculado ao caso concreto não foi capaz de implementar todas as mudanças necessárias à extinção da segregação racial. Os casos que foram judicializados após *Brown v. Board of Education* suscitaram inconformidade por parte da sociedade, o que fez com que o caso novamente fosse levado a julgamento na Suprema Corte estadunidense em 1955, o que conhecemos como *Brown II*.

Brown exigia nada menos que a transformação dos ‘sistemas duais de escolas’, com escolas separadas para negros e brancos, em ‘sistemas unitários de escolas, não-raciais’, o que implicava em uma reforma organizacional profunda. Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias, nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização, e muito mais. Entendeu-se, a tempo, que o fim daquela segregação era um processo de transformação total, no qual o juiz encarregava-se da reconstrução de uma instituição social existente. A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais (FISS, 2004, p. 28).

É justamente a partir do julgado de *Brown II* que a discussão se intensifica, onde se ultrapassa a mera declaração judicial de *Brown I* e se passa a discutir a metodologia da aplicação do entendimento do pronunciamento judicial, e mormente reconstruir toda uma sistemática social, superando entendimentos que não mais se mostravam adequados aos preceitos contidos na Constituição estadunidense.

Nunca na história norte-americana, suas decisões pareceram tão diferentes do trabalho normal dos juízes ou atraíram tanta hostilidade do público e da imprensa. Alguns intelectuais, inclusive vários que deram sua aprovação ao projeto, afirmaram que as decisões judiciais assinalaram uma importante mudança na natureza e no caráter do cargo de juiz. Em certo sentido, esses intelectuais tinham razão. (DWORKIN, 2002, p. 467).

¹⁷ Em tradução livre: Muitos acreditam que a Corte não teve escolha a não ser agir lentamente em *Brown*. Se a Corte tivesse determinado um fim imediato à segregação, teriam encontrado grande resistência e teria encorajado a fuga dos brancos, levando ao fechamento de escolas públicas em todo o Sul. Para uma instituição como a Corte Suprema dos Estados Unidos, dependente como é do respeito público assim como da disposição dos agentes públicos de seguir suas decisões, tais consequências teriam sido devastadoras. Adequadamente, em *Brown II*, a Corte buscou ganhar tempo e não fez nada para impor “toda a velocidade necessária” por muitos anos. Mesmo em meados dos anos 1960, muitas crianças Negras ainda frequentavam escolas segregadas.

O entendimento ali obtido sedimentou um precedente capaz de não só organizar a reestruturação de institutos e práticas calcados na segregação racial como possibilitou as ideias introdutórias dos processos estruturais. Isto ocorreu porque os juízes da Suprema Corte, que decidiram a discussão, teceram um rol de preocupações que deveriam ser trabalhados visando construir um novo modelo de sociedade e emanaram a *Footnote n. 13*, com o seguinte teor:

Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment (a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or (b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions? 5. On the assumption on which questions 4 (a) and (b) are based, and assuming further that this Court will exercise its equity powers to the end described in question 4 (b), (a) should this Court formulate detailed decrees in these cases;(b) if so, what specific issues should the decrees reach;(c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees;(d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases and, if so, what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?¹⁸

É possível perceber a clara preocupação dos juízes em verdadeiramente traçar um caminho a ser construído, ou seja, de fato *reestruturar* estruturas que confrontavam diretamente direitos fundamentais, considerando que a educação é um dos direitos fundamentais sociais de mais profunda importância. Ademais, a simples existência de instituições de ensino segregadas por raça inevitavelmente enseja em desigualdade, uma vez que não é possível garantir que as escolas para brancos e para negros fornecerão aos alunos exatamente as mesmas condições de ensino e socialização.

A decisão do caso, julgado na Corte de Warren, cuja *opinion* rechaçou de vez aquela ultrapassada doutrina do *separate but equal*, que havia ganhado força com o julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, abarcou a tese de que as

¹⁸ Em tradução livre: resumindo que a decisão pela segregação em escolas públicas viola a Décima Quarta Emenda, (a) um decreto necessariamente seguiria a linha de que, dentro dos limites definidos por uma Geografia normal de distritos escolares, crianças Negras devem imediatamente ser aceitas em escolas de sua escolha, ou (b) que esta Corte, no seu exercício de seus poderes equânimes, deve permitir um efetivo e gradual ajuste a ser trazido de um sistema segregado até um sistema não baseado em distinção de cor? 5. Partindo do pressuposto que as questões 4 (a) e (b) se baseiam, e presumindo ainda que esta Corte exercerá seus poderes equânimes nos fins previstos na questão 4 (b), (a) deve esta Corte formular decretos detalhados nestes casos; (b) se sim, que questões específicas tais decretos devem atingir;(c) deve esta Corte apontar um mestre especial para colher provas com o fim de recomendar termos específicos para tais decretos; (d) deve esta Corte se direcionar aos tribunais de primeira instância com diretivas para criar decretos nestes casos e, se sim, quais diretivas gerais estes decretos desta Corte devem estar inclusos nestes decretos e quais procedimentos devem seguir as cortes de primeira instância para atingir os termos específicos dos decretos mais detalhados?

oportunidades educacionais deveriam ser iguais para brancos e negros, em que pese estarem num sistema escolar que os segregava desde a partida do ônibus escolar, até os corredores das escolas, com a separação dos bebedouros d'água e banheiros. Estar em situação de igualdade, mas ao mesmo tempo separados, traz alguma possibilidade de uma pessoa se sentir menosprezada? Parece que a resposta na década de 50 do século passado é afirmativa, tendo a Suprema Corte se baseado, dentre outros fatores, nos testemunhos de psicólogos sociais que alertaram para o impacto psicológico que aquele tipo de segregação trazia, conforme alude Ricardo Luis Lorenzetti. (JOBIM, 2013, p. 21).

Logo, mesmo que de imediato não se tenha percebido as mudanças necessárias para repensar as estruturas racistas daquele contexto, foi possível a partir dali definir quais seriam as estratégias para percorrer este caminho, de maneira que, em um caso em que inicialmente se visava percorrer os caminhos da discussão acerca de controle de constitucionalidade, foi gerada uma gama diferenciada de teorias de discussão acerca de efetividade e interpretação normativa.

Aqui nos deparamos com uma preocupação ligada diretamente a duas das principais características dos processos estruturais, que são o incentivo à construção de decisões dialogadas e a implementação de um planejamento complexo de condutas necessárias à mudança estrutural, sendo necessária “ampla participação das partes na formulação das medidas executivas, razão pela qual decidiu que a elaboração das medidas de execução seria submetida a nova apreciação da corte após a oitiva das partes e dos interessados” (DANTAS, 2019, p. 209).

É importante ter um certo grau de cautela ao afirmarmos que as decisões emanadas em *Brown I* e *Brown II* tenham sido decisões estruturais, e que tais processos tenham sido processos estruturais, ou de acordo com Edilson Vitorelli “o caso *Brown*, portanto, não é um exemplo de processo estrutural. Foi a sua implementação que, em algumas localidades e por iniciativa dos juízes locais, adquiriu, gradativamente, essa característica”. (VITORELLI, 2020, p. 71). Até porque, por mais demorada que fosse a implementação das fases previstas no planejamento de reestruturação, para que o caso *Brown* pudesse ser considerado um processo estrutural completo e bem sucedido, seria necessário entender que, através dele, teria se encerrado a discriminação racial na realidade estadunidense, o que não é verdadeiro.

O que importa percebermos é que, apesar de seu importante significado histórico, em *Brown I*, tivemos uma decisão *standard*, ou uma decisão que posteriormente determinaria um padrão decisório que as próximas decisões em cascata, advindas em *Brown II*, passariam a perseguir. A decisão principal limitou-se a declarar a inconstitucionalidade da segregação racial. A forma com que a segregação racial passaria a ser progressivamente remediada seria discutida em outro momento.

Public law litigation, as these suits soon came to be called, resulted in structural reform injunctions, which, in addition to enjoining the defendant institution from acting in a particular unconstitutional fashion, ordered forward-looking, affirmative steps to prevent future deprivations. In this remedial regime, the trial judge became the central figure of the entire litigation process by both determining liability and then fashioning a decree that would achieve the constitutional or regulatory purpose. In this way, courts and plaintiffs were "cast in an affirmative, political - activist, if you must - role." (GILLES, 2003, p. 143-144)¹⁹.

Considerando a força com que a questão racial era, e ainda é debatida no cenário estadunidense, foi necessário mais do que uma mera decisão declaratória proferida pela Suprema Corte, mas um intrincado plano de cumprimento de etapas sucessivas, a médio e longo prazo, pois considerando que decisões meramente condenatórias ou declaratórias não conseguiriam sanar as mazelas causadas pela segregação racial, as ações judiciais “buscavam obter decisão judicial que efetivamente reformasse as instituições envolvidas nos processos, a fim de fazê-las cumprir o quanto garantido constitucionalmente” (BAUERMAN, 2019, p. 248).

Foi a partir deste cenário que Owen Fiss, professor da Universidade de Yale, passou a abordar o conceito de uma nova forma de *adjudication*, por ele designada como *structural reform*, conceituando da seguinte maneira:

This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals, but by the operations of large-scale organizations, the bureaucracies of the modern state. Secondly, this new mode of litigation reflects the realization that, unless the organizations that threaten these values are restructured, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated. For this reconstructive endeavor, the traditional universe of legal remedies – the damage judgement or the criminal prosecution – are inadequate. The injunction is the favored remedy. It is not used, however, as a device for stopping some discreet act, as it might have been in other time, but instead is used as the formal medium through which the judge directs the reconstruction of a bureaucratic organization (...) This new mode of litigation, which I call ‘structural reform’, represents an important advance in the understanding of modern society and the role of adjudication. The bureaucratic character of the modern state and the public dimensions of the judicial power are properly acknowledged”. (FISS, 2003, p. 288).²⁰

¹⁹ Em tradução livre: Os litígios de direito público, como logo passaram a ser chamados estes casos, resultaram em decisões de reforma estrutural que, além de proibir que os réus agissem de forma inconstitucional, ordenou medidas prospectivas e preventivas de futuras privações. Nesse regime de reparação, o juiz de primeira instância tornou-se a figura central de todo o processo contencioso, tanto ao determinar a responsabilidade quanto ao formular um decreto que atingiria o objetivo constitucional ou regulatório. Desta forma, os tribunais e os réus foram "lançados em um papel político-ativista afirmativo, se for preciso".

²⁰ Em tradução livre: Essa nova forma de adjudicação é mormente definida por duas características. A primeira é a consciência de que a ameaça básica aos nossos valores constitucionais é tentada não por indivíduos, mas pelas

Tendo isso em vista, o cerne de todo o raciocínio nascido a partir do emblemático julgado acima explicado, e de todos os julgados justificados por este posteriormente, é um só: preocupar-se em reconstruir estruturas, sejam elas públicas ou privadas, que estejam em confronto grave com o pleno exercício dos direitos fundamentais e garantias constitucionais. Para isso, é necessário que se trabalhe com “medidas complementares, a elaboração de planos judiciais e o estabelecimento de um cronograma ou calendário de execução, além do ajuizamento de novas ações” (DANTAS, 2019, p. 35)

Muito após as experiências tidas em *Brown I* e *Brown II*, o cenário estadunidense também experienciou, em 1971, mais uma transição de paradigma a partir do julgado de *Swan vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. Ao julgar a constitucionalidade de decisões tomadas pelo governo no sentido de buscar a segregação no ambiente escolar, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América exarou decisões mais potentes, tomando atitudes cada vez mais incisivas no sentido de promover a integração entre as escolas da cidade de Charlotte, na Carolina do Norte. A postura, considerada inclusive ativista, da Suprema Corte, foi fundamental para que se caminhasse no rumo do rompimento da segregação e reestruturação do sistema escolar.

The objective today remains to eliminate from the public schools all vestiges of state-imposed segregation. Segregation was the evil struck down by *Brown I* as contrary to the equal protection guarantees of the Constitution. That was the violation sought to be corrected by the remedial measures of *Brown II*. That was the basis for the holding in *Green* that school authorities are 'clearly charged with the affirmative duty to take whatever steps might be necessary to convert to a unitary system in which racial discrimination would be eliminated root and branch.' (MICHELMAN, 2019, p. 568).²¹

As decisões estruturais, proferidas nos processos estruturais, têm o condão de fazer com que os tribunais se envolvam neste processo de reconstrução de estruturas nocivas,

operações de organizações em larga escala, as burocracias do estado moderno. Segundamente, essa nova forma de litigância reflete a noção de que, a não ser que as organizações que ameaçam esses valores sejam reestruturadas, essas ameaças aos valores constitucionais não poderão e não serão eliminadas. Neste esforço reconstrutivo, o universo tradicional de remédios legais – o julgamento do dano ou a ação penal – são inadequadas. A injunção é o remédio favorecido. Porém, não é utilizado como mecanismo que possa parar atos discricionários, como foi outrora, mas agora é utilizado como o meio formal através do qual o juiz direciona a reconstrução de uma organização burocrática. (...) Esta nova forma de litigância, que eu denomino *structural reform*, representa importante avanço no entendimento da sociedade moderna e o papel da adjudicação. O caráter burocrático do estado moderno e as dimensões públicas do Poder Judiciário são reconhecidos adequadamente.

²¹ Em tradução livre: O objetivo hoje permanece sendo eliminar das escolas públicas todos os vestígios da segregação imposta pelo estado. Segregação foi o mal abatido por *Brown I* como contrário às garantias de proteção igualitária da Constituição. Essa foi a violação que se buscou corrigir através das medidas corretivas de *Brown II*. Foi a base para a exploração em *Green* de que as autoridades escolares são ‘claramente acusadas com o dever afirmativo de tomar todas as medidas necessárias, num sistema único em que a discriminação fosse eliminada radicalmente’.

assumindo também “cierto nivel de supervisión sobre políticas institucionales de diversa índole” (VERBIC, 2019, p. 72).

Owen Fiss observa a existência de dois modelos de *adjudication*, traduzidos *grosso modo* como “formas de intervenção judicial”. O modelo tradicional, por ele denominado de *dispute resolution*, é justamente o modelo em que percebemos a sistemática tradicional, individualista de resolução de conflitos, focada em restaurar o *status quo* anteriormente atingido, “modelo que isola o Judiciário dos demais poderes” (JOBIM, DA ROCHA, 2019, p. 655). A nova forma, pelo autor denominada de *structural reform*, traz severas preocupações:

(...) But it is also important to recognize that this new model of litigation raises a number of problems. One is instrumental. Simply stated, the question presented is how to do the job of structural reform and do it well: How shall the bureaucratic organization be restructured to remove the threat to constitutional values? A second problem, and the subject of my concern, is the question of legitimacy: Is structural reform an appropriate task for the judiciary? (FISS, 2003, p. 289).²²

De acordo com o modelo guiado pela *structural reform*, passamos a considerar, então, o Poder Judiciário como membro integrante do Estado capaz de intervir em toda a estrutura da sociedade, reconhecendo que o *status quo* a que se pretendia outrora retornar não é de fato o almejavél, mas que também deveria fazer parte de todo o modelo de reestruturação.

Outra diferença substancial entre os dois modelos de *adjudication* é o fato de que, nas demandas individualizadas e binárias, o indivíduo que ocupa o polo ativo da demanda é, ao mesmo tempo, vítima de uma afronta a seus direitos, seu próprio legitimado e o beneficiário do pronunciamento judicial. Em contraponto, os entes envolvidos tanto no polo passivo quanto no polo ativo da demanda baseada na *structural reform*, que serão atingidos pela decisão estruturante, são grupos de atores políticos, representantes de complexas coletividades, mormente atingidos não por outros indivíduos, mas pelo funcionamento defeituoso de uma instituição burocrática e suas estruturas.

Também a característica de diferenciação entre os dois modelos é centrada na discussão acerca da natureza dos objetivos almejados pela demanda judicial, como pode ser confirmado a seguir:

²² Em tradução livre: Mas também é importante reconhecer que este novo modelo de litigância levanta um número de questões. Um deles é instrumental. Dito de forma simples, a questão apresentada é como fazer o trabalho da reforma estrutural e fazê-lo bem: Como serão reestruturadas as organizações burocráticas para remover a ameaça a valores constitucionais? Um Segundo problema, e objeto de minha preocupação, é a questão da legitimidade: A reforma estrutural é tarefa apropriada para o judiciário?

In the hypothetical state of nature where the dispute resolution story takes place, there are no public values, only the private desires of individuals – in this instance, the desire for property. Peace appears merely as a precondition of satisfying private ends. The story postulates that the judge (the stranger) settles a property dispute between neighbors, but it does not tell us how the judge resolves the dispute, only that it is solved. The judge could even settle the dispute by flipping a coin. He may resolve the dispute according to any procedure that will minimize disputes or, more generally, maximize the satisfaction of private ends. (FISS, 2003, p. 291).²³

Com base nisso, no intuito de se aproximar dos valores constitucionais, conseqüentemente, se aproximarão também os interesses públicos, de forma que é impossível que uma técnica com este viés seja indiferente a valores de interesse público. Owen Fiss se refere a esta característica como *social function of litigation*, ou função social da litigância, que é justamente se aproximar de valores como igualdade, liberdade, liberdade de expressão, entre outros. Para isso, é necessário que o julgador se preocupe mormente com a moral pública ao construir seu entendimento.

Posteriormente, Fiss trabalha o conceito de *natural harmony*, em que considera que, seguindo a ótica da prática individualista, a sociedade, sem a intervenção do Poder Judiciário estaria em estado de harmonia natural, de forma que apenas um evento alheio a esta normalidade seria capaz de gerar a intervenção estatal através do pronunciamento judicial. Seguindo este raciocínio é que se pensa na restauração de *status quo*, considerando que o que se almeja é retornar ao que era antes.

Trata-se de uma lógica até mesmo otimista. Considerar a reestruturação de todo um sistema educacional pautado na segregação racial não se trata apenas de restaurar o *status quo*, por exemplo. Em contraponto:

Structural litigation denies that assumption and reflects doubt whether the status quo is in fact just. It reflects a healthy skepticism about the existing distribution of power and privilege in American Society: maybe neither neighbor is entitled to the property... (FISS, 2003, p. 293).²⁴

²³ Em tradução livre: No estado hipotético da natureza onde se situa a história da resolução de disputas, não há valores públicos, apenas os interesses privados dos indivíduos – nessa instância, o desejo de propriedade. A paz aparece meramente como uma pré-condição para que se satisfaçam fins privados. A história postula que o juiz (o estranho) resolve uma disputa sobre propriedade entre vizinhos, mas não nos diz como o juiz resolve a disputa, apenas que esta é resolvida. O juiz poderia inclusive resolver a disputa jogando uma moeda. Ele pode resolver a disputa de acordo com qualquer procedimento que minimize disputas, ou, de maneira mais geral, maximize a satisfação de fins privados.

²⁴ Em tradução livre: A *structural litigation* nega essa afirmação e gera dúvida quanto ao fato de status quo ser realmente justo. Ela reflete um saudável ceticismo quanto à distribuição de poder e privilégio existentes na sociedade Americana: talvez nenhum dos dois vizinhos tenha direito àquela propriedade.

A própria provocação trazida acima é construída de forma curiosa: o raciocínio nos instiga a querer reconstruir o *status quo*, partindo do entendimento que já não havia justiça mesmo antes da afronta aos direitos e garantias constitucionais. Assim, considerando que a intervenção judicial deixa de ser um instrumento excepcional ou aberrativo, o acesso à intervenção judicial também é facilitado, gerando, conseqüentemente, ampliação do acesso à justiça.

Ainda na seara da diferenciação entre os dois modelos pensados por Fiss, trazemos novamente aos holofotes a questão de o Poder Judiciário ser um ente isolado da realidade dos jurisdicionados, de acordo com o modelo tradicional. Os tribunais, nesta ótica de lide, assumem o papel de estranho distante a quem as partes confiaram legitimidade para resolver uma problemática. A controvérsia deste raciocínio se deslinda da seguinte maneira:

In my view, courts should be viewed not in isolation but as a coordinate source of governmental power, as an integral part of the larger political system. Democracy does in fact commit us to consent as the foundation of legitimacy, but that consent is not granted separately to individual institutions. It extends to the system of governance as a whole. (...) In America the legitimacy of the courts and the power judges exercise in structural reform, or for that matter in any type of constitutional litigation, are founded on the unique competence of the judiciary to perform a distinctive social function, which is, as I have suggested, to give concrete meaning and application to the public values embodied in an authoritative legal text such as the Constitution. ²⁵(FISS, 2003, p. 295).

Segundo o raciocínio de Fiss, é necessário, para que haja a quebra com a sociedade racista e segregativa, romper drasticamente com as estruturas que favorecem, ou favoreciam, à época de *Brown v. Board of Education*, e “transformar a realidade social do momento” (JOBIM, DA ROCHA, 2019, p. 670). Essas medidas envolviam todo o escopo educacional daquela realidade, desde o estabelecimento de novos critérios de contratação de professoras, padrões de construção dos prédios onde funcionariam as instituições de ensino e revisitação do aparato do transporte público, entre outros, ao que podemos afirmar que o julgado não tratou-se apenas de um pronunciamento judicial acerca de interpretação constitucional, mas também de estabelecer

²⁵ Em tradução livre: A meu ver, os tribunais devem ser vistos não em isolamento, mas como uma fonte coordenada de poder governamental, como uma parte integral de um sistema político mais amplo. A democracia, de fato, nos compromete a consentir como a base da legitimidade mas este consentimento não é dado separadamente das instituições individuais. Ele se estende ao Sistema de governança como um todo (...). Na América a legitimidade dos tribunais e o poder exercido pelos juízes na reforma estrutural, ou em qualquer forma de litigância constitucional são baseados na competência única do judiciário de performar uma função social distinta, que é, como eu havia sugerido, dar sentido e aplicação concretos aos valores públicos encarnados no texto legal autoritário como o da Constituição.

uma transição paradigmática na busca por um novo momento social, cultural e político, muito além do jurídico e mais ainda do processual.

Além de Owen Fiss, seu contemporâneo Abraham Chayes também foi de enorme valia ao estudo dos processos estruturais, ao perceber o rompimento com a lógica bipolarizada e individual do processo tradicional. Em clássico ensaio sobre o tema, o autor explana especificamente as características que diferem os litígios estruturais, por ele denominados *civil adjudication*, dos litígios guiados pela teoria clássica, da seguinte maneira:

- 1) The lawsuit is bipolar. Litigation is organized as a contest between two individuals or at least two unitary interests, diametrically opposed, to be decided on a winner-takes-all basis.
- 2) Litigation is retrospective. The controversy is about an identified set of completed events: whether they occurred, and if so, with what consequences for the legal relations of the parties.
- 3) Right and remedy are independent. The scope of the relief is derived more or less logically from the substantive violation under the general theory that the plaintiff will get compensation measured by the harm caused by the defendant's breach of duty – in contract by giving plaintiff the Money he would have had absent the breach; in tort by paying the value of the damage caused.
- 4) The lawsuit is a self-contained episode. The impact of the judgement is confined to the parties. If plaintiff prevails there is a simple compensatory transfer, usually of Money, but occasionally the return of a thing or the performance of a definite act. In either case, entry of judgement ends the court's involvement.
- 5) The process is party-initiated and party-controlled. The case is organized, and the issues defined by exchanges between the parties. Responsibility for fact development is theirs. The trial judge is a neutral arbiter of their interactions who decides questions of law only if they are put in issue by an appropriate move a party. (CHAYES, 1976, p. 1282).²⁶

As características por ele apontadas revelam uma faceta de obsolescência e déficit dos conceitos previstos na concepção tradicional de lide. Isso faz com que a própria atuação judicial

²⁶ Em tradução livre: 1) O processo é bipolar. A litigância é organizada como um concurso entre dois indivíduos ou ao menos dois interesses unitários, diametricamente opostos, a serem decididos com base no vencedor-leva-tudo.

2) A litigância é retrospectiva. A controvérsia gira em torno de um conjunto identificável de eventos finalizados: se ocorreram, e caso, tenham ocorrido, quais as consequências para as relações jurídicas entre as partes

3) Direito e remédio são independentes. O alcance da solução deriva-se mais ou menos logicamente da substancial violação sob a teoria geral que a parte será recompensada com base no dano causado pela violação do dever do requerido – contratualmente, ao pagar ao requerente o dinheiro, estaria ausente a violação do dever.

4) O processo é um episódio auto-contido. O impacto do julgamento é confinado às partes. Se o requerente vence, há apenas uma transferência compensatória, geralmente de dinheiro, mas ocasionalmente o retorno de uma coisa ou a execução de um ato definido. Em todo caso, a prolação da sentença encerra o envolvimento do tribunal.

5) O processo é iniciado pelas partes e controlado pelas partes. O caso é organizado e as questões são definidas por acordos entre as partes. A responsabilidade pelo desenrolar dos fatos é das partes. O juiz é apenas um árbitro neutro que decide questões de lei apenas quando questionadas por iniciativa de uma das partes.

seja diferenciada, de maneira que, nas lides tradicionais, a atuação do julgador seja deveras limitada.

Já no que Chayes conceitua como *public law model*, a estrutura é completamente diferenciada, de maneira que é possível perceber na forma com que a participação dos sujeitos interessados na resolução do conflito se desenha é definida, de maneira muito mais proativa, dialogada e repensada.

The party structure is sprawling and amorphous, subject to change over the course of the litigation. The traditional adversary relationship is suffused and intermixed with negotiating and mediating process at every point. The judge is the dominant figure in organizing and guiding the case, and he draws for support not only on the parties and their counsel, but on a wide range of outsiders – masters, experts, and oversight personnel. Most important, the trial judge has increasingly become the creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge’s continuing involvement on administration and implementation. (CHAYES, 1976, p. 1284).²⁷

Portanto, nos vemos diante de uma necessidade de fortalecer o estudo do direito constitucional em seu viés mais palpável, mais prático. A nomenclatura que se refere a estas decisões como decisões estruturais se justifica pelo fato de que a intervenção judicial se ocupará de providenciar e fiscalizar práticas que sejam capazes de recriar toda a estrutura das instituições públicas ou mesmo de instituições privadas, que estejam sob supervisão do Poder Público no sentido de serem capazes de causar afronta a garantias constitucionais.

Para que isso seja construído, é necessário rever também a forma como o julgador e as partes exercerão seus papéis. O julgador deixará de ser um espectador distante e passará a se envolver com a demanda de maneira mais proativa, provocando diligências que sejam determinantes para a efetivação dos direitos fundamentais.

As partes envolvidas no litígio também terão seu papel reconduzido, deixando de apenas levar seu argumento de discussão individualista e narrativa bipolarizada, de forma que “parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas”. (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA, 2017, p. 49).

²⁷ Em tradução livre: A estrutura das partes é alastrada e amorfa, sujeita à mudanças ao longo da litigância. A relação tradicional entre os adversários é impregnada e misturada com processos de mediação e negociação ao longo de todo o processo. O juiz é a figura dominante na organização e orientação do caso, e ele é o suporte não somente das partes e seus conselhos, mas também para um amplo espectro de pessoas de fora do processo – mestres, especialistas e equipe de supervisão. Mais importante, o juiz tornou-se cada vez mais o criador e gerente de formas complexas de alívio contínuo, que espalham efeitos em sujeitos alheios ao tribunal e demandam o envolvimento contínuo do juiz na administração e implementação.

Logo, os litigantes, em sua ampla complexidade, e o julgador estão envolvidos em conjunto, de maneira dialogada, no cumprimento e efetividade posteriores à decisão construída pelas partes. O que se visa ajustar são eventos futuros, e não apenas buscar a restauração ao estado anterior, desenvolvendo soluções através de ampla deliberação, fiscalização do processo contínuo de cumprimento das medidas estipuladas, da verificação sobre qual a sua efetividade e se necessitam de mudanças, e aprofundando severamente o envolvimento do julgador com a solução ao conflito em comento.

Temos, portanto, que as decisões proferidas em ações estruturais acabam por dar ao juiz o papel de legislador e executor, já que ele passa a desenvolver e supervisionar políticas públicas, exercendo papel principal no sucesso da implementação da medida por ele desenvolvida. Tendem a transformar a realidade social e envolver todo o funcionamento de uma instituição, a fim de adequá-la ao comando sentencial, não sendo limitadas a incidentes ou transações particulares. Temos, portanto, que as ações estruturais visam afastar práticas reiteradas contrárias à Constituição, visando alterá-las para adequá-las aos valores constitucionais. (BAUERMANN, 2019, p. 251).

Repensar a estreiteza de conceitos como interesse de agir e limites da coisa julgada, entre outros cujas dimensões serão posteriormente analisadas, é interessante do ponto de vista de assegurar o que almejam os preceitos trazidos pelo texto constitucional, não só no cenário do direito constitucional brasileiro, mas também de outros atores presentes na América Latina.

A aproximação com os deveres constitucionais não se limita apenas à experiência estadunidense, mas se trata da intenção da prática processualista também do cenário brasileiro, inclusive desde os aprofundamentos dos estudos sobre processo coletivo e do microsistema processual que ali se debate, mesmo que de maneira ainda inicial.

Por conta disso, no estudo dos processos estruturais, trata-se sobretudo de um novo gênero de processo constitucional, disposto a consolidar garantias fundamentais como acesso à justiça através da gestão de conflitos realizada de maneira adequada, visando sempre respeitar os valores democráticos, e combater com efetividade tudo aquilo que for prejudicial e potencial ao surgimento de violações graves, através de normas mais flexíveis e conceitos mais abertos.

(...) Essa, a função de um processo estrutural, devendo haver uma conformação de um processo legitimamente democrático o suficiente de onde seriam expedidas ordens em decisões judiciais com a intenção de concretizar os sentidos normativos que o texto constitucional promete, notadamente nos textos que garantem direitos fundamentais. (CÔRTEZ, 2020, p. 2).

O próprio sentido de busca da reestruturação de instituições eivadas de burocracias e estruturas que facilitem a afronta a direitos é vigorosamente o que se busca através do texto

constitucional. Assegurar valores e garantias constitucionais é o mote da Constituição, mesmo, e principalmente, se isto demandar drásticas mudanças institucionais.

A implementação de uma decisão estrutural será propulsionada por ordens judiciais que imporão obrigações de fazer aos indivíduos responsáveis pela instituição que se quer remodelar. Nos Estados Unidos, Owen Fiss denominou essas ordens de *structural injunctions* que são, em suas palavras, “o instrumento formal por intermédio do qual o Judiciário busca reorganizar instituições burocráticas para que funcionem de acordo com a Constituição. (VITORELLI, 2018, p. 343).

Portanto, as premissas constitucionais comuns aos regimes democráticos são exatamente o que a sistemática dos processos estruturais pretende resguardar, o que será efetivado através da reestruturação de instituições comprometidas com a violação de direitos.

A partir da influência da experiência estadunidense em Brown I e Brown II, bem como em outros casos emblemáticos envolvendo situações que demandavam reformas estruturais em instituições, foi possível traçar linhas gerais de como a sociedade demanda mudanças não apenas nos instrumentos processuais disponíveis à formulação de decisões, mas também de transformações de todo o comportamento estatal no exercício de funções públicas.

4 TRANSFORMAÇÕES POSSÍVEIS A PARTIR DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Considerando a premissa básica já abordada anteriormente de que a lógica tradicional dos instrumentos clássicos do processo já não se mostra suficiente para a construção de respostas a conflitos que ultrapassem a pretensão de condenação do réu e resistência em face do autor, é preciso focar no objetivo de estabelecer as maneiras com que os instrumentos considerados ultrapassados podem ser revistos dentro da teoria dos processos estruturais.

Considerando que o grau de complexidade dos conflitos levados ao Poder Judiciário naturalmente vem aumentando, bem como as características destes conflitos, que versam tipicamente de interesse público, começou a se discutir no Brasil com mais intensidade, a partir dos moldes discutidos pela doutrina estadunidense, a possibilidade de adaptação dos processos estruturais aos conflitos multipolares e de interesse público.

As respostas construídas através dos processos estruturais buscam promover uma reconstrução estrutural das instituições públicas ou privadas que estejam em desacordo com os direitos fundamentais, configurando estado de coisas inconstitucional, buscando assim a proteção dos interesses da sociedade e dos direitos e garantias fundamentais.

Com isso, é possível afirmar que, sendo capazes de reformular as estruturas das instituições problemáticas, é possível também, através dos processos estruturais, promover verdadeira intervenção judicial em políticas públicas, na busca da resolução de litígios complexos e polimorfos.

Assim, tratar esses conflitos como conflitos que podem ser resolvidos a partir da ótica tradicional do processo é uma atitude limitada e problemática, e ainda mais grave, atitude incapaz de fornecer soluções capazes de resolver as problemáticas desde o seu cerne. Se as razões dos problemas não são resolvidas adequadamente, é evidente que os problemas seguirão acontecendo, de maneiras diferenciadas, mas em semelhança quanto a suas características principais.

Ao falhar em reestruturar essas estruturas problemáticas, incorre-se em graves violações de direitos fundamentais e também violação de acesso à justiça, considerando que as respostas jurisdicionais serão construídas de maneira superficial e ineficaz.

Portanto, sendo possível constatar a existência de um problema estrutural, ou seja, de uma situação de “desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas” (DIDIER JR., ZANETI JR., DE OLIVEIRA, 2020, p. 2-3), passa a se demandar do Estado uma intervenção mais complexa e intrincada.

Dessa forma, a solução para este tipo de controvérsia não se dá a partir de um único pronunciamento judicial, descolado da realidade dos atores envolvidos na controvérsia. É uma intervenção cadenciada, duradoura, e conseqüentemente muito mais complexa, por buscar justamente reconstruir inteiramente as estruturas viciadas.

Existem algumas características típicas dos processos estruturais, como abordado anteriormente ao trazermos os conceitos necessários à sua compreensão. Objetivando construir com mais clareza e robustez o que tratamos como processos estruturais, e na busca por um raciocínio tipológico firme, é necessário elencar algumas características.

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC). (DIDIER JR., ZANETTI JR., DE OLIVEIRA, 2020, p. 7-8)

Destas características essenciais à classificação de um processo como processo estrutural, devemos nos atentar especificamente à capacidade de transição entre um estado de desconformidade para um estado de conformidade. É uma necessidade tão abrangente e complexa que jamais poderia ser feita de maneira isolada através de um pronunciamento judicial construído por um juiz distante da realidade que ali se discute. Em virtude disso, há a necessidade de se construir um procedimento flexível e que preze pela atuação dialógica entre os envolvidos.

A transição entre os dois estados pode ser exemplificada como a busca por um sistema educacional livre de segregação racial, como se buscou no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* entre as décadas de 1950 e 1960 nos Estados Unidos da América, ou como um sistema prisional em que os direitos e garantias fundamentais dos presos sejam resguardados, pugnando pela completa reforma do sistema, como no debatido em *Holt v. Sarver*²⁸:

²⁸ US. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF ARKANSAS. 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970) February 18, 1970.

Outro bom exemplo é *Holt v. Sarver II*, 232 julgado em 1970. Nesse caso, pela primeira vez se reformou todo um sistema prisional. Os autores, detentos em presídios do Arkansas, buscavam o reconhecimento e a implementação de seu direito (a) de acesso a programas e oportunidades de reabilitação; (b) de não sofrer tratamento cruel; (c) de proteção contra o arbítrio; (d) ao devido processo; (e) à alimentação, à acomodação e a roupas dignas; (f) de acesso à justiça; (g) de não sofrer abusos, em todos os aspectos, de outros detentos; (h) à dessegregação racial; (i) a não realizar trabalhos forçados; (j) de não ser agredido por funcionários ou detentos. (VIOLIN, 2019, p. 61).

Há também três características de suma importância no estudo dos processos estruturais. Não se tratam de características obrigatórias ou necessárias, mas de que, se estiverem presentes, a possibilidade de ser um processo estrutural é deveras acentuada. As características são a multipolaridade, a coletividade e a complexidade.

A multipolaridade é uma das características que mais se distancia da lógica tradicional do processo, baseada na bipolaridade, em que se discute o interesse do autor sendo combatido pelo réu. Nos processos estruturais, há uma gama de interessados, muitas vezes que não figuram nas posições estanques de autor ou réu, pugnano por seus próprios interesses que podem ser antagônicos ou não. Vejamos o exemplo trazido por Sérgio Cruz Arenhart:

Imagine uma ação civil pública em que o Ministério Público pretenda impor a determinada concessionária de rodovia federal o dever de realizar múltiplas obras na malha rodoviária e no seu entorno, exatamente como previstas no contrato de concessão firmado uma década antes. Imagine que, se implementadas nos exatos termos previstos no contrato, essas obras terminariam por segregar um bairro inteiro, que floresceu nos últimos 10 anos ao redor de certo trecho da rodovia; a implantação de *guard rails* na rodovia, que corta o bairro ao meio, associada à inexistência, no projeto inicial do contrato, de vias de acesso para veículos, de passarelas para pedestres e de retornos, tudo isso terminaria por impedir – ou, ao menos, por tornar muito difícil – o trânsito de moradores locais de um lado para o outro, segregando famílias e vizinhos.

Embora o Ministério Público seja, por lei, legitimado a dar voz à vontade coletiva, é bem possível que haja, entre o Ministério Público que formulou a demanda e a comunidade do bairro em questão, severa dissintonia de interesses; e entre eles e a concessionária, outras tantas divergências; e ainda entre eles, a concessionária e a agência de regulação (no caso do exemplo, a ANTT), mais tantas discordâncias. São inúmeras as questões potencialmente envolvidas com inúmeras possibilidades de acomodação dos diversos interesses. (ARENHART, 2019, p. 800).

Imagine-se então a complexidade de um conflito em que não se limita a discutir o interesse de determinada coletividade, neste caso representada pelo Ministério Público, em contraponto ao de outra coletividade figurando no polo passivo, porém, que no meio da defesa

de seus interesses e de todos os argumentos e consequências trazidos na discussão em juízo, perpassam pelos interesses e argumentos de uma série de outros atores interessados na resolução do feito, sejam os interesses do município em que se localiza a demanda, o corpo de funcionários empregados pela empresa que figura no polo passivo, entre uma série de outras possibilidades.

Ainda no sentido de que esta é uma importante característica, mas não uma característica essencial, é possível perceber, ainda que sem tanta frequência, processos estruturais em que há apenas bipolaridade de interesses, não deixando de, por este motivo, ser um processo estrutural, uma vez que mesmo havendo a bipolaridade, se visa reconstruir inteiramente estruturas viciadas.

Já quanto à característica da coletividade, podemos definir como processo coletivo aquele que “tem por objeto litigioso uma situação coletiva ativa ou passiva” (DIDIER JR., ZANETI JR, 2014, p. 273). Portanto, é perfeitamente possível que haja processo originariamente individual, que posteriormente se revele como processo estrutural por haver presença das demais características necessárias, em especial por haver um estado de desconformidade que precisa ser remediado através de intervenção judicial, em busca de um estado ideal em que não haja afronta a direitos e garantias individuais, através do qual se obtém resposta satisfatória construída através de procedimento flexível e diálogo entre os sujeitos envolvidos.

Imagine que um sujeito, portador de deficiência ou com mobilidade reduzida, ingresse com ação individual para, com base nos direitos que lhe são assegurados pela Lei nº 10.098/200029, exigir que determinados edifícios públicos ou privados, de uso coletivo, aos quais precisa ele recorrentemente ter acesso (como sua faculdade, o hospital do seu bairro, o banco no qual possui conta corrente etc.), sejam obrigados a promover reformas para garantir a acessibilidade prevista em lei. (DIDIER JR., ZANETI JR., DE OLIVEIRA, 2020, p. 13)

Portanto, é perfeitamente possível que uma demanda inicialmente individual, como por exemplo, a demanda ajuizada por mulher em busca de isonomia de tratamento em virtude do gênero dentro dos quadros da empresa que a emprega. Assim como no exemplo citado acima, se configura uma situação de desconformidade, aproximando-se do estado de coisas inconstitucional, cujo resultado pode trazer consequências para uma coletividade, uma vez que todas as mulheres posteriormente serão atingidas e beneficiadas pela intervenção judicial estruturante.

A terceira característica comum, mas não essencial, aos processos estruturais é a complexidade. Aqui, consideremos que complexidade é uma característica dos litígios em que

se admite uma gama diversa de soluções para determinado problema. Dentro do estudo dos processos estruturais, a complexidade se aproxima muito da multipolaridade, uma vez que ambas estão intimamente ligadas à diversidade dos interesses envolvidos na demanda. Porém, é perfeitamente possível que um problema com uma ou algumas soluções facilmente determináveis seja considerado um processo estrutural, podendo “a questão (...) ser clara do ponto de vista jurídico e complexa do ponto de vista fático. Pode ser clara do ponto de vista jurídico e fático e de difícil implementação por envolver uma mudança cultural” (DIDIER JR., ZANETI JR., DE OLIVEIRA, 2020, p. 14).

Assim, estando mais uma vez elencadas as principais características dos processos estruturais, e inclusive se abordando como eles podem ocorrer no plano fático, é necessário estabelecer de que maneira, para além destas características, os instrumentos tradicionais do processo clássico podem (e devem) ser revistos na busca por soluções que melhor resolvam os problemas estruturais que demandem intervenção do judicial em políticas públicas em conflitos de maior complexidade.

4.1 TRANSFORMAÇÕES EM INSTRUMENTOS PROCESSUAIS

Tendo discorrido acerca das principais características dos processos estruturais, dos problemas estruturais e das decisões estruturais, cabe adentrar na discussão sobre a construção de uma nova lógica processual, afastada da ótica tradicional e binária, em especial diante de conflitos multipolares e de alta complexidade.

Para além da busca pela reformulação das instituições públicas, os processos estruturais têm por objetivo principal reconstruir inteiramente as fundações de entes e organizações problemáticos, sejam estes públicos ou não, que estejam em estado de desconformidade com o estado ideal de coisas ou estado de coisas inconstitucional. Na busca pela efetivação de direitos e garantias fundamentais, é possível também formular políticas públicas através da intervenção judicial, atribuindo ao Poder Judiciário posição de protagonismo.

Los juristas califican a estos casos de distintos modos: estructurales, colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación, litigio de derechos sociales, o simplemente, manifestaciones de un activismo judicial en ciernes, el que es producto de la expansión de la ideología neoconstitucional (PUGA, 2014, p. 46)²⁹.

Parte-se, portanto, da premissa de que, sem a reconstrução completa da estrutura problemática, direitos e garantias fundamentais seguirão sendo lesados, e o estado de coisas inconstitucional seguirá existindo. Para romper com o estado de coisas inconstitucional em busca do estado de coisas ideal, é necessário agir de acordo com os princípios necessários à condução de processos estruturais, sendo os principais a flexibilização do procedimento, com o cumprimento em cascata das decisões proferidas, “cuja implementação exige ações diferidas no tempo, que não se esgotam com a prolação da sentença; conduzida por juiz e partes em cooperação.” (VIOLIN, 2017, p. 304).

Neste sentido, o primeiro conceito a ser abordado como passível de reconsideração dentro da nova ótica processual é o da rigidez dos pedidos feitos na petição inicial. O pedido é um dos instrumentos mais característicos da lógica das demandas individuais, tendo previsão

²⁹ Em tradução livre: Os juristas qualificam a estes casos de formas distintas: estruturais, coletivos, sistêmicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, ações de classe, casos de interesse público, litígios públicos, demandas de direito de segunda e terceira geração, litígios de direitos sociais, ou simplesmente, manifestações de um ativismo judicial crescente, o qual é produto de expansão da ideologia neoconstitucional.

expressa no Código de Processo Civil, em especial nos arts. 322 a 329, tendo menções também nos arts. 141 e 492. Desse modo, o pedido tem o caráter específico de definir os limites pretendidos pela parte que ajuíza a demanda, definindo a marcha do processo, “a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira a pretensão processual); a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional”. (DIDIER JR., 2015, p. 565).

A legislação processual brasileira determina como regra que o pedido seja certo e determinado, havendo previsão excepcional em caso de realização de pedido genérico quando não for possível delimitar de imediato o pedido, havendo também a possibilidade de aditamento do pedido posterior ao ajuizamento da ação. Todas essas considerações são suficientes para demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro, em seu viés tradicional, favorece a estabilidade da demanda, valorizando uma preclusão absoluta que se mostra completamente inadequada aos valores caros aos processos estruturais.

Trata-se de uma consequência direta do princípio da adstrição (ou congruência), que determina que o magistrado não pode se afastar dos moldes objetivados pelas partes ao decidir, sob pena de proferir decisão passível de nulidade, caracterizada como *extra petita*, *citra petita* ou *ultra petita*. É uma característica clara da jurisdição tradicional e individualista, “que, por vezes, podem transformar-se em óbice à concretização de determinados direitos ou ao acesso à justiça, quando se parte de uma lógica processual bipolar para uma lógica processual multipolar” (COTA, NUNES, 2018, p. 246).

A rigidez do pedido é totalmente incompatível com a lógica complexa e multipolar dos processos estruturais, em específico porque tal rigidez se relaciona diretamente à rigidez também dos polos das demandas individuais e seus interesses. Em um conflito policêntrico, em que há diversos núcleos de formação de interesses, além de uma ampla gama de opiniões, atores e indivíduos, é inconcebível que tal rigidez seja tratada com tamanha magnitude.

Imagine-se uma demanda como as que já citamos anteriormente, em que se visa reconstruir completamente as bases do sistema carcerário de determinado ente. Eventual ação judicial deve levar em consideração não apenas os interesses dos detentos, consideradas as especificidades entre eles (tipo de prisão, gênero, idade, condições específicas de saúde, religião, entre muitos outros aspectos), é preciso considerar as demandas trazidas pela sociedade civil que não se encontra em posição de encarceramento, os interesses dos familiares dos encarcerados, a integridade dos agentes de segurança que trabalham diretamente com os encarcerados, a previsão orçamentária do ente responsável pelas unidades prisionais. Além disso, é necessário definir de maneira detalhada quais serão as medidas a serem implementadas

de imediato, quais medidas serão necessárias a médio e longo prazo, como esse planejamento será executado. É de notável clareza a complexidade da demanda aqui exemplificada.

Com essa breve incursão, são flagrantes algumas das variadas facetas de um litígio de interesse público, altamente complexo e polimorfo, no qual é imprescindível repensar a lógica processual clássica bipolar, por meio da implementação de medidas estruturais, de modo a garantir não só o real acesso à justiça aos sujeitos interessados no provimento jurisdicional, mas também a efetividade aos direitos. (COTA, NUNES, 2018, p. 249).

Decerto que não se deve buscar um abandono completo do princípio da adstrição ou congruência, até mesmo por uma questão de segurança jurídica. Porém, as características dos litígios multipolares e de grande complexidade demandam que a rigidez seja flexibilizada de maneira que o pedido seja congruente com a realidade que se pretende modificar, com os debates que serão gerados em torno dos interesses ali difundidos e com a real possibilidade de mudança da realidade fática em que a discussão é centrada, considerando que uma realidade que atinge uma ou várias coletividades pode sofrer alterações, inclusive esperadas, entre o momento do ajuizamento da ação e os momentos em que serão proferidas as decisões judiciais.

A diferenciação entre a estreiteza dos pedidos em demandas tipicamente individuais e a busca pela flexibilização em processos estruturais se dá por uma distinção de extrema importância: nas demandas individuais, o autor tem total noção da realidade em que a discussão está inserida, tem plena consciência do que busca objetivamente com a decisão judicial e sabe exatamente a extensão de sua pretensão. Já em processos estruturais, as linhas não são tão definidas. É preciso primeiro dar o primeiro passo em busca da reestruturação pretendida, e ao longo do caminho, serão definidas as fases a serem cumpridas e, principalmente, como será feito este cumprimento.

Ademais, na dinâmica polimorfa do processo estrutural, existe também uma diferença estupenda quanto à lógica individualista: a perseguição pelo *status quo*. A lógica tradicional busca, com a intervenção judicial, o retorno ao estado em que as coisas se encontravam anteriormente, seja por uma obrigação de fazer ou de pagar quantia certa, o que significa dizer que os olhares estão necessariamente voltados para o passado. Já em conflitos de interesse público, intervenção judicial em políticas públicas, reconstrução de estruturas problemáticas, é preciso voltar a atenção para o presente e principalmente para o futuro: quais serão as decisões a serem tomadas, quais serão seus riscos e consequências, como será feita esta análise e fiscalização, na busca pela resolução mais efetiva do conflito. A simples condenação de réus ao pagamento de quantia certa não tem esse condão.

Dessa forma, ao autor deverá ser facultada a possibilidade de formular, num primeiro momento, um pedido indeterminado, dado que a extensão de sua pretensão poderá ser desconhecida. Nessas circunstâncias, embora deva ser expresso o pedido, estaria o autor dispensado de precisar as medidas que deverão ser tomadas ou o teor da condenação dos réus. Ademais, ao longo de toda a instrução probatória, deve ser possibilitado ao autor adequar sua pretensão à realidade posta, concreta do caso em análise, sob pena de violação do direito fundamental ou o valor público defendido no processo a bem de uma fria e absoluta correspondência entre o provimento judicial final e o pedido. (COTA, NUNES, 2018, p. 250).

Isto tudo perpassa ainda por um viés fundamental dos processos estruturais, que é o incentivo à ampla participação dos entes envolvidos na discussão processual. É a busca pela construção dialogada do pronunciamento judicial, construindo um sistema colaborativo, fomentando a participação das partes. Trata-se de consequências diretas da boa fé processual e, conseqüentemente, do acesso à justiça.

Ainda na seara dos instrumentos processuais passíveis de revisitação, há uma séria discussão envolvendo os institutos da legitimidade e da representação. O processo coletivo brasileiro, por suas características muito próprias, atribui a instituições públicas como o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos, entre outros, a legitimidade para agir em juízo em busca dos direitos que a sociedade anseia ou precisa, a partir da noção de que, apenas por serem entes públicos, seriam mais “competentes” para agir em busca dos direitos coletivos.

Ocorre que, por vezes, e justamente por figurarem na posição de entes públicos, estes legitimados estão descolados da realidade em que está inserido o problema que é levado a juízo, o que pode gerar o sério risco de direitos coletivos e interesses de uma ou mais coletividades serem defendidos em juízo pela pessoa do promotor de justiça, do defensor público ou quem o valha, pessoa essa que nunca teve contato com a realidade fática que se apresenta e muito menos tem noção de quais seriam os valores a serem buscados em um processo. Trata-se de mais uma absurda influência do individualismo na busca por direitos e interesses incongruentes com esta prática, pois se tenta a todo custo fazer com que as normas de cunho individualista sejam empurradas em processos de características coletivas.

Bem vistas as coisas, pode-se dizer que o processo coletivo brasileiro nada mais é do que um processo individual – com todas as suas características e, em especial, a força do princípio dispositivo – com uma legitimidade “extraordinária” atribuída a sujeitos específicos, de forma concorrente. (...) Diante de tudo isso, o que se observa nos processos coletivos é que a “representação” – pelo legitimado coletivo – dos interesses metaindividuais e

individuais de massa postos em uma discussão é (ou pode ser), em grande medida, fictícia. Prevalece, em suma, a vontade do autor coletivo, tanto na determinação da lide, como na condução do processo. E essa vontade, obviamente, pode ser bastante diversa daquela que de fato é manifestada pela sociedade ou pelo grupo em favor de quem se atua. (ARENHART, 2019, p. 803).

Falamos até agora de problemas próprios dos processos coletivos. Em termos de processos estruturais, o problema é ainda mais grave, uma vez que a gama de interesses defendidos é muito mais ampla, o que demanda do magistrado o conhecimento de detalhes das pretensões de todos os grupos interessados. A problemática gira em torno de como conhecer as nuances de todos os grupos interessados na resolução do problema estrutural, pois se a própria participação dos grupos é problemática, não há garantia de participação dos sujeitos que realmente serão atingidos pelos pronunciamentos judiciais ou sequer fiscalização de adequação da representatividade.

Nos parece que a principal problemática gira em torno de como instrumentalizar a defesa dos interesses múltiplos dentro do processo estrutural. É necessário que haja uma identidade entre o ente ou sujeito que se apresenta como legitimado pela coletividade e os interesses da própria coletividade, bem como é sábio buscar a participação mais próxima possível da realidade fática, construindo soluções dialogadas e plurais.

Assim, na tentativa de aproximar o que se pratica na esfera dos processos estruturais e o que se pretende com a defesa dos interesses dos entes representados neste processo, passamos a considerar que, ainda que excepcional, a participação direta dos entes interessados deve ser estimulada e buscada, sempre que possível e sempre que esta busca não inviabilize o cumprimento das fases do processo estrutural. É com a participação direta dos interessados que se passa a construir respostas pautadas no diálogo e no consenso coletivo.

As formas com que essa participação pode ser exercida são bastante variadas. De imediato, consideremos a possibilidade da participação ser feita através de litisconsórcio, considerando a possibilidade mais tradicional. Através de litisconsórcio, seria possível garantir a participação direta dos envolvidos, enriquecendo a argumentação por haver acesso frontal aos fundamentos trazidos pelos interessados.

Outra modalidade, desta vez considerada como intervenção de terceiros, é a figura do *amicus curiae*, podendo ser trazidos ao processo estrutural tanto pela posição de *expert* em determinada área quanto pela posição de conhecimento dos fatos e dos cenários ali apresentados, como pessoa que realmente representa os interessados. É inclusive uma forma de conceder maior legitimidade democrática às decisões que serão tomadas dali em diante, de

forma que “a intervenção do *amicus curiae* visa alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações dos Tribunais, que passará a ter o dever de apreciar e dar considerações às interpretações constitucionais emanadas dos mais diversos setores da sociedade” (SANTANA, 2019, p. 439).

A própria participação dos *amici curiae* na fase de execução das decisões é considerada uma inovação própria às especificidades dos processos estruturais, uma vez que a fase de cumprimento é a que se mostra mais complexa em todo o rito processual.

Primeiro, o direito brasileiro tende a não admitir a participação de assistentes e de “*amici curiae*” na fase de cumprimento do julgado, justamente porque não haveria mais espaço para se defender determinado ponto de vista: essa fase de convencimento teria se esgotado com o trânsito em julgado. Nos processos estruturais, porém, ocorre o contrário: a fase de cumprimento sinaliza para o aumento de complexidade do feito, tornando ainda mais necessária a ampliação dos debates em contraditório. Como narra Jordão Violin, tomando por base a reforma do sistema prisional do Arkansas, “quanto mais próximo da conformidade aos valores constitucionais estava o sistema prisional, mais complexa se tornava a atividade jurisdicional”. É dizer: quanto mais progride o cumprimento do julgado, maior tende a ser a sua complexidade. (SILVA NETO, 2019, p. 85).

Além das modalidades tradicionais e até óbvias de estímulo à pluralidade na participação dos interessados, nos cabe ainda pensar também nas audiências públicas, importante instrumento de participação democrática e gestão processual. As audiências públicas também carregam um viés duplo: são capazes de enriquecer a argumentação trazida em termos de conhecimento científico ou técnico e também de aproximação da sociedade com a corte, facilitando a participação de entes e/ou sujeitos que, via de regra, representam a sociedade e teriam mais lugar de fala para sustentar a decisão que ali será tomada, até mesmo por se configurarem como destinatários de tal decisão.

Sem dúvida, esse diálogo democrático, promovido entre os atores sociais, torna mais fácil a solução do conflito social. Com a participação de todos, é mais fácil encontrar um caminho que, se não agrada a todos, pelo menos valorizou o diálogo social, os envolvidos tiveram a possibilidade de participação no debate e na construção de alternativas para solucionar o problema que os aflige. (CÉSAR, 2011, p. 359).

São metodologias de oitiva dos interesses das partes interessadas perfeitamente aplicáveis ao rito dos processos estruturais, em suma por estimular a participação dialogada e soluções consensuais, que são pilares fundamentais dos processos estruturais. Aqui, nos aproximamos do conceito de *town meeting* pensado por Stephen Yeazell, em busca da tão

preciosa ampliação de perspectivas entre os participantes, através de eventos públicos e multipolares.

First, it provides further evidence for the proposition that in an increasingly large number of cases, courts assume functions unfamiliar in traditional adjudication; and, second, it illustrates the expansion of traditional conceptions of litigation that must occur when courts assume such functions. (YEAZELL, 1977, p. 244)³⁰.

É em eventos deste tipo que se possibilita escutar de perto quais são as queixas das populações envolvidas no litígio, “registrar insatisfações, verificar se a solução pretendida é razoavelmente factível, apontar falhas nas propostas ou indicar alternativas” (VITORELLI, 2019, p. 396). Em suma, estes eventos possibilitam a representação de maneira mais adequada dos interesses dos envolvidos nos conflitos multipolares.

Ainda que não seja garantia absolutamente segura de pertinência temática entre a atuação dos legitimados extraordinários e os interesses da coletividade representada, a legislação brasileira exige que haja uma ligação mínima entre a área de atuação do ente legitimado e os interesses que serão defendidos pelos legitimados. Essa exigência é nada mais do que o mínimo a se pleitear com a defesa da tutela pretendida. É o que se percebe do teor das normas que perfazem o microsistema processual coletivo que exigem de entidades legitimadas atuações em áreas específicas³¹.

Uma saída possível para o problema do controle da representatividade adequada seria o que foi proposto pelo Instituto Íbero-Americano de Direito Processual, a partir do VIII Seminário Internacional de Roma, em 2002, que resultou nas sugestões trazidas por professores como Antonio Gidi, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover no Código Modelo de Processos Coletivos para Íbero-América.

A primeira proposta de “Código Brasileiro de Processos Coletivos” tinha como objetivo estabelecer parâmetros gerais que pudessem referenciar reformas, fazendo com que a tutela de interesses e direitos transindividuais se tornasse mais efetiva, tendo como objetivo “aperfeiçoar as normas existentes, por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas.” (LEAL JÚNIOR, BALEOTTI, 2012, p. 6-7). Os parâmetros envolvem os seguintes critérios:

³⁰ Em tradução livre: Primeiro, fornece evidência futura para a proposição de que em um grande número de casos, as cortes assumem funções desconhecidas na litigância tradicional; e, segundo, ilustra a expansão das concepções tradicionais de litigância que devem ocorrer quando as cortes assumem tais funções.

³¹ Art. 5º, inciso V, alínea b da Lei n. 7.347/85.

Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

- a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
- b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c – sua conduta em outros processos coletivos;
- d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe (2004).

Destes critérios, é importante perceber a preocupação com o fato de que de pouco ou nada adiantaria estabelecer regras rígidas de demonstração de existência da adequação da representatividade. É necessário estabelecer linhas e critérios gerais que possam ser avaliados no caso concreto, não só no momento do ajuizamento da ação, mas a balizar toda a atuação do legitimado ao longo de todo o processo, de maneira que “a atividade desempenhada pela parte processual que atua em favor do grupo ou de um interesse não pode frustrar as legítimas expectativas guardadas por aqueles grupo ou que se supõe seja atribuída ao mencionado interesse” (ARENHART, 2019, p. 818).

Trata-se inclusive de demonstração de zelo e maturidade do julgador que esse controle seja feito de maneira constante e vigilante, que abarque todos os atos cometidos ao longo do processo, sob pena de enfrentar os direitos que deveriam estar sendo protegidos caso haja, ao longo do curso do processo, circunstância que seja capaz de modificar o cenário da legitimidade.

Neste sentido, é possível afirmar que, em busca de uma nova ótica para a legitimidade, é necessário que se busque um equilíbrio entre a participação direta, quando esta for possível, através de múltiplos instrumentos previstos em legislações especiais, aliada à representação adequada, que deve ser fiscalizada ao longo de todo o curso do processo, não apenas no momento do ajuizamento da ação.

O processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial. (ARENHART, 2019, p. 824).

A legislação processualista, mormente o CPC, é capaz de fornecer instrumentos necessários à construção destas respostas, considerando alguns de seus dispositivos que facilitam as soluções consensuais e o diálogo institucional. O intuito maior de toda esta

discussão envolve fortalecer e aumentar a arena democrática em que se transforma o Poder Judiciário, expandindo a participação pública das coletividades envolvidas na solução de litígios estruturais.

O fortalecimento do diálogo entre as instituições faz com que as decisões advindas deste cenário sejam mais efetivas e mais adequadas à realidade dos problemas que o Poder Público pretende resolver. Importante salientar que esta não é uma função apenas do Poder Judiciário, mas também do Poder Executivo e do Poder Legislativo, ao reconhecerem suas parcelas de responsabilidade no estado de coisas inconstitucional, e participarem ativamente da construção de respostas a litígios estruturais.

É urgente e necessário pautar a resolução de conflitos de alta complexidade pela técnica dos processos estruturais que, mesmo que apresente algumas deficiências, ainda assim se mostra como a forma mais adequada de construir decisões de caráter plural, com ampla participação popular, através de instrumentos processuais flexíveis que possibilitem o diálogo e o consenso. As multipolaridades destes conflitos demanda a participação em massa de todos os entes envolvidos na resolução da demanda, ainda que isto seja custoso ou intrincado, pois, no futuro, soluções efetivas serão fornecidas à sociedade.

Ainda nos atendo às possibilidades de transformações nas óticas de alguns institutos tradicionais do processo, a partir dos estudos dos processos estruturais, no sentido de diferenciar o procedimento que é capaz de reconstruir estruturas problemáticas e solucionar litígios complexos, merece guarida o instituto da coisa julgada e seus limites.

É preciso antes de tudo salvaguardar o fato de que a imutabilidade da coisa julgada existe por um motivo, fundamentado pelo art. 5º, XXXVI da Constituição da República, que é a valorização da segurança jurídica. Há, porém, de se considerar que esta presunção não é absoluta, havendo previsão legal de relativização, desde que observados os princípios constitucionais adequados, sendo “a coisa julgada norma-princípio constitucional e não mera norma regra do diploma processual civil, (...) sendo a sua mitigação fator de exceção, o qual deve estar peremptoriamente previsto no sistema” (GÓES, 2008, p. 166).

Dessa maneira, considerando que, de acordo com a lógica dos processos estruturais, as decisões judiciais são tomadas paulatinamente, tecendo uma cadeia de decisões através do método “tentativa-erro-acerto” (ARENHART, 2018, p. 13), os limites clássicos da coisa julgada se mostram inviáveis. É preciso ponderar também que cada decisão tomada ao longo dessa intrincada cadeia, demanda fiscalização e análise de resultados e, se mostando ineficaz ou inadequada, deverá ter seus efeitos modulados dentro daquela relação processual. Sobre a possibilidade de flexibilização dos efeitos da coisa julgada:

Destarte, com a literalidade do permissivo constante no CPC e sem maiores questionamentos, o sistema processual consagra a formação progressiva da coisa julgada e a possibilidade de execução definitiva em momentos diferentes estimulando, de um lado, a entrega do mérito de forma progressiva e, de outro, permitindo a efetivação da prestação jurisdicional em vários momentos no mesmo procedimento. (ARAÚJO, 2018, p. 61).

Com a existência desta cadeia de decisões dependentes entre si, pendentes de fiscalização e análise de seus resultados, é natural que os efeitos da coisa julgada não ocorram de maneira tradicional, considerando as decisões como “um romance em cadeia, onde não de ser respeitados os capítulos anteriores da estória” (SILVA NETO, 2019, p. 82).

A flexibilização própria do procedimento de alta complexidade demanda que a coisa julgada seja considerada maleável, à medida que a complexidade aumenta. É necessário estabelecer bases seguras de como e quando deve ocorrer a flexibilização deste instituto, uma vez que não existe nenhum dispositivo legal específico que determine como isto será feito. Para que estas bases sejam definidas, é primordial também estabelecer a importância da decisão-núcleo, a decisão inicial que definirá as bases abstratas que as decisões posteriores deverão seguir.

Desta forma, é possível exigir um nível de rigor diferenciado quando se pretende rediscutir as bases primordiais sobre as quais toda a lide é fundamentada. Isso importa em dizer que, pretendendo rediscutir detalhes técnicos, específicos e menores dos cumprimentos de determinadas decisões, é possível exigir menor rigor quanto à flexibilização dos efeitos da coisa julgada.

Há ainda uma preocupação específica da técnica dos processos estruturais que profundamente se diferencia da tutela individual, que é a que se desenha quando as partes se deparam com a dificuldade técnica de execução da decisão.

Diferentemente do que ocorre na sistemática geral do Código de Processo Civil, a inexecutabilidade do conteúdo da sentença ou das decisões anteriores não nos conduz ao exaurimento – nem mesmo parcial – do núcleo da sentença ou acórdão estruturante. Diante da própria técnica dos ciclos de decisão, encontrados obstáculos materiais intransponíveis em determinada via, cabe ao juízo de execução redefinir as estratégias de implementação do julgado, com a participação das partes e demais interessados (SILVA NETO, 2019, p. 84).

Considerando ainda uma preocupação com a marcha processual e certa vedação ao retrocesso, é crucial que se defina que eventuais flexibilizações devem se ater ao objetivo específico da decisão núcleo e das bases ali estabelecidas, evitando que por motivos escusos e

alheios às discussões principais sejam vetores desta flexibilização, sendo aceitáveis apenas em situações específicas em que se inserem fatos novos ou novas variáveis no curso da demanda, que não haviam sido consideradas na prolação da decisão inicialmente.

É de suma importância, considerando o viés policêntrico dos processos estruturais, que não nos afastemos dos interesses de todas as coletividades ali envolvidas e representadas. Dentro desse cenário, um dos institutos de maior importância para a própria classificação do processo como estrutural é a notória relevância dos negócios jurídicos processuais. Tratados como inovação pelo Código de Processo Civil de 2015 no art. 190, que estabelece uma cláusula geral de negociação entre as partes, considerado um efeito direto do princípio do autorregramento da vontade dentro do processo.

Decerto que a inovação trazida pelo CPC de 2015 é apenas o estabelecimento de uma cláusula geral de negociação processual, em especial os negócios processuais atípicos, uma vez que a legislação processual anterior, datada de 1973, já contemplava a possibilidade de as partes negociarem sobre aspectos processuais da demanda, devendo, por óbvio, haver limitações a essas determinações.

Pois bem, nesse cenário, encontram-se intimamente imbricadas a autonomia da vontade, a licitude do objeto e as questões de ordem pública, donde estas exsurgem como limites ao autorregramento da vontade no processo, ou melhor, como um importante parâmetro para se aferir a (i)licitude do objeto do negócio jurídico processual e, conseqüentemente, sua (in)validade. (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 9).

Com isso, faculdades como o ônus probatório, os prazos para apresentação de provas, defesas ou recursos, a renúncia à instâncias recursais, entre outros aspectos processuais, podem e inclusive devem ser adaptados às vontades das partes, sendo o processo passível de flexibilização e adequação ao mais aproveitável aos interesses dos jurisdicionados, seja na esfera individual ou na coletiva, sendo admissível “proceder em relação aos negócios jurídicos processuais, que serão admissíveis quando a situação em tela comportar a transação, ainda que parcial” (MACEDO, RODRIGUES, 2017, p. 5).

Quanto aos processos estruturais, ainda mais do que na seara tradicional e individual, os negócios jurídicos podem e devem ser estimulados, considerando a flexibilidade do procedimento e, mais ainda, as metas a serem estipuladas, os objetivos comuns aos entes envolvidos no processo, as formas de monitoramento de cumprimento das decisões e atuação dos entes. São inúmeras as possibilidades sobre as quais se pode negociar dentro dos processos

estruturais, mas mais do que isso, como garantia de forma direta de participação nas questões de resolução mais complexa.

Nos processos estruturais, do mesmo modo que falamos em “decisões em cascata”, também se mostra salutar a possibilidade de “negociações em cascata”, com formatos variados: algumas em bloco (mediante anuência de todos os partícipes); outras de modo parcial, mas multilateral; outras, ainda, estritamente bilaterais, a depender do grau de abrangência do ponto negociado e de sua repercussão no produto final. (SILVA NETO, 2019, p. 86-87).

Os negócios jurídicos processuais, sejam eles típicos ou atípicos, têm fundamental papel na execução das decisões estruturais, que se mostram como a parte mais espinhosa das decisões. Dessa forma, a intervenção do Poder Judiciário nestas demandas passa a ser dotada inclusive de menos ativismo, dando lugar ao protagonismo dos entes interessados, partindo do entendimento de que a solução negociada é a mais adequada e eficiente à resolução das demandas.

Ademais, há de se considerar que, devido à complexidade própria dos processos estruturais, seria inviável fixar um procedimento rígido e incontornável, que se adequasse a todos os pormenores de todas as demandas regidas pela égide dos processos estruturais, de forma que, “a tutela do direito à saúde, à habitação ou à erradicação do trabalho infantil, por exemplo, exigirá medidas diversas daquelas adotadas para a dessegregação das escolas”. (VIOLIN, 2019, p. 503).

A complexidade da efetivação judicial de políticas públicas possui reflexos diretos nas fases cognitiva e executiva dos processos judiciais, sendo imprescindível que a técnica processual se estruture adequada e eficientemente para a superação da crise jurídica submetida ao Judiciário e que isso seja feito dentro do modelo cooperativo e democrático de processo. (RODRIGUES, GISMONDI, 2017, p. 149-150).

Isto tudo é capaz de demonstrar que todas as especificidades da demanda estrutural devem ser consideradas no sentido de flexibilização procedimental, como forma última de demonstração da inadequação das regras estanques do processo tradicional e individualista, mostrando-se inclusive desnecessárias as mudanças na legislação procedimental que visem engessar o procedimento dos processos estruturais.

Portanto, na seara procedimental, estes são os instrumentos que vêm mostrando sinais de obsolescência, sendo, portanto, incapazes de ser usados para construir respostas efetivas a conflitos de alta complexidade, como os processos judiciais em que se discutem interesses coletivos, direito ao meio ambiente, saúde, entre outros.

Construir decisões em litígios multipolares e de ampla complexidade demanda necessariamente flexibilização não apenas de procedimentos, mas também de condutas de entes públicos. É necessário trabalhar com a noção de que o diálogo e a participação populares são de extrema importância para a construção de respostas adequadas a estes conflitos. Para tanto, é preciso fortalecer o diálogo e o consenso entre todos os participantes do litígio de maneira cooperativa, capaz de efetivamente proteger direitos e garantias fundamentais de caráter social.

4.2 A NOVA DIMENSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O PROTAGONISMO JUDICIAL

Apesar de todos os argumentos trazidos até aqui, dentre uma série de outros, mostrarem os processos estruturais como uma empolgante inovação em termos de instrumentalização do acesso à justiça e construção de decisões mais efetivas, ainda se trata de ideia passível de críticas severas.

A maioria destas críticas se fundamenta em alegações de ativismo judicial exacerbado, possibilitando que o magistrado performe funções típicas do Poder Executivo, afronta ao princípio constitucional da separação de poderes e, conseqüentemente, a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para tal atuação e a ausência de *accountability* judicial. Importante nos atermos aos motivos destas críticas, respondendo-as, para que os estudos sobre processos estruturais possam ser fortalecidos.

O papel do Judiciário seria apenas o de reforçar o processo democrático, removendo barreiras para que os grupos minoritários “discretos e insulares”, possam participar das decisões sociais em igualdade de condições com os demais segmentos, e, com isso, sejam capazes de obter seus próprios direitos, pela via administrativa e legislativa. (VITORELLI, 2020, p. 88).

Há ainda severas críticas quanto ao fato de que os membros do Poder Judiciário não teriam condições técnicas de reorganizar estruturas burocráticas e interferir em políticas públicas, por não possuírem conhecimento ou preparo técnico para tanto, podendo gerar consequências mais graves do que o *status quo ante*. Em resposta, além do óbvio questionamento acerca da capacidade técnica de membros dos demais poderes, é possível questionar se não sendo a intervenção judicial através dos processos estruturais a melhor saída, qual saída seria a ideal? Entendemos que os processos estruturais, ainda que passíveis de críticas, se desdobram como a solução mais adequada para conflitos de tamanha complexidade, por uma série de fatores.

These critiques, although powerful in their analysis of the limits of litigation, have generally failed to adequately acknowledge its contributions and the complex ways in which legal proceedings can support political mobilization. Against the examples of lawyer domination, there are competing accounts of client empowerment and community-directed lawsuits. Even as liberal critics have disparaged reliance on courts, conservative activists have enlisted them in efforts to block or roll back progressive change. (CUMMINGS, RHODE, 2009, p. 1).³²

O Poder Judiciário se mostra, portanto, como um agente de análise de demandas que não são consideradas pelos demais poderes, catalisando o processo de fornecimento de respostas aos anseios da sociedade. Por óbvio, não devemos considerar o Poder Judiciário como o justiceiro guardião de todas as respostas, mas sim como um canal alternativo à promoção de mudanças sociais. Além disso, não sendo o julgador o detentor único de toda a sabedoria, seria suficiente que se este se cerque de pessoas dotadas de conhecimento técnico e esteja disposto a permitir o diálogo entre indivíduos e instituições que possuam este conhecimento.

O processo, nessa conjuntura, não pode ser visualizado apenas como relação jurídica, mas como uma expressão relevante para a democracia, e por essa razão deve ser legítimo. Deve se legitimar pela participação. Deve ser legítimo, adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais e, além disso, deve produzir uma decisão legítima (ABREU, 2008, p. 427).

Quanto às alegações de que o Poder Judiciário estaria se imiscuindo em funções próprias de outros poderes, é perceptível que esta atuação só ocorre quando existem lacunas deixadas pela omissão de outros poderes, por vezes sendo confundido inclusive como descuido dos administradores públicos. A partir desse cenário, é possível, excepcionalmente, admitir a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sendo possível apenas porque “esta concepção só é permitida num ambiente constitucional como o atual, após 1988, no qual se observa uma noção menos rígida da divisão de Poderes” (NOGUEIRA, GUEDES, 2019, p. 3).

The situation is more often the consequence of a failure or refusal to make policy. The most characteristic component of current structural decrees is a demand that the defendant simply promulgate some policy, often with

³² Em tradução livre: Estas críticas, ainda que poderosas em suas análises sobre os limites da litigância, geralmente falharam em reconhecer adequadamente as contribuições e as formas complexas em que procedimentos legais podem apoiar a mobilização política. Contra os exemplos da dominação dos advogados, existem contas concorrentes de processos de capacitação do cliente e direcionadas à comunidade. Mesmo com os críticos liberais menosprezando a confiança nos tribunais, ativistas conservadores os listaram nos esforços para bloquear ou reverter a mudança progressiva.

minimal or uncontroversial constraints as to what it shall be. (SABEL, 2004, p. 1.092)³³

A crítica mais contundente sem dúvidas é a de que a atuação judicial em processos estruturais seria contrária ao art. 2º³⁴ da Constituição da República, o que geraria consequentemente as críticas relacionadas à ativismo judicial. A noção de separação de poderes, como inicialmente delineada por Montesquieu, vertente majoritariamente adotada em países democráticos, construindo o sistema de freios e contrapesos, é baseada principalmente no equilíbrio entre os poderes do Estado, de maneira que “tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168). O cerne do pensamento é a garantia de independência e liberdade política entre os membros que exercem funções distintas dentro do Poder Público, devendo ser resguardada a harmonia entre tais poderes.

A noção de que o Poder Judiciário possa avançar por ramos que, de acordo com o raciocínio tradicional, seria inadequada, deve ser analisada com cautela e parcimônia. Se o princípio constitucional da separação de poderes for analisado de maneira radical e ferrenha, corre-se o risco de ocorrer reiteradas violações de direitos fundamentais, em especial direitos sociais, e consequentemente o abandono de normas constitucionais que deveriam ter importância absoluta. Contra a atuação protagonista do Poder Judiciário, Carl Sunstein critica:

Dworkin’s general approach (...) does not address the various institutional deficiencies of the judiciary. Our account of what judges should do must be attentive to those deficiencies. These include the fact that judiciary is composed of lawyers coming from a particular, narrow segment of society; the judges’ lack of good fact-finding tools; their insulation from relevant groups and relevant events; their concentration on the details of particular cases; and their ability to process the systemic effects of their connection with democracy, properly conceived, and in terms of limited capacity of those in such processes to deliberate on issues of principle. But this is only one side of the picture. It is vital to address the comparative deficiencies of the courts. (SUNSTEIN, 1993, p. 375).³⁵

³³ Em tradução livre: A situação é comumente a consequência de uma falha ou recusa em fazer política. O componente mais característico das atuais decisões estruturais é uma demanda em que o réu simplesmente promulga alguma política, muitas vezes com restrições mínimas ou incontestáveis quanto ao que deveria ser.

³⁴ São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁵ Em tradução livre: A abordagem geral de Dworkin (...) não é direcionada às várias deficiências do Judiciário. Nossa noção a respeito do que juízes deveriam fazer deve se atentar a essas deficiências. Isso inclui o fato de que o judiciário é composto por advogados provenientes de um segmento particular e restrito da sociedade; a falta aos juízes de boas ferramentas de averiguação; o seu isolamento de grupos e eventos relevantes; a sua concentração em detalhes de casos específicos; e sua habilidade em processar os efeitos sistêmicos de sua conexão com a democracia, devidamente concebida, e em termos de sua capacidade limitada em tais processos para deliberar

É importante perceber também que o Poder Judiciário está necessariamente sendo provocado a fornecer uma resposta a anseios da sociedade, ou seja, membros da sociedade ativamente convocam o Poder Judiciário a modificar uma realidade problemática, no anseio de tornar factíveis as normas previstas pela Constituição, superando o *status* de desconformidade institucional.

Tal atuação do Poder Judiciário deve sempre responder questionamentos acerca da execução ou modificação de políticas públicas, em busca do rompimento com o estado de coisas inconstitucional. Logo, o Poder Judiciário decerto não tem legitimidade para criar as políticas públicas de interesse da sociedade, “ou seja de que objetivos ou interesses devam ou possam ser eficientemente alcançados, mas verdadeira adequação ao sistema dos direitos fundamentais consagrados no Estado Democrático de Direito” (DIAS, 2016, p. 168-169).

As críticas quanto ao caráter antidemocrático e à incompetência dos juízes para atuar nessa seara parecem, quando analisadas detidamente, pouco fundadas. Primeiro, porque nem o Executivo, nem o Legislativo são, necessariamente, democráticos ou competentes. O afastamento das autoridades eleitas das vontades e interesses de seus constituintes é um fenômeno bem demonstrado, assim como a existência de um considerável rol de pessoas que, conquanto exerçam cargos de gestão, não têm competência técnica ou capital político para tomar as decisões apropriadas. Nesse contexto, por comparação, um juiz que se disponha a compreender o litígio, a estudar a questão técnica, a ampliar o contraditório para abranger os subgrupos impactados e a se valer de sua posição imparcial para tomar a decisão que melhor atenda os interesses da sociedade, pode estar tão ou mais bem situado que os gestores eleitos. Não há garantia prévia de que, no mérito, o juiz será capaz de tomar uma boa decisão. Mas essa garantia também não existe quanto aos gestores eleitos, e a posição destes na estrutura administrativa ostenta fragilidades que não podem ser desprezadas. (VITORELLI, 2020, p. 125).

As críticas quanto à atuação dos magistrados em matéria de política pública podem ser, portanto, facilmente rebatidas ao percebermos que o processo estrutural possibilita uma arena democrática muito mais intrincada e que facilita de maneira muito mais potente a participação democrática dos atores envolvidos no processo de criação da decisão judicial. A decisão judicial não surge repentinamente da intimidade do julgador, mas sim é construída de maneira coletiva, dialogada e racional, com participação não só dos representantes das coletividades envolvidas, mas também dos administradores públicos.

As críticas vêm acompanhadas da questão crucial quanto à *accountability*, ou como descreve Susan Sturm, “representatives of groups or organizations directly involved in the

sobre questões de princípio. Mas este é apenas um lado da questão. É vital abordar as deficiências comparativas dos tribunais.

decision-making process are accountable and responsive to the constituencies they represent”³⁶ (STURM, 1991, P. 1410), e a capacidade de responsabilização dos julgadores diante de respostas negativas aos anseios da sociedade, em especial porque “se o resultado for pior que o esperado, a sociedade dispõe de poucos instrumentos para responsabilizar o juiz ou alterar a decisão, dada a formação da coisa julgada” (VITORELLI, 2019, p. 321).

Structural injunctions, though, generate political resistance. I think it important to stress that the resistance does not necessarily come from a concern that such injunctions will consume too many resources, although that may play some role (...). Another source of resistance is that structural injunctions deal only with one sector – the litigation’s target – whereas politicians are responsible for many sectors. A structural injunction about health care may “work” to improve the health-care bureaucracy’s provision of health care, but implementing the injunction may consume resources that politicians would prefer to devote to housing policy, and from the point of view of social and economic rights, health does not have obvious priority over housing. (TUSHNET, 2019, p. 64).³⁷

Diante de tal situação, é perceptível que inclusive as escolhas a respeito de quais estruturas devem ser reconstruídas envolvem interesses políticos dos demais poderes, interesses estes muitas vezes guiados por critérios de conveniência e oportunidade. Justamente por ser guiado por valores politicamente diferentes dos demais poderes, o Poder Judiciário é capaz de fornecer respostas centradas em outros critérios, respostas estas que podem ser construídas de maneira mais eficaz por ser mais dialogada e haver a possibilidade de contar com a participação de mais entes envolvidos nos conflitos gerados pelas estruturas a serem reconstruídas.

O que importa afirmar quanto a esta questão específica é que não existe garantia maior de responsabilização por tomada de decisões quanto aos membros dos demais poderes quando comparados aos membros do Poder Judiciário. Inclusive, a própria legislação se ocupa disso, a seguir a inovação trazida pelo art. 20³⁸ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e em consequência do art. 5^{o39}, XXXV da Constituição da República, que determina que os

³⁶ Em tradução livre: representantes de grupos ou organizações diretamente envolvidos no processo de tomada de decisões são responsáveis perante os constituintes que representam.

³⁷ Em tradução livre: Medidas estruturais, porém, geram resistência política. Eu acredito importante ressaltar que a resistência não necessariamente de uma preocupação que tais medidas irão consumir muitos recursos, embora isso possa ter algum papel (...). Outra forma de resistência é de que medidas estruturais lidam apenas com um setor – o alvo da litigância – enquanto políticos são responsáveis por vários setores. Uma medida estrutural sobre assistência médica pode “funcionar” para melhorar a prestação de cuidados de saúde da burocracia de saúde, mas implementar a medida pode consumir recursos que políticos prefeririam dedicar à políticas de habitação, e do ponto de vista dos direitos econômicos e sociais, assistência médica não tem a mesma prioridade óbvia que habitação.

³⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão

³⁹ Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

gestores públicos devem, obrigatoriamente, considerar as consequências práticas de suas decisões ao exará-las, pois a “administração pública é atividade de quem não é dono (...) pois o titular dos interesses geridos é sempre o povo, a coletividade em seu conjunto, apenas representada pelo Estado” (DALLARI, 2005, p. 1).

Isso afasta o perigo de que o uso de conceitos abstratos em políticas públicas possa ter resultados desastrosos, por vezes guiados por interesses escusos, sem refletir sobre as sequelas práticas de determinadas decisões. Isto compromete também as consequências econômicas e financeiras de cada decisão, que não mais poderão ser fundamentadas apenas pela vazia justificativa de que o interesse público deve prevalecer sobre o privado, invocando a dicotomia entre reserva do possível e mínimo existencial.

Sobre a impossibilidade de aplicação da cláusula da reserva do possível em conflitos que tratem de direitos e garantias fundamentais, em especial os de cunho social, é possível que falemos até mesmo em um “núcleo essencial intangível a ser assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direitos fundamentais” (BRASIL, ADPF 45-9, 2004).

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. (BARROSO, 2012, p. 31).

Por conseguinte, dentro do contexto dos processos estruturais, não é possível simplesmente que se confie na discricionariedade administrativa para justificar eventual ausência de atuação do Poder Judiciário. A intervenção judicial é justificada, constitucional e urgente, em situações em que a discricionariedade do agente público é incompatível com os princípios democráticos do estado de direito que, se tivesse agido de acordo com o que determina a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não ocorreria.

A questão da intervenção judicial na seara que, em tese, seria de outros poderes, está intimamente ligada ao papel dos direitos sociais no ordenamento jurídico, em especial na efetivação de políticas públicas e na reestruturação de modelos em desacordo com o estado

ideal, ou se aproximando do que Frank I. Michelman denomina de “justiciabilidade” (MICHELMAN, 2003, p. 16).

Reiteramos que a intervenção do Poder Judiciário na seara de políticas públicas, além de obrigatoriamente ser balizada por preceitos constitucionais e ocorrer em resposta a provocações feitas pelos legitimados, não se configura como criação de norma ou de política pública, uma vez que:

Primeiro, porque, ao apreciar a violação de um direito fundamental, os tribunais não estão decidindo originariamente qual objetivo ou meta deve ser perseguida por uma sociedade, mas sim avaliando se a política violadora efetivamente produz uma repercussão no campo do direito.

Não se trata, assim, de assumir o papel do Executivo ou Legislativo como elaborador e executor de políticas, e sim de definir se essas são efetivamente compatíveis com o sistema de direitos básicos assegurados institucionalmente (DIAS, 2016, p. 176).

Cai por terra, portanto, qualquer objeção à intervenção judicial em políticas públicas que seja calcada única e exclusivamente no amparo democrático do protagonismo do Poder Judiciário. A proteção institucional de direitos fundamentais é dever do Estado como um todo, e não apenas deste ou daquele poder específico. A legitimidade democrática do Poder Judiciário se dá não pelo voto popular, mas por seu papel constitucionalmente definido.

É preciso reconhecer também que as funções exercidas pelos poderes não são necessariamente estanques e mecânicas e, portanto, também não deve ser encarado dessa forma o princípio da separação de poderes. A flexibilização desta ideia é obtida através de diálogo institucional, sendo capaz de construir decisões mais exequíveis e, mais importante, dotadas de maior legitimidade, sendo “a consequência desse respeito à separação de poderes e às esferas de competência da Administração Pública é um maior comprometimento dos setores políticos com a solução do litígio estrutural” (ALBUQUERQUE, SERAFIM, 2020, p. 653).

Al avanzar em este campo, asumiendo um rol activo que preserva el prestigio y eficacia sel sistema de Justicia, los jueces no invadem esferas de actuación de otros poderes, sino que cumplen el mandato constitucional de tutelar de modo efectivo los derechos de incidencia colectiva involucrados en un caso concreto. (GIANNINI, 2019, p. 153).⁴⁰

⁴⁰ Em tradução livre: Ao avançar neste campo, assumindo um rol ativo que preserva o prestígio e eficácia do sistema de Justiça, os juízes não invadem esferas de atuação de outros poderes, senão cumprem o mandato constitucional de tutelar de modo efetivo os direitos de incidência coletiva envolvidos em um caso concreto.

Além de haver uma clara necessidade de redimensionamento da forma com que vemos o processo, é claro também que necessitamos, como sociedade complexa e multifária, rever também a forma como enxergamos o próprio Estado e suas funções como fomentador de políticas públicas. Isto importa em afirmar que reformas profundas de estruturas problemáticas são um problema de responsabilidade do Estado como um todo, e não apenas de determinado poder. Havendo espaços vazios a serem ocupados, gerados pela ausência de atuação dos poderes que deveriam ser responsabilizados, cabe ao Poder Judiciário, quando acionado, agir de forma a corrigir os erros presentes na estrutura.

É importante perceber que a atuação jurisdicional em searas que normalmente devem ser responsabilidade do Poder Executivo e Poder Legislativo é absolutamente excepcional. Devem ser observados critérios como lacunas deixadas pela ausência de atuação dos demais poderes, estado de desconformidade generalizada, grau de importância dos direitos ali cerceados e, principalmente, que a atuação do Poder Judiciário seja rigidamente balizada pelas normas constitucionais que permeiam a discussão.

Considerando que o poder de diálogo é uma característica própria dos processos estruturais, e que os demais poderes podem e dever ser convocados a se manifestarem através dos instrumentos processuais adequados, quando consultados, assim como a sociedade civil e as coletividades envolvidas no deslinde da demanda estrutural, é consequência que sejam construídas decisões que considerem os aspectos trazidos por todos os atores envolvidos.

Portanto, não se trata de uma rele imposição do Poder Judiciário aos demais poderes, mas sim de construção complexa e deliberada de políticas públicas, compostas por uma cadeia de decisões, sendo o Poder Judiciário “peça importante na construção da ordem jurídica, e não como único intérprete da Constituição”. (CAMPOS, 2015, p. 176).

Aqui, compartilhamos do entendimento de que a atuação protagonista do Poder Judiciário ocorre em direta decorrência da omissão dos demais poderes, bem como se caracteriza como uma resposta às provocações feitas pelos legitimados a acionar o Poder Judiciário, em cumprimento à garantia fundamental de inércia jurisdicional. Além disso, a atuação jurisdicional deve ser sempre balizada pelo limite do texto constitucional, de maneira que o controle judicial de políticas públicas e a tutela de direitos sociais dos jurisdicionados não devem se afastar do que pretende a Constituição da República.

Asseveramos que aqui não se defenda a atuação indiscriminada do Poder Judiciário, mas sim uma atuação dialogada e uma revisitação da severidade do princípio da separação dos poderes como argumento raso e único para limitação da atuação jurisdicional frente a situações de graves ofensas a direitos e garantias fundamentais.

Portanto, se o próprio sistema constitucional instituiu a intrincada sistemática do sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances*, como forma de autocontenção e controle do Estado através de seus poderes, é de extrema importância considerar a possibilidade de as pessoas “formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas” (MONSTEQUIEU, 2000, p. 173).

Após o advento da Constituição da República de 1988, tornou-se cada vez mais comum que o Poder Judiciário, passando por um cenário de valorização de sua atuação, visse crescer sua importância como guarda de interesses que transbordam a arena dos poderes legislativo e executivo, na forma prevista pela tripartição clássica, de maneira que “paralelamente, o Poder Judiciário não tem mais se concentrado em simplesmente aplicar a lei ao caso concreto. Com base em uma interpretação proativa do texto constitucional, os magistrados tomaram as rédeas da concretização dos direitos previstos na Carta Magna” (BECATTINI, 2013, p. 28).

A própria rigidez da teoria da separação de poderes surgiu em um contexto histórico e social muito distinto do que a sociedade atual vivencia. Isso a torna inadequada devido os valores pensados há tanto tempo, em uma conjuntura tão diversa, surgidos em um contexto liberal clássico que não mais se encaixa no atual momento da sociedade. O enquadramento atual, carregado de pormenores específicos, inúmeras coletividades distintas entre si, que elevam significativamente a complexidade dos conflitos enfrentados pela sociedade, já não comporta uma noção tão radical de aplicação e interpretação da separação de poderes.

É preciso, portanto, pensar no Estado como garantidor do bem comum à sociedade e, como tal, garantidor de direitos sociais, apto a produzir mudanças sociais através da intervenção do ente público, no caso, o Poder Judiciário, se distanciando da ideia liberal de Estado mínimo e transmutando-se em um Estado que “atua sobre a realidade social, para modificá-la” (GRINOVER, 2017, p. 426).

Assim como os institutos processuais anteriormente abordados, a rigidez da noção clássica da separação de poderes mostra seus sinais de insuficiência e estafa, logo em uma sociedade em que se faz necessário que o Estado se mostre flexível e ágil a resolver demandas de alta complexidade. O exercício institucional de funções que não são necessariamente típicas dos poderes é capaz inclusive de reforçar a independência e garantir a liberdade entre os três poderes.

A releitura da separação de poderes é de fundamental importância para adaptação à nova realidade enfrentada pela sociedade atual, em que conceitos rígidos não mais se mostram

adequados, até porque “os pressupostos de fato e os fundamentos jus-políticos para a aplicação da teoria original (da separação de poderes) não são mais os mesmos.” (CYRINO, 2005, p. 27).

A principal finalidade do Estado contemporâneo é promover os direitos fundamentais da sociedade. Sendo assim, a par da contenção dos abusos, a estabilidade entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, de maneira a prevenir desequilíbrios institucionais, é o novo mote da separação de poderes, isto é, a condição essencial para que o Estado possa atingir seus objetivos primordiais, que são promover a justiça, a segurança e o bem-estar da coletividade. A busca pelo sentido e alcance de uma separação de poderes renovada, convertida em técnica jurídico-instrumental, não pode prescindir de todas essas circunstâncias relevantes. (CARLOS, 2017, p. 300).

Diante disso, é possível afirmar que a própria função estatal passa a ser reconsiderada frente às novas características apresentadas pela sociedade. Isto importa dizer que as transformações enfrentadas pelo contexto social devem ser acompanhadas também pelas transformações do contexto constitucional. As funções de cada ente estatal devem acompanhar as transformações de maneira pragmática, e não mais como dogma distante a ser perseguido.

As mudanças enfrentadas pela sociedade demandam do direito que a normatiza profunda transição paradigmática, de forma que “no constitucionalismo contemporâneo, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir de forma muito mais intensa nas relações sociais e econômicas, levou a uma crise no princípio de separação de poderes” (SARMENTO, 2012, p. 305).

A relação entre os processos estruturais e a superação do dogma clássico de separação de poderes é justamente a necessidade de que busquemos ferramentas adequadas para que o Estado exerça suas funções de controle e que haja a real possibilidade de responder aos anseios coletivos de maneira efetiva e da forma exigida pela Constituição da República, até mesmo para que seja possível construir mecanismos potentes o suficiente para seja possível atender anseios anteriormente inéditos da sociedade.

Pelo exposto até aqui, é possível afirmar, portanto, que o maior desafio encontrado na busca por respostas efetivas a litígios de alta complexidade não é apenas o processo ou o procedimento, mas sim a forma com que a função estatal é exercida pelo Poder Público. A própria Constituição da República se preocupa em fornecer parâmetros para a defesa do Estado Democrático de Direito, que, por conseguinte, só será plenamente alcançado por meio da atuação conjunta e complementar entre os poderes que exercem as funções legislativa, executiva e judiciária.

Importante asseverar que não se está defendendo a flexibilização do princípio em si, mas sim da interpretação do exercício das funções de cada poder. O que se busca mitigar é a interpretação inflexível e rigorosa de tal princípio, que não mais se mostra compatível com os valores fundamentais ao Estado Democrático de Direito. É preciso buscar a harmonia entre o exercício de funções estatais, de forma que atuem buscando sempre o mesmo objetivo, que é a concretização de direitos e garantias fundamentais e a busca pelo bem comum, através da atuação integrada entre os poderes.

Neste sentido, o Poder Judiciário, ao obedecer às funções constitucionais, deve também ser responsável pela fiscalização da atuação de entes públicos e de órgãos estatais, através dos atos do Poder Legislativo e do Executivo, além de atos também do próprio Poder Judiciário.

Se o Estado Brasileiro adotou o sistema ético de referência, pautado na efetiva consecução dos direitos fundamentais, não pode o Poder Judiciário, como uma de suas formas de expressão, desviar-se deste cumprimento político-institucional, recusando a atividade corretiva que a Constituição lhe outorgou. (CANELA JUNIOR, 2017, p. 76).

A estreiteza da interpretação do princípio constitucional da separação de poderes se mostra como o maior dos conceitos que precisa ser revisitado, reconsiderado. Por óbvio, não deve ser afastado, uma vez que cada um dos poderes tem suas funções e atribuições constitucionais. Porém, o diálogo entre os poderes e a atuação conjunta e fluida é que devemos almejar, para que possamos construir uma sociedade com fundações democráticas sólidas e respostas efetivas aos conflitos de alta complexidade.

As mudanças que a sociedade vem enfrentando naturalmente exigirão do Poder Público respostas mais complexas, na medida da complexidade dos conflitos enfrentados. Isto significa também que o Estado deve ser capaz de acompanhar estas mudanças, tanto nas esferas mais técnicas, através do fornecimento de mecanismos processuais capazes de sustentar tais transformações, mas também de uma transformação na mentalidade dos sujeitos que perfazem a sociedade.

É por isto que é necessário “pensar fora da caixa” (MARMELESTEIN, 2018, p. 19). Flexibilizar a forma com que pensamos a separação de poderes faz parte do processo transformativo que a sociedade deve enfrentar para que seja possível fornecer à sociedade respostas que acompanhem a complexidade de seus conflitos. A lógica do processo estrutural possibilita justamente isso, pensando os instrumentos sociais e processuais e a postura dos

envolvidos nas demandas de alta complexidade a partir de novos elementos norteadores, como o diálogo institucional, a negociação, a flexibilização procedimental e a policentria.

4.3 PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A intervenção judicial na área de políticas públicas vem sendo debatida pela doutrina especializada, sem consenso, há muito tempo. O fato é que a intervenção judicial é uma realidade da qual não podemos nos afastar, de maneira que é necessário investigar sobre quais os instrumentos capazes de transformar essa intervenção em realidade sem se afastar dos preceitos constitucionais.

De acordo com esta realidade, devemos considerar as políticas públicas como o campo de atuação do poder público em que se deve buscar condutas prestacionais no sentido de garantir direitos fundamentais, realizando objetivos que devem ser social e politicamente relevantes. Via de regra, a efetivação de políticas públicas ocorre através de atuação ativa dos poderes Legislativo e Executivo, agindo o Poder Judiciário em situações excepcionais, conforme anteriormente trabalhado.

Ocorre, entretanto, que a efetivação de políticas públicas ganha contornos específicos quando realizada por meio de demandas judiciais, considerando-se a complexidade da tarefa e as dificuldades jurídicas (*déficit* democrático, separação de poderes, respeito à isonomia, etc.) e fáticas (carência de recursos, falta de *expertise* sobre determinados temas, desorganização administrativa, excesso de processos, problemas para o acompanhamento e fiscalização das medidas, rotatividade dos agentes públicos responsáveis pela condução do processo, etc.). (RODRIGUES, GISMONDI, 2019, p. 609).

É importante perceber também a necessidade de pensar o processo de criação de políticas públicas como um processo orgânico, a ser cumprido de maneira paulatina, buscando uma visão inclusiva de todos os fatores que perfazem esse caminho, dada a sua importância, estendendo-se para além da mera afirmação de que política pública é toda e qualquer intervenção estatal em uma problemática social.

Para tanto, é preciso também considerar quais serão as situações consideradas socialmente problemáticas, que demandem esta intervenção estatal, em toda a sua complexidade, partindo do pressuposto de que o cenário aqui intentado é a busca por efetividade de direitos sociais.

As estruturas elementares que formam uma política pública, conforme exposto pelo autor anteriormente, basicamente se resumem em quatro, quais sejam: estrutura formal, estrutura substantiva, estrutura material e estrutura simbólica. Importante perceber que todos esses elementos não são excludentes ou perseguem uma cadeia lógica obrigatória, mas se justapõem de maneira orgânica, a depender do ângulo de observação.

A estrutura formal é constituída pelos elementos teoria, prática e resultados, de maneira que tais elementos auxiliam no processo de avaliação das políticas públicas, da seguinte maneira:

A análise da forma significa um passo importante para a compreensão (no sentido weberiano) da realidade. A “teoria” pode condensar um grande rol de informações sobre os conteúdos técnico, político, cultural e ideológico tanto da intervenção, quanto da situação social na qual busca intervir. As práticas, por sua vez, revelam a natureza prática da política; em outras palavras, quais e quantas medidas e ferramentas foram selecionadas vis-à-vis o terceiro elemento estrutural que são os resultados, ou almejados, ou efetivamente alcançados. (DI GIOVANNI, 2009, p. 22).

Já a estrutura substantiva se caracteriza mormente pelo substrato de sujeitos que compõem o complexo universo à qual determinada política pública se destinará, formado por todos os grupos, pessoas, instituições públicas ou privadas que serão atingidas por determinada intervenção estatal, os interesses por eles pretendidos, as lógicas próprias que seguem estes interesses, portanto, seus aspectos políticos e sociais.

Mais uma vez se denota que este é um conceito carregado de subjetividade e complexidade dos grupos que compõem este cenário, e a possibilidade de superposição de interesses, de conjuntos de atores.

Já o conceito de estrutura material é formado pelo aspecto econômico que envolve determinada política pública, as necessidades de financiamento, custos, suporte e logística. O que aqui se denota é a discussão quanto à exequibilidade e capacidade de sustentação material da intervenção.

Por fim, a estrutura simbólica, que se relaciona à “expressão cultural neutra” (DI GIOVANI, 2009, p. 29) da atividade social das políticas públicas, envolve os tradicionalismos, as interferências ideológicas, os universos de comunicação das arenas políticas em que surgirão as políticas públicas.

Esses são alguns elementos estruturais que auxiliarão no caminho de formação de políticas públicas, devendo ser analisados em conjunto, de maneira fluida, considerando sempre a necessidade de se pensar na coletividade complexa e plural a que a política pública será destinada.

Logo, no estudo do ciclo de políticas públicas, mais importante do que definir quais os conceitos mais adequados em termos de quais fases e em que ordem, é perceber que o processo de criação de uma política pública é fluido, muitas vezes incerto, que a ultrapassagem de uma fase até a outra muitas vezes é feita de forma impossível de ser delimitada.

Thus, the judicialization of politics should normally mean, either:

- (1) The expansion of the province of the courts or the judges at the expense of politicians and/or administrators, that is, the transfer of the decision-making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or, at least,
- (2) The spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up, we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process. (VALLINDER, 1994, p. 91).⁴¹

Neste sentido, cabe à constitucionalização do direito processual o estudo de métodos para que esta judicialização seja realizada de maneira a fornecer efetividade aos direitos fundamentais, de maneira a não se mostrar como uma solução para os problemas de alta complexidade levados ao Poder Judiciário, mas sim como formas de obter instrumentos aptos a construir soluções, uma vez que “o Judiciário provocado adequadamente pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas” (FARIA, 2002, p. 136).

Na atual realidade brasileira, os instrumentos processuais à disposição dos membros do Poder Judiciário e demais atores envolvidos nas discussões acerca de direitos fundamentais, que são judicializadas por muitas vezes, se mostram ineficazes e inadequados à resolução de conflitos de tão alta complexidade.

No que diz respeito a seus atributos, demonstramos que o controle judicial não promove nenhuma quebra no sistema de separação de poderes e, por isso mesmo, não é preciso fazer recurso a qualquer teoria que tenha como base a quebra desse postulado do Estado Liberal.

Desse modo, a sinergia entre os diversos poderes não somente permite, como recomenda o controle judicial, quando é corrente a possibilidade de ofensa aos direitos fundamentais, os quais constituem outro postulado liberal. (DIAS, 2016, p. 203).

Portanto, no sentido de buscar construir respostas mais efetivas e plurais aos conflitos mais intrincados levados ao Poder Judiciário, enriquecida com a maior participação possível da

⁴¹ Em tradução livre: Portanto, a judicialização da política normalmente deve significar, entre: (1) A expansão da província dos tribunais ou dos juízes às custas de políticos e / ou administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisões do legislativo, o gabinete, ou o serviço civil para os tribunais, ou ao menos (2) A difusão dos métodos de tomada de decisão judicial fora da própria província judicial. Em suma, podemos dizer que a judicialização essencialmente envolve transformar alguma coisa em um processo judicial.

população, por todos os sujeitos e grupos que sejam alvo daquela discussão, serão demandadas técnicas mais refinadas para que haja a contribuição de decisão judicial que forneça resposta adequada e efetiva. É de acordo com esta necessidade que se estreita a ligação entre os processos estruturais e o ciclo de políticas públicas.

O modelo de litígio envolvendo a efetivação judicial de políticas públicas faz parte do que se denomina de “processo civil de interesse público”, identificados, em sentido amplo, com a tutela de situações jurídicas coletivas, e, em sentido estrito, com a tutela jurisdicional contramajoritária. (RODRIGUES, GISMONDI, 2019, p. 611).

Por conseguinte, buscando superar a lógica individualista do processo, a construção de políticas públicas a partir da teoria dos processos estruturais é capaz de construir respostas condizentes com a complexidade dos problemas enfrentados pela sociedade. É preciso trabalhar a criação de políticas públicas baseando-se na premissa da multiplicidade de visões, agendas e interesses, considerando justamente que estes interesses nem sempre serão antagônicos, podendo inclusive convergirem em busca da mesma resposta.

Aqui, é preciso considerar a importância da participação e fomento ao diálogo de representantes de todos os grupos interessados na resolução do conflito em questão, de forma que todos os grupos devem ter a capacidade de expor suas razões e influenciar na construção da decisão judicial.

Ainda que haja sonoras críticas quanto à legitimidade do Poder Judiciário a agir com maior protagonismo, entendemos que esta discussão deve ser esvaziada, considerando que o Poder Judiciário não se imiscui em funções alheias, mas sim age em espaços ociosos, em que não há atuação estatal suficiente.

Nos modernos sistemas eleitorais, a relação entre o eleitor e seu candidato tem pouca ou nenhuma importância na formulação de políticas. Está plenamente reconhecido que as políticas decorrem diretamente da organização de grupos capazes de cooptar os meios de comunicação e mobilizar grupos de influência que têm pouca ou nenhuma relação com o efetivo sistema de identificação de demandas sociais. (DIAS, 2016, p. 165).

Importante perceber que isto perpassa inclusive uma crise de identificação entre o cidadão que vota e os políticos, devidamente representados pelo voto, como sujeitos que deveriam representar os interesses da população e defender seus direitos. Não há, em sistema político e eleitoral, garantia alguma de que os entes eleitos através do voto popular perceberão as demandas populares arguidas pela população.

Considerando que os movimentos sociais têm grande papel na determinação e estabelecimento de demandas sociais, e que esta atuação geralmente busca a intervenção judicial, acionando o Poder Judiciário, é natural perceber que a legitimidade do Poder Judiciário ocorre independentemente de confirmação através do sistema eleitoral.

É importante asseverar que o Poder Judiciário, atuando excepcionalmente, não se imiscuirá em, de fato, promover a execução de políticas públicas que distribuirão bens sociais, mas sim exercerá profunda função de fiscalização e controle de como atuam os demais poderes, em clara observância de suas funções constitucionais de proteção de direitos e garantias fundamentais.

O próprio projeto de proposta legislativa que trata de intervenção judicial em políticas públicas, justifica a especificidade no tratamento destas demandas. Necessário prover especial atenção para a urgência da flexibilização procedimental, em especial na execução das decisões proferidas sob tais circunstâncias.

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública. Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador. E deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há que ser flexível para a efetividade do comando judicial (BRASIL, 2014, p. 13).

Uma das principais características dos processos estruturais é justamente o incentivo à participação dialogada dos entes que formam o processo, gerando um ciclo de decisões, gerando, com isso, um procedimento profundamente diferenciado do procedimento tradicional. O Poder Judiciário passa, então, a figurar como verdadeiro ente executor e fiscalizador de políticas públicas, exercendo o protagonismo do processo de implementação e efetivação das mesmas, sendo capaz de assegurar a reestruturação de instituições viciadas, adequando-as ao pretendido pela decisão judicial assim como aos preceitos constitucionais pretendidos pela demanda judicial.

Dentro do contexto em que vivemos atualmente de pandemia de COVID-19 causada pelo novo corona vírus, os casos de intervenção judicial em matéria de políticas públicas é cada vez mais comum, e se espraiam pelas mais variadas categorias de direitos. Recentemente, o juiz de primeiro grau, na ocasião respondendo por plantão judicial, Leoney Figliuolo Harraquian,

deferiu o pedido formulado pelo Ministério Público do estado do Amazonas de decretação de *lockdown* na cidade de Manaus, com a conseqüente suspensão de todas as atividades não essenciais pelo prazo de 15 dias, devido ao número crescente de internações e mortes causadas pela COVID-19.

Após a decisão, a Associação PanAmazônia, ONG voltada ao desenvolvimento da região Amazônica, impetrou mandado de segurança junto ao Tribunal de Justiça do estado do Amazonas, buscando conseguir decisão liminar que sustasse os efeitos da decisão do juiz de primeiro grau, alegando que tal decisão seria contrária ao direito ao trabalho e à livre iniciativa. O desembargador Délcio Luis Santos, então responsável pelo plantão, negou o pedido feito pela organização, por questões processuais.

Trata-se claramente de intervenção judicial em política pública e, especialmente, em matéria que poderia perfeitamente ser tratada através da ótica dos processos estruturais, em que se privilegiam decisões compartilhadas e dialogadas e com o exercício da participação popular, ainda que se trate de matéria de urgência.

The conventional move to solve the problem of courts in democratic theory is to celebrate the role of judicial review in democracy as a check on majority power. Judicial review in this view can facilitate the democratic process by clearing out obstacles to its advancement. (GINSBURG, 2003, p. 21).⁴²

É preciso considerar todas as multipolaridades e suas especificações na construção desse processo, sob pena de que se atinja uma decisão ineficaz, facilmente derrubável por entes insatisfeitos com seu teor, ou mesmo que não respondam adequadamente aos anseios que precisam ser respondidos à sociedade.

A ampliação da arena democrática através do aprofundamento das discussões formadas através de demandas judicializadas é enriquecedora para os próprios regimes democráticos, aumentando a carga constitucional de decisões tomadas de maneira mais dialogada e até mesmo mais pública, onde é possível exercer a fiscalização e análise de aperfeiçoamento das políticas públicas de maneira mais evidente.

Isto se deve também a um comportamento social de maior influência dos valores constitucionais sobre matérias que anteriormente eram consideradas como ramos do direito privado. Invariavelmente, isto faz com que matérias que anteriormente eram tratadas

⁴² Em tradução livre: O movimento convencional para resolver o problema dos tribunais na teoria democrática é celebrar o papel da revisão judicial na democracia como uma verificação do poder da maioria. A revisão judicial nesta visão pode facilitar o processo democrático, eliminando os obstáculos ao seu avanço.

exclusivamente no campo político, sejam levadas ao Poder Judiciário, fazendo com que a arena judicial se transforme em cenário político.

Nesta dimensão, o que está em jogo não é propriamente a garantia da liberdade, através de mecanismos para evitar que um poder se torne absoluto, mas permitir que as liberdades e bem-estar social sejam maximizados através de uma especialização de tarefas promovidas pela Constituição. Em decorrência, o desenho institucional dos órgãos estatais, aí incluídos seus procedimentos e estruturas, devem estar adequados a às funções que lhes são atribuídas pela Constituição. (MAURÍCIO JÚNIOR, HERKENHOFF, 2018, p. 36).

Como toda política pública, aquelas provenientes de decisões judiciais decorrentes da técnica dos processos estruturais também demandam fiscalização e diálogo na busca por sua implementação, a respeitar a dinâmica do ciclo de surgimento de uma política pública.

A sistemática dos processos estruturais geralmente envolve a elaboração de um plano de cumprimento de medidas sucessivas, a serem efetivadas paulatinamente. A cada etapa de cumprimento de uma decisão, este cumprimento é avaliado e reavaliado quanto à sua eficiência e adequação e, principalmente, se a medida foi suficiente para alcançar seu objetivo principal, sempre proporcionando abertura para diálogo e consenso entre os participantes daquele litígio.

Neste âmbito, surge a possibilidade se serem criados órgãos públicos ou até mesmo privados de controle e fiscalização do cumprimento destas medidas, para que o Poder Judiciário não centralize em si próprio esta função. Estas entidades teriam infraestrutura específica para lidar com as medidas a serem cumpridas, conseqüentemente se aproximando do fim de alcançar mudanças sociais relevantes.

As *claims resolution facilities* surgiram nos Estados Unidos da América como uma alternativa ao modelo clássico de litigância, idealizadas em razão da dificuldade das instituições judiciárias de lidar com processos complexos (como costumam ser as ações coletivas) e com a massificação de litígios individuais. As *claims resolution facilities* foram pensadas com horizonte na eficiência processual, pois pretendem proceder a uma alocação mais eficiente da prestação jurisdicional e do sistema de justiça com menos custos do que se atuasse o próprio Judiciário na execução das medidas para correção do ilícito. (ZANETI JR, CABRAL, 2019, p. 3).

Isto faz com que percebamos que o cenário de intervenção judicial na seara de políticas públicas não pode ser conduzido através das diretrizes individualistas e patrimonialistas pensadas pelo rito processualista clássico. Não se pode pensar em políticas públicas sendo decididas através de demandas judiciais envolvendo relações jurídicas de indivíduo A contra indivíduo B, sob o risco de “ignorar os interesses adjacentes (de terceiros e do próprio Estado

enquanto conjunto) e criar severas contradições entre as diversas decisões” (PICOLI, 2018, p. 17).

Na seara das políticas públicas, é desarrazoado buscar resolver as causas de uma problemática apenas observando os limites de infrações pontuais. É preciso analisar todo o contexto de desobediências sistemáticas em que este descumprimento está inserido, em toda a sua amplitude. Para tanto, o julgador deverá agir de maneira proativa, por vezes até mesmo criativa, sempre abrindo espaço para o diálogo e para decisões consensuais, em busca da concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Tais perspectivas parecem explicar o modo de ser do modelo processual individual: explicam a razão dos condicionamentos impostos à admissão da ação (legitimação fundada na pertinência subjetiva da pretensão material almejada e interesse demonstrável pela necessidade, utilidade e adequação da via empregada para a realização dos direitos individuais fundamentais), a ordinariedade do procedimento judicial (padronizado, de regra, para preservar a paridade formal entre as partes) a restrição dos poderes oficiais inquisitivos do magistrado como forma de se assegurar sua pressuposta imparcialidade e, por fim, o confinamento da eficácia dos julgamentos às artes envolvidas na relação processual, inextensível a terceiros. Em suma, o paradigma individualista condicionou e restringiu, irrefutavelmente, a própria concepção de acesso à justiça (VENTURI, 2007, p. 28).

Os interesses tratados em demandas judiciais que envolvem políticas públicas exorbitam a seara individualista regida pela prática processual clássica, uma vez que excedem o âmbito das relações processuais cotidianas. Os embates jurídicos vão muito além da simples regra autor-réu. Utilizar de métricas processuais guiadas por essa ótica invariavelmente levará o Poder Judiciário a construir decisões ineficazes e rasas, uma vez que a forma como lidamos com “danos coletivos, conflitos em massa, multipolares, complexos, processos objetivos e a tutela de direitos fundamentais policêntricos, incluindo aqueles amparados por políticas públicas, não se ajustam ao modelo processual até então pensado” (SANTOS, LEMOS, LEMOS, 2020).

O cerne da questão aqui analisada é tratar das transformações que vêm ocorrendo na sociedade como um todo, tanto em um aspecto político e social como econômico. Isso demanda que o direito seja capaz de fornecer à sociedade uma nova forma de construir respostas. Portanto, é necessário que haja dinamicidade e capacidade de acompanhar a evolução da sociedade para não deixá-la desamparada, garantindo também a segurança das relações jurídicas, evitando que os jurisdicionados enfrentem incertezas frente aos entes públicos.

Depois de um grande período em que o processo civil era pensado como simples apêndice do direito material, o que o tornava mais sensível à realidade social por conta dessa sua estreita relação, o processo civil perdeu essa sintonia, dela se afastando. Assim, foi preciso posteriormente retomar os laços entre o processo civil e a realidade social a fim de que esse pudesse desempenhar seu papel de meio para prestação de uma tutela adequada e efetiva aos direitos e, no que agora interessa, como forma de dar resposta a litígios multipolares complexos. (PASQUALOTTO, 2019, p. 870).

A partir desta constatação, é possível perceber que é preciso proporcionar aos julgadores instrumentos aptos a construir respostas mais efetivas aos mais complexos conflitos enfrentados pela coletividade. Não apenas instrumentos processuais, como as inovações trazidas pelo CPC de 2015, mas também inovações na forma de exercer as funções estatais.

4.4 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS CONCRETOS

A partir do momento em que todas as características trabalhadas acima são abordadas e de que todo esse cotejo é traçado, é preciso encarar ainda outra questão acerca das decisões estruturantes, que são as decisões tomadas no âmbito dos processos estruturais que especificamente tenham o condão de obter a reestruturação de determinada estrutura problemática.

A análise de litígios concretos perpassa pela necessidade de atuação estratégica pelos entes estatais, em especial pelos julgadores. Estabelecer situações paradigmáticas é necessário para que, através dos casos concretos, seja possível propiciar mudanças sociais através da jurisdição, “buscando transformação da jurisprudência, formação de precedentes, alterações legislativas e/ou de políticas públicas” (OLIVEIRA, CASTANHEIRO, 2020).

Através da análise das decisões estruturais proferidas dentro da realidade brasileira, é possível demonstrar como as decisões são proferidas e executadas, assim como é possível analisar os conflitos complexos e polimorfos em que há a necessidade de reestruturação através dos processos estruturais e suas nuances. É importante que analisemos como a doutrina e os julgadores brasileiros vêm trabalhando o pensamento advindo dos processos estruturais, partindo da necessidade de se testar as hipóteses aqui trabalhadas.

Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deôntica de uma norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Mas não só isso: é uma decisão que estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas

para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deôntica de uma norma-regra. (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA, 2017, p. 49-50).

Ao proferir este tipo de decisão, o magistrado precisa agir não somente de maneira proativa, por vezes confundindo com postura ativista, mas também de maneira dialogada, buscando a intensa e verdadeira participação dos interessados na resolução do conflito. É hora de superar a prática de apenas ditar decretos vazios, visando o cumprimento de metas, deve-se, então, verificar a necessidade, as consequências e a adequação de cada pronunciamento, que deverão ser construídos com base em normas-princípio de extenso teor constitucional.

É possível perceber que o Poder Judiciário passa a ocupar então uma nova posição, que é o de postura menos protagonista, trazendo os demais atores interessados na resolução da demanda para o centro da elaboração de respostas. É nesse momento que percebemos a importância dos negócios jurídicos processuais, tratados como inovação jurídica trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, mas já há muito presente na realidade jurídica dos conflitos de massa.

Nos casos de processos estruturais, a autocomposição tem ainda maior razão de ser antes de instaurados os litígios. As técnicas de negociação pré processual são as mais efetivas para a tutela do direito coletivo, pois enquanto não instaurado o ambiente de disputa, maior a disposição das partes à realização de acordos que propiciam ao litígio uma tutela célere e adequada – já que de acordo com as pretensões e disponibilidades das partes. (LUCON, 2017, p. 19)

É especialmente necessário que a comunicação entre instituições seja estimulada, considerando principalmente que esta é uma prática incomum em demandas que envolvam interesses da administração pública. Dada essa realidade, o princípio da cooperação tem especial importância, bem como uma atenção específica ao exercício do contraditório.

Aqui surge o que consideramos uma das principais características das decisões estruturais: elas nunca surgem “sozinhas”. As decisões estruturais, por uma questão de efetividade e adequação, necessitam fazer parte de uma cadeia intrincada e dependente.

Por causa desta característica, é necessário analisar a necessidade urgente de flexibilização procedimental. A aplicação, conveniência, necessidade e adequação das decisões precisa ser constantemente analisada e revisitada, motivo pelo qual deve ser possível que o julgador e os demais envolvidos sejam capazes de verificar se determinada decisão foi capaz ou não de fornecer os efeitos necessários no decorrer do processo.

Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida. (ARENHART, 2017, p. 400).

Dessa maneira, nos depararemos com uma decisão inicial, abstrata e principiológica, que ditará o rumo que as demais decisões devem seguir. Para que sejam tomadas as posteriores decisões, serão analisados os seus riscos, suas consequências, o sucesso das fases anteriores, entre outros inúmeros vieses.

A título de didática, a cadeia decisória muito se assemelha à forma como são tomadas as decisões no âmbito das recuperações judiciais. O art. 99 da Lei 11.101/2005⁴³ elenca detalhes específicos a respeito de quais critérios deverão ser estabelecidos na tomada de decisões que finalizará em uma reestruturação de determinada instituição, nesse caso, instituição privada. Podemos enxergar esse caminho como uma espécie de decisão estruturante ou até mesmo de processo estrutural. O que se visa é não só resguardar direitos, mas também programar de que forma isto ocorrerá, se projetando para o futuro, muito além de visando apenas restaurar o *status quo*.

⁴³ Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: I – conterá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores; II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência; IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei; V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei; VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo; VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei; VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei; IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea a do inciso II do caput do art. 35 desta Lei; X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido; XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei; XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência; XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.

Na realidade processual brasileira, pouco vemos a existência de processos estruturais em que tenham sido emanadas decisões estruturais, mas por vezes litígios estruturais que vêm sendo resolvidos não de acordo com a lógica dos processos estruturais, mas com a lógica processual tradicional, quase que por força do hábito. Os casos concretos aqui analisados não são classificados como processos estruturais por seus julgadores e pelos tribunais, mas doutrinariamente, todos guardam semelhanças quando se trata de estado de coisas inconstitucional, a necessidade de intervenção judicial em políticas públicas havendo reiterada omissão dos demais poderes e necessidade de reestruturação de estruturas problemáticas e que apresentam afronta a preceitos constitucionais.

A partir disso, surge o conceito denominado por Sérgio Cruz Arenhart de provimentos em cascata, que ampliariam a execução das decisões estruturantes, de forma que a fiscalização e a análise do cumprimento seria estendida para tribunais das demais instâncias, de forma que “execução de uma decisão estruturante tem um começo, talvez um meio, porém não tem fim – ou quase não tem fim” (FISS, 1979, p. 42).

Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer. Aliás, a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. Essa técnica de tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e do resultado ótimo para o caso. (ARENHART, 2017, p. 401).

Essas características são fundamentais no processo de cumprimento e execução das decisões estruturantes, garantindo o que de mais caro há em toda a sistemática dos pronunciamentos judiciais desta sorte, que é a sua efetividade. Além disso, será exigido do julgador análise periódica das consequências das decisões emanadas, e principalmente, que o julgador se certifique de que as decisões vêm sendo cumpridas de acordo com as linhas gerais da decisão seminal e principiológica e com as linhas estabelecidas pelas decisões que vieram anteriormente.

Neste sentido, e no sentido de descentralizar o cumprimento e fiscalização das decisões, é possível que o julgador delegue algumas funções para outros órgãos ou instâncias, fazendo com que o diálogo criado no bojo da decisão estruturante seja ainda mais enriquecido.

Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou

mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional. (ARENHART, 2017, p. 403).

Esta é mais uma demonstração de que é necessário trabalhar com certa flexibilização de institutos estanques para que seja possível engrandecer o potencial de construção e mudança social das decisões estruturantes, certificando-se de atuação legítima, plural e proporcional pelo Poder Judiciário.

A fase de implementação das decisões estruturais, assim como de decisões judiciais não estruturais, configura uma das fases mais complexas de todo o processo estrutural. Justamente por este motivo, esta fase em especial deve contar com o diálogo entre os sujeitos envolvidos, através de participação negociada, atingindo muitas vezes entes que não participaram da fase de conhecimento, mas que serão afetados pelo cumprimento da decisão, e ainda além, que têm capacidade para dificultar ou frear tal execução.

Portanto, ainda que o mais almejado seja a participação de todas as coletividades desde a instrução processual, é desejável que a participação de tais agentes, mesmo que não tenham participado da fase de instrução processual e não tenham defendido seus interesses naquele momento, sejam instados a se manifestar, fiscalizar, dialogar a respeito dos aspectos práticos das decisões, viabilizando o seu cumprimento.

Porém, mesmo que estas fases sejam de riquíssima importância, não são essenciais para caracterizar uma decisão como decisão estruturante. O que realmente caracteriza uma decisão como estruturante é a capacidade de reestruturar instituições e suas burocracias, no sentido de obter reordenações institucionais.

Em outras palavras, o que torna uma execução estrutural é o seu objetivo, não a sua metodologia. O objetivo de uma execução estrutural é implementar uma decisão de reorganização do comportamento institucional que causa, permite, fomenta ou perpetua o ilícito, como forma de evitar que seus resultados se repitam, no futuro. As metodologias de execução negociada, faseada, dialogada ou cooperativa são propícias a serem aplicadas nesse contexto, mas não são constitutivas do conceito. (VITORELLI, 2018, p. 344).

Percebe-se, então, que o mais importante é perceber como os institutos tradicionais do processo já não são, há muito, suficientes para construir respostas aos anseios da sociedade, que vê em conflitos de alta complexidade seus direitos e garantias fundamentais lesados.

Na realidade brasileira, uma das primeiras experiências com o estado de coisas inconstitucional à semelhança da experiência colombiana ocorreu no julgamento da ADPF 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade em 2015, visando o reconhecimento da

inconstitucionalidade com relação ao sistema carcerário brasileiro. O objetivo principal era que fosse determinada a tomada de providências estruturais com relação às lesões a preceitos fundamentais dos encarcerados, que seria responsabilidade direta do Estado.

A responsabilidade por essa situação recai sobre os três poderes, em todos os níveis federais, muito embora o problema do ECI não seja de formulação e implementação de políticas públicas, ou de interpretação e aplicação da lei penal, mas da falta de coordenação institucional para sua concretização. Trata-se de uma situação de inércia ou omissão que ocasiona problemas estruturais na concretização normativa da Constituição e da legislação correlata, e nada é feito para melhorar a situação. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos quanto a perpetuação e o agravamento da situação. (MAGALHÃES, 2019, p. 5).

É importante perceber como essa ainda é uma técnica processual recente na realidade brasileira, muito em parte por ainda se resistir a abandonar o tradicional modelo do processo civil individual para buscar a resolução de demandas de alta complexidade. Estas demandas buscam a reestruturação de instituições viciadas através de sérias intervenções em políticas públicas, o que é impossível de se obter através da lógica tradicional e bipolar do processo civil clássico, “que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu – faz com que toda discussão de política pública se converta em simples debate entre um ‘direito subjetivo’ de determinado indivíduo frente ao Estado.” (ARENHART, 2016, p. 2).

Nesse sentido, a prática de processos estruturais na realidade brasileira ainda é dificultada por uma série de fatores, sendo a falta de conhecimento dos julgadores com a técnica necessária, a resistência dos demais atores envolvidos e da própria sociedade, entre outros aspectos, sendo o principal deles a teimosia em se ater à ritualística tradicional do processo civil bipolar e limitado.

Em termos didáticos, um dos casos emblemáticos nos estudos dos processos estruturais é o processo envolvendo a quantidade de vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo e a forma com que a criação de novas vagas em creches não foi capaz de acompanhar o índice de crescimento da população em idade de ingresso no sistema escolar.

Isto configurou, portanto, afronta grave ao direito à educação das crianças em idade escolar, bem como ao direito de pais e mães ao trabalho e assistência social, o que gerou o ajuizamento de milhares de demandas judiciais buscando alocação nas creches municipais, além do ajuizamento de demandas coletivas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, buscando a implementação de políticas públicas de acesso à educação infantil. Foi possível perceber, pelos membros do Ministério Público, que o TJSP era muito mais inclinado a deferir

tutelas de urgência em demandas individuais do que buscar proferir decisões que resolvessem o litígio estrutural em suas raízes, através da tutela coletiva.

Se encontrou um Judiciário muito fechado. (...) Nem se falava ainda em processo estrutural, mas que a gente podia pensar num provimento mais transformador da realidade, que era para, pelo menos, tentar diminuir o déficit de vaga em creches, ainda que não se discutisse tanto padrões de qualidade (...). O fato é que o Judiciário respondia como? Isso é discricionariedade administrativa, então eu não posso entrar nessa seara. (COSTA, 2020).

A mudança estratégica de postura do Ministério Público culminou, portanto, com o julgamento da apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da comarca de São Paulo, levando o próprio tribunal a romper com o padrão decisório anteriormente estabelecido e, além de determinar que a prefeitura criasse o número apropriado de vagas, determinou também que apresentasse um detalhado plano de criação de vagas, pormenorizando os grupos vulneráveis, bem como a criação de órgãos específicos para acompanhamento do cumprimento do plano.

Estas decisões de acesso ao ensino infantil também possibilitam afirmar que nas ações julgadas procedentes (tanto nos casos coletivos como nos individuais homogêneos) o conflito foi abordado sob o enfoque da tradicional solução de controvérsias. O direito à educação foi tratado sob o enfoque de interesses, como direitos públicos subjetivos exigíveis individualmente. Os efeitos plurilaterais foram desconsiderados nesses conflitos, não sendo dada a devida consideração às dificuldades estruturais inerentes à questão, como, por exemplo, o impacto no orçamento público para imediatamente criar 200.000 novas vagas. (MARINHO, 2009, p. 67).

O caso das vagas em creches no município de São Paulo tornou-se objeto de estudo dentro da temática dos processos estruturais justamente por ter sido capaz de cambiar o padrão de decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça, estabelecendo decisões pautadas no diálogo, através da realização de audiências públicas, e o cumprimento diferenciado das decisões judiciais, bem como a criação de entes fiscalizadores do cumprimento efetivo das etapas estabelecidas em plano de ação apresentado aos julgadores.

No caso da ADPF nº 347, ao ajuizar a ação, postulou-se em sede de pedido liminar que fosse realizada uma complexa cadeia de medidas a serem tomadas com o objetivo de romper com o estado de coisas inconstitucional e atingir o estado ideal.

a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos,

realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstando-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797. (STF, 2015, p. 3).

Quando do julgamento do pedido liminar, o STF entendeu pela reiterada violação de direitos fundamentais dos sujeitos custodiados, o que seria responsabilidade não apenas do Poder Judiciário, mas também dos demais poderes e instituições. Outras questões, como o fato de que haveria um grande número de custodiados aguardando julgamento, que conseqüentemente poderia sair da situação de encarceramento para absolvição ou progressão de regime, bem como estariam sendo assistidos juridicamente de maneira ineficaz.

O STF também consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. O Pleno ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural, a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. (LEITE, 2018, p. 150).

Além da situação emblemática citada acima, é possível elencar algumas decisões estruturantes já proferidas em processos no cenário brasileiro. O exemplo clássico é a ação popular que julgou a demarcação da área indígena da Raposa Serra do Sol (Ação Popular n.

3.388/RR). Pela ocasião, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu diversas condicionantes em sede de acórdão, que teriam eficácia na disciplina da demarcação de áreas indígenas no Brasil, em uma decisão marco.

Esse caso é emblemático, porque revela um apanágio das decisões estruturais: a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica. Para Antonio do Passo Cabral, o poder de o órgão julgador criar uma “justiça de transição” (*mending justice*) entre a situação anterior e aquela que se pretende implantar seria implícito¹⁸, decorrente do princípio da proteção da confiança (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA, 2017, p. 54).

A decisão passou, após aprovação de parecer proferido pela Advocacia Geral da União pelo então Presidente da República Michel Temer, a ser aplicada a partir de 2017 a todas as outras demandas que versassem sobre demarcação de terras indígenas.

As condições ali estabelecidas possibilitaram uma execução continuada da decisão, a ser exercida de maneira contínua e sucessiva, se aproximando significativamente do escopo dos processos estruturais, ainda que a decisão tenha se dado em processo não estrutural, derivado de controle difuso de constitucionalidade.

No julgamento, o STF estabeleceu dezenove condicionantes a serem cumpridas para que se efetivasse a regularização das terras dos povos indígenas, garantindo a soberania nacional e a segurança jurídica da demarcação do território. As condicionantes tinham o seguinte conteúdo:

- 1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;
- 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;
- 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
- 4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;
- 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

- 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
- 7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;
- 8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;
- 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;
- 11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;
- 12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- 13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;
- 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;
- 15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;
- 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;
- 17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;
- 18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.
- 19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação. (STF, 2009).

Pelo próprio conteúdo de tais condicionantes, se percebe que se trata de uma decisão estrutural. É possível denotar uma cadeia intrincada de cumprimento das medidas, uma preocupação com a efetivação de direitos fundamentais de caráter social e atenção especial à participação e incrementação de diálogo institucional e entre os entes envolvidos. Porém, como

normalmente ocorre quando se proferem decisões com estes vieses, o estabelecimento de condicionantes não ficou imune a críticas.

As dezenove condicionantes estabelecidas pelo STF à decisão da TIRSS são exemplos das operações e contornos empreendidos pelo Estado, cujos desdobramentos atingem o próprio núcleo da decisão. As condicionantes constituem uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, posto que ultrapassam os limites dos pedidos constantes na petição inicial dos autores populares, traçando parâmetros abstratos de conduta que não foram discutidos ao longo do processo. As ressalvas feitas pela Corte constituem uma atividade normativa que coloca em questão os princípios do Estado Democrático de Direito e a separação dos poderes, deixando de lado qualquer discussão com as partes interessadas (art. 5º, LIV, CR) ou mesmo com o restante da sociedade, posto que os comandos gerais e abstratos apresentados versam sobre direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. (LAGES, 2014, 176-177).

Como adentrado anteriormente, críticas superficiais quanto ao cometimento ou não de ativismo judicial não retiram das decisões estruturais seu mérito em exercer profundas mudanças sociais. Ainda que julgadores ajam com protagonismo, tal atuação se justifica pelas condições sociais experimentadas no julgado em comento e, principalmente, pelo estabelecimento de estado de coisas inconstitucional.

Outro exemplo paradigmático de decisão estruturante proferida pela atuação jurisdicional no Brasil é o caso em que o conflito girava em torno do direito à greve dos servidores públicos no Mandado de Injunção n. 708/DF. Nesta situação, o que se visava era um pronunciamento judicial acerca da necessidade de regulação do direito constitucional de greve estampado no art. 9º da Constituição Federal, diante de repetidas situações de omissão do Poder Legislativo.

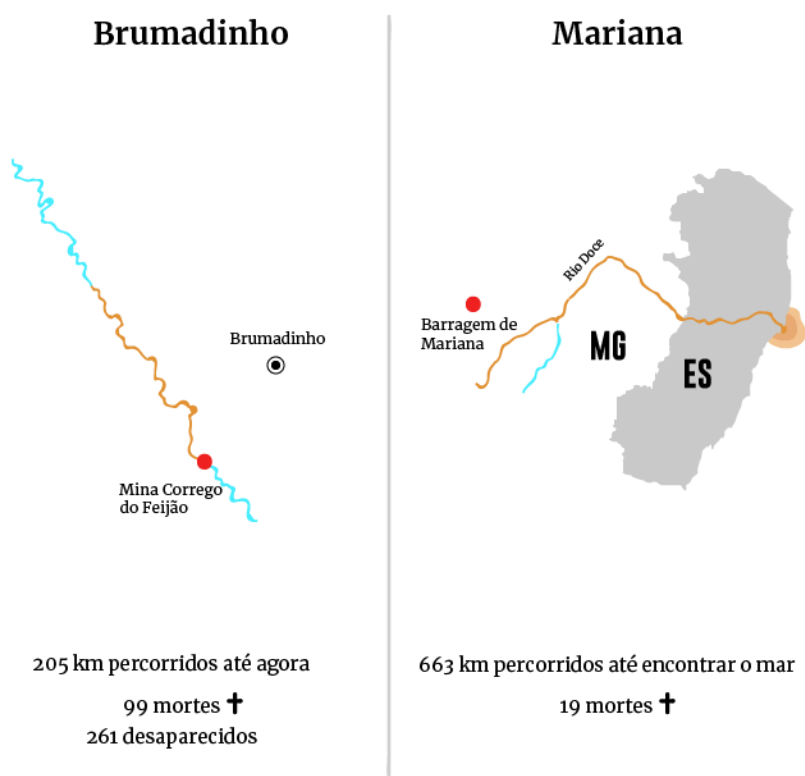
Nesta situação específica, o Supremo Tribunal Federal, através de voto do Ministro Ricardo Lewandowski, determinou regras contínuas e específicas de aplicação da Lei n. 7.783/1989, que trata do direito à greve de empregados celetistas, a servidores públicos civis.

A decisão é, nesses termos, considerada estrutural, pois procurou sanar a causa da violação do direito à greve, ou seja, a omissão legislativa que impedia a regulamentação do direito, inclusive com a determinação de que a entidade causadora da violação – o Legislativo – atuasse para sanar o problema em sessenta dias. Ademais, as adaptações apontadas pelo Min. Ricardo Lewandowski serviram como condicionantes para todas as entidades públicas, como modo de se efetivar o direito a greve dos seus servidores. (SARAIVA, 2019, p. 232).

Mais uma vez, apesar de não se tratar de um processo estrutural por não ter sido originado de uma demanda que visasse especificamente a desconstrução e a reconstrução de estruturas problemáticas e suas burocracias, a decisão obtida neste caso específico carrega inúmeros vieses que a caracterizam como uma decisão estruturante, especialmente devido à cadeia intrincada de medidas ali estabelecida.

Ainda no sentido de exemplificar o cenário brasileiro e as decisões estruturantes aqui proferidas, relevante citar também duas situações emblemáticas envolvendo direito ambiental, que foram os desastres ambientais nas cidades de Mariana e Brumadinho, no estado de Minas Gerais, em que o rompimento de barragens de rejeitos minerários causaram inúmeros reflexos negativos a milhões de cidadãos em diversas cidades brasileiras no estado de Minas Gerais e também nos estados contíguos.

O infográfico abaixo demonstra o caminho desastroso percorrido pela lama, assim como uma comparação entre o número de mortos em ambos os desastres.



Fonte: Lucas Milagres (2019)⁴⁴

⁴⁴ Infográfico retirado de matéria jornalística disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/01/31/raio-x-dos-crimes-um-comparativo-entre-os-impactos-de-brumadinho-e-mariana/> >. Acesso em: 18 dez. 2020.

Em ambos os casos é possível perceber a multiplicidade e a complexidade de atores envolvidos, dada a magnitude das tragédias. Em Mariana, em 2015, foi preciso dialogar com os interesses defendidos não só pelas empresas envolvidas, (Vale, BHP e Samarco), mas também com as comunidades que circundavam a região, os entes públicos interessados, os membros das Defensorias Públicas e dos Ministérios Públicos, os entes públicos em suas mais variadas esferas, além da necessidade de sopesar os interesses das famílias atingidas e a poluição de toda a área e seus reflexos ambientais.

Ainda que separados por mais de um ano entre um desastre e outro, os ocorridos nas barragens de Mariana e Brumadinho ainda exercem seus efeitos sobre as coletividades atingidas, “uma vez que pela gravidade do evento, seus efeitos danosos ainda estão a ocorrer, sendo impossível precisar a extensão da degradação do meio ambiente, o qual nunca será completamente recuperado.” (SILVA, 2018, p. 84). Os danos gerados por ambos os desastres se espalham por uma enorme gama de coletividades:

As feridas abertas pela onda de rejeitos de milhões de m³ e mais de 15 metros de altura ainda está longe de serem fechados. As vidas perdidas foram muitas, entre elas, Daniel, pai da Sandra; animais de estimação e criação; plantações para subsistência; flora e fauna das margens dos rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce; áreas protegidas – como as dos índios Krenak, reservas biológicas – como a de Comboios; incontáveis espécimes aquáticas; perda da biodiversidade, fertilidade do solo e qualidade da água; contaminação do lençol freático, modificação da zona estuarina do litoral do Espírito Santo – como locais de desovas de tartarugas marinhas em risco de extinção. Há tanta destruição que com o tempo poderá haver alguma melhora, mas dificilmente, por onde a lama passou, será como era antigamente (BIAZON, 2017, p. 170).

Portanto, nada mais adequado que estabelecer de maneira paulatina de que forma as decisões serão implementadas, sob o risco de esvaziá-las. É necessário compreender todas as complexidades dentro de um evento de tal magnitude, perceber quais problemas de implementação surgem ao longo do caminho.

Em maio de 2016, o Ministério Público Federal ajuizou a ação civil pública nº 0023863-07.2016.4.01.3800, em decorrência do rompimento da barragem do Fundão, ocorrido em Mariana, em 2015, em que uma extensa série de pedidos foi formulada na petição inicial, na tentativa de abarcar todos (ou ao menos a maior parte) dos danos gerados às coletividades atingidas e também ao meio ambiente, tais como:

A condenação solidária dos réus à reparação integral do dano socioambiental, garantindo a restauração de toda a área impactada pela deposição, recomposição de áreas de preservação, áreas de Bioma da Mata Atlântica, de

todas nascentes impactadas, da fauna e flora afetada, restauração de toda a biodiversidade afetada e do patrimônio Histórico, Cultural e Artístico impactado; medidas compensatórias, garantindo a melhoria do saneamento básico dos municípios atingidos ao longo do Rio Doce; indenização para a coletividade que ficou inviabilizada de desfrutar do meio ambiente equilibrado; indenização pelo dano moral sofrido pela coletividade; condenação integral pelos danos socioeconômicos e humanos provocados a todos, entre outros pedidos. (ALMEIDA, 2019, p. 60).

É certo que, ainda que houvesse o cumprimento integral das medidas elencadas pelo Ministério Público Federal nos pedidos iniciais, não há garantia previamente definida de que isto cobriria integralmente todos os danos gerados pelo desastre ambiental. Na situação em comento, além do direito fundamental ao meio ambiente, ao menos uma dúzia de outros direitos e garantias fundamentais foram duramente atacados, tais como o direito à vida, à saúde, ao trabalho, lazer e segurança.

Isto demonstra como apenas uma simples decisão judicial, em todas as suas limitações, não seria capaz de fornecer respostas a todos os questionamentos gerados pelos danos causados no desastre ambiental do rompimento da barragem em Mariana. Ademais, o rompimento da barragem e suas consequências não se deu única e exclusivamente por causa de um determinado fator: foi necessário que tivessem ocorrido uma série de anormalidades como o descumprimento de reiterados protocolos de segurança, o desacato à sistemática de licenciamentos junto a órgãos públicos, a tomada de decisões de emergência, a inobservância do dever de informação, entre uma série de outros desmandos.

Em relação às vistorias, a equipe detectou fragilidades: as superintendências regionais não participam do planejamento das fiscalizações nem seguem as diretrizes da Diretoria de Fiscalização da Atividade Minerária – Difis; não existe rotina de planejamento e de elaboração de plano de fiscalização; não há interação entre as regionais e a Difis; além de inexistir instrumentos de padronização de procedimentos de trabalho. Talvez como resultado dessas deficiências, a equipe verificou que apenas 6% das fiscalizações entre 2012 e 2015 foram feitas em barragens consideradas de alto risco. A explicação poderia vir do fato que barragens classificadas como tal são minoria. Ocorre que, no mesmo período, apenas 35% das barragens dessa natureza foram fiscalizadas pelo DNPM. Se conjugarmos o alto risco com o dano potencial associado (DPA), o resultado é que apenas 28% das estruturas enquadradas simultaneamente nas duas situações foram vistoriadas. Em alguns estados da Federação, a situação é mais grave; as superintendências do Amapá, Amazonas, Maranhão, Paraná, Rio de Janeiro, Rondônia e Sergipe não realizaram uma fiscalização sequer entre 2012 e 2015. No Estado do Amazonas, importante ressaltar, das treze barragens cadastradas, dez estão enquadradas na categoria A da matriz de risco crítico x DPA (TCU, 2016, p. 4)

Desta forma, é evidente que a situação demanda uma reestruturação completa de uma estrutura inteiramente problemática, em total estado de coisas inconstitucional. Portanto, o judicialização busca a tomada de atitudes que atinjam diretamente as origens dos problemas, através de uma intensa reforma institucional, e não pura e simplesmente a reparação de danos. Faz-se necessária uma atuação judicial prospectiva, que vise a não ocorrência de situações semelhantes no futuro, com olhos voltados para o que ainda pode ocorrer posteriormente.

É natural que o andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vá transformando, paulatinamente, o objeto litigioso, e com isso exigindo novas providências judiciais (...). Quando impõe que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o que legislador disse ao julgador foi que ele deve interpretar a demanda (e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural) segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência (MADUREIRA, ZANETI JUNIOR, 2019, p. 727).

Vejam os ainda o entendimento do STF no julgamento de recurso extraordinário que versava sobre a execução de obras na Casa do Albergado de Uruguaiana, no estado do Rio Grande do Sul. Nesta situação, o STF entendeu que não houve qualquer ofensa à separação de poderes na decisão judicial que determinava que o Poder Executivo agisse gradativamente de forma a realizar obras de reforma de estabelecimento prisional⁴⁵.

O que estava sendo discutido então eram os direitos e garantias fundamentais dos detentos de Uruguaiana à integridade física, saúde e vida, e não apenas a elaboração de simples normas programáticas. Portanto, sendo dever do Estado como ente uno, o zelo e proteção da integridade física de seus apenados, cabe também ao Poder Judiciário a guarda destes valores.

⁴⁵ REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

Sobressaindo das esferas de decisões judiciais exaradas além de nossa realidade e aproximando a pesquisa de seu intuito quanto ao desenvolvimento regional, é importante delinear também alguns pontos referentes a desastre ambiental ocorrido no estado do Pará, no município de Barcarena, na ocasião do naufrágio do navio Haidar no porto de Vila do Conde. O naufrágio ocasionou a morte da carga viva que transportava, composta por milhares de cabeças de gado, além do derramamento de óleo e espalhamento de feno nas águas da região.

Centenas de animais mortos foram levados pelo rio Pará até a praia de Vila do Conde, onde ficaram encalhados na areia



Fonte: Divulgação G1 Globo.com (2017)⁴⁶

O desastre culminou no ajuizamento de ação civil pública em litisconsórcio formado pelo Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, Defensoria Pública do Estado e Estado do Pará, (ACP n. 0028538-38.2015.4.01.3900), onde pleiteavam, entre outros pedidos, a apresentação de um plano de ação de retirada da embarcação, a ser cumprido paulatinamente e após análise de verificação de diversas etapas, apresentação de cronograma de execução de medidas emergenciais, plano de remediação e recuperação das áreas degradadas contemplando os municípios e áreas atingidas, bem como fornecimento de cestas básicas e água potável e o pagamento de salários mínimos aos habitantes afetados.

Como se percebe, se extraiu deste litígio estrutural uma decisão estruturante, carregada das principais características que assim a denominam, como o cumprimento encadeado e

⁴⁶ Imagem retirada de reportagem jornalística disponível em: < <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/naufragio-de-navio-com-cinco-mil-bois-vivos-em-barcarena-completa-dois-anos.ghtml> >. Acesso em: 04/01/2021.

interdependente entre as suas fases. Além disso, é possível vislumbrar outras características próprias dos litígios estruturais, como “causa de pedir e pedido dinâmicos (devido à causalidade complexa); participação potenciada (devido à multiplicidade de interesses imbricados); e a geração de decisões prospectivas.” (NUNES, COTA, FARIA, 2019, p. 1059). Para isso, novamente nos deparamos com o conceito pensado por Sérgio Cruz Arenhart quanto aos provimentos em cascata.

[...] é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a *provimentos em cascata*, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principiológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto (ARENHART, 2013, p. 392).

O Núcleo de Direito Processual Civil Comparado da Universidade Federal do Paraná vem realizando um mapeamento nacional de processos coletivos, com ênfase no acompanhamento e divulgação de litígios estruturais. Neste repositório⁴⁷, é possível encontrar inúmeros processos estruturais ajuizados no Brasil, inclusive separados de acordo com a temática abordada.

Entre os casos elencados dentro de tal repositório, dentro da realidade da Amazônia, é possível localizar a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, tratando da temática de saneamento básico e urbanismo, “objetivando a fiscalização e o levantamento dos imóveis não utilizados ou subutilizados no município de Manaus, Estado do Amazonas, bem como, em relação a isso, a aplicação de instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade e a arrecadação dos bens vagos”⁴⁸. Nesta situação especificamente, as técnicas processuais de processos estruturais utilizadas foram principalmente a busca por realização de audiências de conciliação e mediação entre os núcleos

⁴⁷ Banco de casos disponível em: < <http://www.politicaeprocessos.ufpr.br/index.php/banco-de-casos/> >

⁴⁸ Processo nº 0621190-23.2016.8.04.0001, em trâmite junto à 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal e de Crimes contra a Ordem Tributária de Manaus (Amazonas).

interessados, a possibilidade de publicação de edital na forma prevista pelo art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de dar conhecimento a eventuais interessados a ingressarem na demanda e a imposição de multa coercitiva em caso de descumprimento de decisão judicial.

Apesar de ser considerado um litígio estrutural, há ainda uma variedade de técnicas que não foram utilizadas na resolução desta demanda especificamente, que poderiam ter sido melhor aproveitadas no sentido de se obter resolução que de fato seja capaz de reestruturar a ordenação problemática, que neste caso, envolve diretamente a arrecadação de imóveis vagos.

Entre essas técnicas, de imediato é possível pensar na aplicação das decisões em cascata, o que “significa dizer que o processo decisório dos processos estruturantes se prolonga no tempo”. (FACHIN, SCHINEMANN, 2018, p. 231).

A lógica dos processos estruturais, guardando todos os aspectos aqui elencados, portanto, pouco se aproveita da legislação processual disponível no sistema brasileiro. Ainda que o CPC aborde novidades como o sistema de precedentes e a unificação do sistema de tutelas provisórias, é perceptível que o norte do código é a tutela individualista.

Mais do que isso, a formação eminentemente individualista dos operadores do direito influencia, negativamente, nesse quadro, fazendo com que a própria construção das normas atinentes ao processo coletivo, e mesmo a interpretação dessas normas, sofra com o individualismo reinante em nosso país.

Pode se dizer, sem medo da crítica, que o processo coletivo brasileiro, ainda hoje, é refém de uma ideologia individualista secular e que contamina as estruturas do direito processual civil brasileiro, inclusive no âmbito do Novo CPC (Lei 13.015/2015). (GAJARDONI, 2016, p. 134).

Vê-se, portanto, que as decisões estruturantes advindas da experiência brasileira, sobretudo as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, carregam diversos fatores em comum, sendo o principal deles a intenção de reestruturar instituições, privadas ou públicas, que ensejaram a afronta a garantias constitucionais, gerando uma cadeia de medidas suplementares e dependentes entre si para assegurar o efetivo cumprimento através da análise de resultados.

A análise de casos concretos em que nos deparamos com litígios e decisões estruturais é necessária para que percebamos como, na prática, a alta complexidade destes casos evidencia suas características principais: heterogeneidade, multipolaridade, variedade de coletividades

com múltiplos interesses no mesmo litígio, cadeia concatenada de decisões judiciais a serem cumpridas em sequência, estímulo ao diálogo e à participação institucional.

Sob o aspecto constitucional, é perceptível que há uma transformação na forma em que as funções estatais são exercidas. Os limites entre a rígida separação de poderes se tornam mais fluidos, de maneira que o Poder Judiciário passa a exercer com mais protagonismo suas funções de fiscalização na busca por arranjos políticos e sociais adequados à defesa de direitos sociais. A sociedade atual demanda soluções mais flexíveis e menos resolutas, para que assim sejam fornecidos instrumentos aptos à construção de respostas mais ricas e substanciais.

Ainda que a aplicação de normas constitucionais deva ser imediata, é necessário, para a correta observância destas normas, considerar as características específicas de cada conflito, de cada região, de cada coletividade envolvida. É neste sentido que a técnica dos processos estruturais se mostra tão rica: ao possibilitar o diálogo institucional, as decisões negociadas, a execução cadenciada, a análise de efetividade de decisões, se enriquece as soluções fornecidas aos conflitos de elevada complexidade. Fortalecer as estruturas não só do Poder Judiciário, para que possa enfrentar litígios estruturais com a técnica adequada, mas também dos demais poderes, para que possam perceber os estados de descumprimento generalizado e massivo e os espaços de omissão de atuação do Poder Público, na busca pela resolução das causas dos litígios estruturais, e não apenas das consequências.

Isto perpassa também pelo fortalecimento das instituições públicas, em especial os entes legitimados a atuar na tutela coletiva, para que possam exercer amplamente suas funções de proteção e garantia de direitos fundamentais.

Consequentemente, com mais clareza, se percebe a limitação dos institutos processuais tradicionais e da própria técnica processual tradicional e individualista, que não mais se mostra hábil a construir respostas de tamanho enredamento.

Quanto à tutela coletiva de interesses difusos, partindo da teoria dos processos estruturais, é possível alcançar resultados mais encorpados através da construção de consensos entre as coletividades envolvidas nos litígios. É urgente que utilizemos de técnicas processuais que viabilizem a ampla participação pública e o diálogo, fortalecendo o caráter democrático da arena judicial.

Até mesmo dentro de demandas de caráter mormente individual, mas que tenham efeitos que se prolongam por vários patamares da sociedade, é necessário considerar os processos estruturais como uma questão de litigância estratégica, no sentido de implementar suas técnicas aprimoradas de diálogo e consensualidade, facilitando os processos de reestruturação necessários ao rompimento com o estado de coisas inconstitucional.

Além disso, cada situação concreta demanda uma análise específica, e justamente por este motivo, não é possível construir respostas pré-fabricadas. É necessário que, a partir de uma decisão judicial norteadora, se construam decisões judiciais secundárias e se analise os resultados da aplicação e execução destas decisões, para que assim sejam definidos quais os melhores rumos à resolução dos conflitos enfrentados.

Ainda que os processos estruturais não sejam a solução perfeita para o problema da construção problemática de decisões em busca da efetividade de direitos e garantias fundamentais, entendemos ser a maneira mais adequada na busca pela execução efetiva dos valores constitucionais, conseguindo, assim, a necessária transição entre estado de coisas inconstitucional para o estado de coisas ideal.

Uma vez que consideramos não ser possível construir decisões-padrão para todas as coletividades, denota-se que as decisões estruturais devem considerar os pormenores de cada região, as especificidades de cada conflito e de cada corpo e cada ator social envolvido em cada demanda. Para que o Poder Judiciário não concentre única e exclusivamente em si a tomada de decisões e sua fiscalização e execução, é indicado que delegue estas funções a outros entes, que inclusive podem ser criados especificamente para esses fins.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 carrega em si uma grande característica: a de expressamente proteger direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. Assim como outros direitos e garantias fundamentais como o direito à vida e à liberdade, o acesso à justiça que é um direito fundamental regularmente previsto pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV.

São inúmeras as formas com que podemos efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça. Nesta dissertação, o objetivo principal é observar como o acesso à justiça pode ser traduzido em respostas judiciais efetivas, através de mecanismos processuais que sejam capazes de fornecer soluções à litígios complexos, multipolares e polimorfos. Para isso, é necessário reconhecer qual é a realidade jurisdicional brasileira, onde estão inseridos estes conflitos que são levados ao Poder Judiciário.

Como objetivo principal desta pesquisa, é trabalhado o cenário social em que transformações são exigidas do Poder Público, para que este seja capaz de acompanhar as transformações enfrentadas pela sociedade nos âmbitos social, político e jurídico. Aproximar os enfrentamentos encontrados pelas limitações da litigância clássica e de seus conceitos tradicionais, dos aspectos inovadores de resolução de conflitos de alta complexidade e interesses de elevada relevância social, fará com que sejam obtidos resultados capazes de solucionar o problema de pesquisa, que questiona justamente como os processos estruturais serão capazes de formular respostas eficazes a conflitos de alta complexidade, onde os instrumentos tradicionais têm se mostrado insuficientes para construir respostas efetivas.

Nesse sentido, a primeira seção deste trabalho objetiva justamente analisar as características do direito fundamental ao acesso à justiça dentro do contexto da prática forense brasileira, através de um breve contexto histórico e social. Com base nesse contexto, buscamos aproximar a busca pela efetividade de direitos e garantias fundamentais a partir de instrumentos processuais, conciliando tais instrumentos com seus valores constitucionais.

Para tanto, é preciso esclarecer diferenciações entre a litigiosidade individualista, que ainda persegue a prática forense brasileira, considerando que tal mentalidade se originou em

um contexto político-social muito diferente do vivenciado atualmente, em que se valorizavam direitos como a liberdade e a propriedade, e não se falava em tutela de direitos sociais e conflitos coletivos. A partir de então, tratamos evoluções enfrentadas pela tutela coletiva no Brasil, e como a litigiosidade individualista ainda exerce sua influência sobre tal ramo.

Ainda na primeira seção, abordamos quais as iniciativas legislativas que vêm sendo tomadas pelo Poder Legislativo, e qual a evolução destas iniciativas, uma vez que a tutela coletiva há tempos vem demandando tratamento específico do Poder Público, considerando todos os seus efeitos, e aproximando a tutela coletiva de sua finalidade constitucional de garantir o acesso à justiça aos jurisdicionados, em especial em cenários de conflitos de alta complexidade.

A partir desta demonstração, trouxemos na segunda seção a necessidade de se romper com estes paradigmas individualistas que se mostram obsoletos e limitados, estabelecendo rumos para que o Poder Público seja capaz de considerar as mais amplas coletividades ao pensar em políticas públicas.

Aqui, enfrentamos os conceitos necessários à compreensão dos processos estruturais, suas características principais e como os processos estruturais vêm sendo tratados na doutrina e realidade brasileiras. Dentre esses conceitos, fundamental estabelecer como os instrumentos e técnicas processuais clássicos vêm se mostrando inaptos à construção de respostas realmente efetivas a conflitos de alta complexidade.

Para tanto, foi necessário estabelecermos linhas gerais sobre o estado de coisas inconstitucional, conceito pensado a partir da experiência colombiana no enfrentamento a desconformidades massivas e generalizadas em que estruturas inteiras precisam ser reestruturadas, para que se garanta a efetiva proteção de direitos e garantias fundamentais. Também se enfrenta a experiência brasileira com o estado de coisas inconstitucional, em especial a partir da necessidade de transformação do sistema prisional junto ao STF.

Assim, visitamos também a influência norte-americana sobre as ideias gerais de processos estruturais, em especial quanto a julgados norteadores, como o caso de *Brown v. Board of Education*, considerando a mudança de postura dos juízes da Suprema Corte estadunidense em dois momentos, quais sejam, *Brown I* e *Brown II*. Além disso, é necessário também perceber as influências exercidas por julgados como *Swan vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* e a mudança que estes julgados representaram quando em confronto com o caso *Plessy v. Ferguson* e o rompimento com a doutrina do “*separate but equal*”.

Abordar este cenário histórico foi importante para que pudéssemos adentrar a interferência destas decisões emblemáticas no pensamento de Owen Fiss, professor sterling

emérito na Universidade de Yale, onde leciona Teoria do Direito, Processo e Direito Constitucional. Fiss foi responsável por definir as principais linhas sobre os conceitos de *structural reform*, rompendo com as limitações enfrentadas pela *adjudication* norte-americana, em especial quando considerada a postura do Poder Judiciário frente a conflitos estratégicos de direitos sociais e de alta complexidade.

Além de Fiss, Abraham Chayes também teceu importantíssimas colaborações à teoria dos processos estruturais, em especial na obra “*The role of the judge in publi law litigation*”, na década de 1970. Chayes aperfeiçoou os conceitos abordados por Fiss, falando sobre a importância dos litígios de interesse público e perceber o rompimento com a lógica bipolarizada e individual do processo tradicional, através do conceito de *public law model*.

A partir destas concepções, enfrentamos, na terceira seção, o cerne desta pesquisa, analisando quais as transformações enfrentadas pela sociedade contemporânea, seus conflitos de alta complexidade e quais as transformações que o Poder Público precisará construir para acompanhar tais conflitos.

Primeiramente, tratando de instrumentos processuais clássicos, que precisam ser revisitados em sua dogmática tradicional, para que seja possível ao Poder Judiciário utilizar-se de ferramentas flexíveis e aptas à construção de respostas eficazes e adequadas à resolução de conflitos de alta complexidade.

De início, foi possível pensar em alguns institutos que automaticamente deveriam se submeter a esta reformulação, como o princípio da congruência ou adstrição, a legitimidade das partes, a postura dos julgadores e dos demais entes envolvidos, não só nos polos passivo e ativo mas como terceiros interessados ou *amici curiae*, o diálogo tecido entre esses sujeitos e por fim, mas não menos importante, a implementação e execução dos provimentos em cascata.

Dentro do contexto de transformações necessárias ao acompanhamento da evolução social, é fundamental enfrentar a necessidade de construir uma nova ótica do preceito constitucional da separação de poderes. Longe de pretender afastar a aplicação do princípio, mas se pretende com isso construir uma maneira de ver a postura de protagonismo dos julgadores através de uma nova ótica, em que se considera os espaços vazios deixados pela omissão de Poder Legislativo e Executivo, onde se percebem cenários de descumprimento de garantias fundamentais e se demanda atuação pública com urgência.

Também na terceira seção, se percebe como os processos estruturais se configuram como instrumentos capazes de executar e legitimar políticas públicas, refletindo sobre o ciclo necessário à implementação de tais políticas públicas. O ciclo de implementação e execução de

políticas públicas em muito se assemelha ao ciclo de execução e cumprimento de medidas estruturantes, considerando a necessidade de cumprimento em cadeia de tais medidas.

A última sessão deste trabalho, portanto, foi a mais intrincada, de maneira a propor transformações sociais e processuais e enriquecer os estudos dos processos estruturais através da proposta de reordenação dos institutos e posturas.

Feito isto, se propõe um cenário de teste das hipóteses enfrentadas ao longo da pesquisa, através da análise de como o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando os litígios estruturais na prática. Casos como o naufrágio do navio Haidar na região de Barcarena, no Pará, os desastres ambientais ocorridos nas cidades de Mariana e Brumadinho, no estado de Minas Gerais, e a mudança de postura estratégica das instituições ao enfrentar a falta de vagas em creches no município de São Paulo.

Diante disso, se busca demonstrar como a mentalidade tradicional e os instrumentos clássicos não são capazes de traduzir, em respostas eficazes, a sua atuação frente a conflitos relacionados a direitos sociais, considerando as especificidades de cada litígio. O enfrentamento à problemática com a qual se defrontou nesta dissertação é justamente estabelecer os processos estruturais como a sistemática mais apta a efetivar direitos fundamentais através da construção de respostas a litígios múltiplos e complexos através da intervenção judicial.

Para isso, é importante combater a lógica bipolar do tudo-ou-nada e incentivar a utilização de artifícios processuais mais acessíveis e adequados, como os negócios jurídicos processuais, típicos ou atípicos, as audiências públicas, o diálogo institucional e os *amici curiae*.

A partir do estudo dos processos estruturais, portanto, é possível revisitar institutos processuais, partindo da ideia principal de que este cenário demanda uma flexibilização procedimental própria, no sentido de aproximar as coletividades envolvidas dos seus julgadores. Neste sentido, a flexibilização procedimental se traduz em novas formas de enfrentamento de institutos como a perseguição à restauração do *status quo*, preocupação clássica do processo tradicional. Ademais, importante citar também como a necessidade de ampla participação dos entes envolvidos nas complexas demandas guiadas pela lógica dos processos estruturais demanda que revisitemos os institutos da legitimidade e da representação, considerando que a participação dos envolvidos deve ser sempre perseguida e incentivada, através de audiências públicas, *town meetings* e da participação dos *amici curiae*.

O que importa que percebamos é que toda a técnica dos processos estruturais nos impõe uma necessidade de mudança comportamental extensa, no sentido de abandonar comportamentos tradicionais que não sejam capazes de acompanhar as necessidades da sociedade. O julgador e os demais envolvidos na resolução da demanda devem atuar de maneira

mais dialogada e consensual, no sentido de, assim, obter de maneira mais efetiva o acesso à justiça.

Isto nos leva a uma nova ótica do diálogo institucional e dos negócios jurídicos processuais. Para que sejam emanadas decisões que busquem construir soluções para as causas dos problemas enfrentados, e não apenas dos seus efeitos, é necessário que os entes públicos e até mesmo os entes privados se preocupem em fortalecer o diálogo exercido em juízo e fora dele, uma vez que é esta aproximação que fará com que respostas efetivas sejam atingidas.

Os negócios jurídicos processuais, sendo eles típicos ou atípicos, têm papel fundamental nesta guinada conceitual. A flexibilização procedimental é construída a partir de medidas de diálogo entre os entes envolvidos, e estas medidas de diálogo necessariamente são construídas em ambientes em que as partes se sintam livres para negociar sobre quais mudanças devem ser buscadas.

Além disso, a rigidez com que consideramos os limites da coisa julgada nos processos individuais, a partir da lógica processual tradicional, também devem ser reconsiderados. A preocupação com a função constitucional deste instituto não pode fazer com que o procedimento seja travado apenas por preocupações formais. Os processos estruturais demandam necessariamente que os riscos e consequências das decisões em cascata sejam analisados, sopesados e, se necessário, modificados, diante da realidade fática dos conflitos.

Portanto, através desta pesquisa, é possível considerar os processos estruturais como a maneira mais adequada de construir respostas efetivas a conflitos de alta complexidade, desde que sejam reconsiderados alguns conceitos, buscando a flexibilização procedimental necessária à adequação das respostas jurisdicionais, bem como a flexibilização também da sociedade como um todo ao considerar uma nova ótica da separação de poderes e uma nova forma de considerar o ativismo judicial.

Com isso se percebe que, ainda que passível de algumas críticas, o processo estrutural é a maneira mais adequada de construir provimentos eficazes, fomentando o diálogo institucional e a ampla participação da sociedade, aumentando o caráter democrático da arena judicial, a partir de soluções consensuais e acessíveis sejam alcançadas, conseqüentemente, estendendo o acesso à justiça através de transformações não apenas nos instrumentos processuais, mas de transformações generalizadas na mentalidade dos sujeitos que performam as funções públicas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um "locus" da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91342/263771.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 27 jan. 2021.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020

ALMEIDA, Vitória Brito de. **Insuficiências do Código de Processo Civil na resolução de processos complexos e decisões estruturais como meio de superação: o caso Samarco na ACP 0023863-07.2016.4.01.3800**. Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2019.

ÁLVARES, André de Carvalho Barbosa, CUNHA, Ricardo Henrique Alvarenga. Código de Processo Constitucional: Próximo Passo na Evolução da Justiça Constitucional Brasileira. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 03, Ed. 06, Vol. 02, pp. 113-132, junho de 2018.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça & efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos?** Curitiba: Juruá, 2001.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O devido processo legal e a coletivização dos conflitos. In: **O devido processo legal**. Org. Jean Carlos Dias e Paulo Klautau Filho. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém, PA: CESUPA, 2010.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A duração razoável do processo e o fenômeno da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. **Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - V.2 - Procedimento Comum**. 2a ed. rev., amp. e atualizada. Ed. Juspodivm. 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Coisa julgada e cumprimento das decisões parciais de mérito: efetiva diminuição do tempo do processo? **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Salvador, v. 4, n. 1, 2018.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução de causas repetitivas e o devido processo legal. In: **Concretização dos direitos fundamentais e sua fundamentação: abordagens a partir da teoria do processo, da análise econômica e das teorias da justiça**.

Org. Jean Carlos Dias, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, José Henrique Mouta Araújo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 02, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela. In: **Temas de direito processual** (primeira série). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110/123.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito**. Faculdade de Direito de Valença. v. 16, n. 1, pp.217-266, jan./jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica (SYN)THESIS**, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 06 jan. 2020.

BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no direito norte-americano. In: **Processos Estruturais**. Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

Brown v. Board of Education of Topeka, **Implementation Decree; May 31, 1955; Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267; National Archives**. Disponível em: <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=87>>. Acesso em 24 jun. 2020.

BROWN ET AL. v. **Board of education of topeka et al**. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html#347_US_483n13ref#347_US_483n13ref>. Acesso em 24 jun. 2020.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da atuação do Poder Judiciário: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

BLAZON, Tássia. Impactos ambientais. In CALDAS, Graças (organizadora). **Vozes e Silenciamentos em Mariana: crime ou desastre ambiental**. 2 ed. Campinas, SP: BCCL/UNICAMP;2017. Disponível em: http://www.labjor.unicamp.br/wpcontent/uploads/2018/04/2a_edicao_digital_vozes_e_silenciamentos_em_Mariana_06042018_LABJOR_09-04.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036> >. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. > Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, julgado em 09.09.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> >. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45-9**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> > Acesso em: 02 jan. 2021.

BRASIL. LEI no 7.347, de 24 de JULHO de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm >. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. **PL nº 8.058, de 4 de novembro de 2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758> >. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-4 RR**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 23.10.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf> >. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **PL nº 4.778, de 1 de outubro de 2020**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha detra mitacao?idProposicao=2263651> >. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 592581**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13.08.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> >. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. **PL nº 4.441, de 2 de setembro de 2020.** Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966>. > Acesso em: 27 jan. 2021.

CAETANO, Bruna. **Raio-x dos crimes: um comparativo entre os impactos de Brumadinho e Mariana.** Disponível em: < <https://www.brasildefato.com.br/2019/01/31/raio-x-dos-crimes-um-comparativo-entre-os-impactos-de-brumadinho-e-mariana/> >. Acesso em: 18 dez. 2020.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição.** São Paulo: Saraiva, 1981.

CAMBI, Eduardo; WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. Litígios complexos e processo estrutural. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 295, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional: Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos.** Online, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015> >. Acesso em: 05 jan. 2021.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **A efetivação de direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da EMERJ**, V. 20, nº 78, 2017.

CÉSAR, João Batista Martins. A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito, Brasília**, V. 5, nº 2, p. 356-384, Jul-Dez, 2011.

CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation.** Harvard Law Review. Vol. 89, N. 7 (Maio, 1976).

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, v. 1, 1969.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Demandas estruturais em direito tributário. XVI **Congresso Nacional de Estudos Tributários.** São Paulo, 2019. Disponível em: < <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2020/10/Marco-Bruno-Miranda.pdf> >. Acesso em: 01 jan. 2021.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional. Sentencia nº 559 de 1997.** Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ações coletivas:** CNJ entrega ao presidente da Câmara anteprojeto para aperfeiçoar lei. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/acoes-coletivas-cnj-entrega-ao-presidente-da-camara-anteprojeto-para-aperfeiçoar-lei/> > Disponível em 01 set. 2020. Acesso em 23 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> >. Acesso em: 10 nov. 2020.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **COVID/19, processo estrutural e ativismo judicial.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/DC447C1221B26F_COVIDPROCESSOSES TRUTURASATIVI.pdf>. Acesso em 01 jun. 2020.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>. Acesso em 29 dez. 2020.

COSTA, Susana Henriques. **Aula 5 - 31/07/20 - 1º Curso Online de Processo Estrutural.** EESMP - Escola de Estudos Superiores do MP/AESMP e pela EDAMP - Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos membros do Ministério Público. 2020. 3h08m57s. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=ZeZkIls7dqA&feature=youtu.be> > Acesso em: 08 ago. 2020.

Covid-19: Justiça decreta lockdown no Amazonas pelos próximos 15 dias. **Portal Manaus Alerta.** Manaus: 2 jan. 2021. Disponível em < <https://manusalerta.com.br/o-texto-tambem-determina-que-o-estado-indique-para-cada-categoria-que-desenvolve-atividade-essencial-as-medidas-que-impecam-a-ocorrencia-de-aglomeracao-de-pessoas-durante-o-atendimento/> >. Acesso em 12 jan. 2021.

CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Debora L. **Public interest litigation: insights from theory and practice.** Fordham Urban Law Journal, v. 36, n.4, 2009.

CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DA COSTA, Susana Henriques. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, 2016.

DAHER, Lenna. Acesso à Justiça e a atuação negocial do Ministério Público na tutela da probidade administrativa: a importância de se definirem parâmetros institucionais para a efetividade dos acordos. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16 – n. 50, 2017.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais.** Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle compartilhado da administração da Justiça. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, n. 73, 2005.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações do Poder Público. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. Natal: Vol. 9, 2016, p. 155/176. Disponível em < <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12258/8487> >. Acesso em 13 nov. 2020.

Desembargador mantém decreto de novo lockdown no Amazonas. **Portal UOL Notícias**. São Paulo: 05 jan. 2021. Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2021/01/05/desembargador-mantem-decreto-de-novo-lockdown-no-amazonas.htm?cmpid=copiaecola> >. Acesso em 12 jan. 2021.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIAS, Jean Carlos. **Existe um sistema processual coletivo?** Uma reflexão a partir da teoria do direito. Tutela jurisdicional coletiva, 2ª série. DIDIER JR, Fredie, MOUTA, José Henrique e MAZZEI (coords). Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo** v. 229. São Paulo: RT, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./apr. 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el derecho brasileño. **Revista Internacional de Derecho Procesal**. V. 7, 2017, 2. Disponível em < file:///C:/Users/Camila/Downloads/LAS_ACCIONES_COLECTIVAS_Y_EL_ENJUICIAMI E.pdf >. Acesso em 16 nov. 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 303, 2020.

DI GIOVANNI, Geraldo. **As estruturas elementares das políticas públicas**. Caderno de Pesquisa n 82. Campinas: Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Núcleo de Estudos de Políticas Públicas (NEPP), 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DOS SANTOS, Caio Victor Ribeiro. **O polêmico projeto da nova lei de ações coletivas**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/caio-santos-polemico-projeto-lei-acoes-coletivas> >. Disponível em 04 set. 2020. Acesso em 23 set. 2020.

DOS SANTOS, Bruno Calife. **Ativismo judicial e direitos humanos: exercício da jurisdição constitucional e efetividade de direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. **Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais**. REI - Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 211-246, ago. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>>. Acesso em: 15 dez. 2020. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure**. New York: Foundation Press, 2003.

FISS, Owen. COVER, Robert M. **The Structure of Procedure**. Mineola: The Foundation Press, 1979.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. **Coleção Repercussões do Novo Código de Processo Civil**, v. 8, Coord. ZANETTI JR, Hermes. Salvador: Juspodivm, 2016.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GIANNINI, Leandro J. Litigio estructural y control judicial de políticas públicas: lograr el equilibrio sin destruir la balanza. IN: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

GIDI, Antonio. **O Projeto CNJ e a decadência das ações coletivas no Brasil**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/antonio-gidi-projeto-cnj-decadencia-aco-es-coletivas> >. Acesso em 10 nov. 2020.

GIDI, Antonio. **O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil**. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3724081&download=yes. Acesso em 16 nov. 2020.

GILLES, Myrian. The judicial power: an autopsy of the structural reform injunction: Oops... It's still moving! In: Fiss Way: the scholarship of Owen Fiss. **Miami University Law Review**, n. 143, out. 2003. Disponível em: < <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1433&context=umlr> >. Acesso em: 07 jan. 2021.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A relativização da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: **Relativização da coisa julgada**. Org: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 13, nº 1093, 25 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/257-artigos-nov-2013/6345-o-projeto-de-lei-brasileira-sobre-processos-coletivos>. Acesso em: 12 jan. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Org: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. Salvador: Juspodivm, 2017.

HOWE, Scott. W. **Atoning for Dred Scott and Plessy While Substantially Abolishing the Death Penalty**. *Washington Law Review*, vol. 95, 2020.

JOBIM, Marco Félix. O processo coletivo como sistema processual autônomo. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. V. 14 n. 82 jan./fev. Porto Alegre: Lex Magister, 2018.

JULGADOS E COMENTADOS #08: **Processos estruturais e o controle de políticas públicas**. Entrevistado: Sérgio Cruz Arenhart. Entrevistador: Eduardo Cambi. Paraná, 5 fev. 2020. Podcast: disponível em: < <https://open.spotify.com/episode/0tP6fYHN81qRSuz3jCVYDU?si=WFCghd04S3qSYMn-fxLjg> >. Acesso em: 28 jan. 2020.

KLARMAN, Michael. **Court, congress, and civil rights**. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. *Congress and the Constitution*. Duke University Press, 2005.

KELLY, Martin. **Brown v. Board of Education**, 2019. Disponível em: < <https://www.thoughtco.com/brown-v-board-of-education-104963> >. Acesso em 28 dez. 2020.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAGES, Anabelle Santos. **O Supremo Tribunal Federal e a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol: sujeitos, ambiguidades e poderes na principal corte jurídica do país.** Tese de doutorado. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuel de Direito Processual Civil.** Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. A pandemia da covid-19 no brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21, 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; BALEOTTI, Francisco Emilio. Processo civil coletivo no Brasil: análise das propostas de sistematização existentes em comparação com o sistema vigente. **Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesual y Arbitraje**, n. 1, 2012.

LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Processo coletivo: preocupações legislativas.** Consultor Jurídico, 30 out. 2020. Colunistas. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/ricardo-leonel-processo-coletivo-preocupacoes-legislativas?imprimir=1> >. Acesso em 16 dez. 2020.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o Projeto de Lei 8.058/2014. **In: Revista de Processo**, vol. 252/2016, fev/2016, DTR\2016\215, (pp.275-300).

LIRA, Adriana Costa. **O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil.** Coleção Direitos Fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Coord. Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: José Eduardo Faria (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo estrutural. In: **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas.** Org: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. LANNA, Helena. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2017.

MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. **Revista de Processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 273, 2017.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica: (in)compatibilidades entre a tópica e a o processo**. Curitiba: Juruá, 2014.

MADUREIRA, Claudio. ZANETI JUNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. In: **Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual (Volume I)** / Org. Heitor Sica, Antonio Cabral, Federico Sedlacek e Hermes Zaneti Jr. Serra: Editora Milfontes, 2019.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Revista Direito GV n. 33. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708> >. Acesso em 23 nov. 2020.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

MARMELSTEIN, George. **O direito fora da caixa**. Salvador: Juspodivm, 2018.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A intervenção judicial em políticas públicas prisionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 73, jul-dez. 2018.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 13-34, p. 16, jan. 2003.

MICHELMAN, Scott. **Civil rights enforcement**. Wolters Kluwer: Nova Iorque, 2019.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 183.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NOGUEIRA, Filipe Bastos; GUEDES, Jefferson Carús. As decisões estruturantes como mecanismo apto a implementar a efetividade das decisões judiciais nos conflitos envolvendo

políticas públicas. **Caderno de direito e políticas públicas**. V.1, n. 2, Rio de Janeiro: UNIRIO, 2019.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. **Revista Jurídica Luso-brasileira**. Lisboa, nº 5, 2019, p. 1051 – 1076. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf. Acesso em: 16 out 2020.

OLIVEIRA, Andreia Mara de; CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. **Mediação, processo estrutural e políticas públicas**. Consultor Jurídico. Online. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/mp-debatemediacao-processo-estrutural-politicas-publicas>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

OMNATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.

PASQUALOTTO, Victoria Franco. O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos. In: **Processos Estruturais**. Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2018.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, [S.l.], ano 1, n. 2, p. 41-82, nov. 2014. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em 29 dez. 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. IN: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**. Texas, v. 89, p. 1669-1698, nov/2011.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 05 jan. 2020.

SANTANA, Viviane Nobre. A participação do *amicus curiae* em decisões judiciais e sua consequente contribuição para a efetivação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 1 p.428-448, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições, Aforamento, 2010.

SANTOS, Karen Borges; LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. **O processo estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais e a necessidade de ressignificação do processo civil.** Doutrina Pátria. Online. Disponível em: < https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/#_ftn11 >. Acesso em: 24 nov. 2020.

SARAIVA, Carolina Barros. Condução dialógica dos processos estruturantes no Supremo Tribunal Federal. In: **Processos Estruturais.** Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : Juspodivm, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A assistência jurídica como instrumento de garantia de direitos urbanos e cidadania.** In: Direito, Cidadania e Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Adelman Olivério. A recepção das técnicas de julgamento de casos repetitivos pelo microsistema de processo coletivo. In: **Concretização dos direitos fundamentais e sua fundamentação: abordagens a partir da teoria do processo, da análise econômica e das teorias da justiça.** Org. Jean Carlos Dias, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, José Henrique Mouta Araújo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural.** Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2020.

SILVA, Ovídio Baptista. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Breves considerações sobre os processos estruturais. **Civil Procedure Review.** v.10, n.1: jan.-abr., 2019. Disponível em: < https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FranciscoAntonioDeBarroseSilvaNeto/breves_consideracoes_Civil_Procedure_Review_2019.pdf >. Acesso em: 04 jan. 2020.

SILVA, Victor Vartuli Cordeiro e. **Responsabilidade civil das mineradoras por inobservância de medidas cautelares de evacuação de zonas urbanas em caso de Rompimento de barragens de rejeitos.** 2018. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo.** Consultor Jurídico, 24 out. 2015. Colunistas. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> >. Acesso em 24 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Lei das Políticas Públicas é “Estado Social a golpe de caneta?”.** Online. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>. Acesso em: 21 jan. 2021.

STURM, Susan P. **A normative theory of public law remedies**. Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1357-1445, 1991.

SUNSTEIN, Cass R. **The partial constitution**. Harvard University Press, 1993.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau: responding to David Landau, the reality of social rights enforcement, 53, Harv. Int'l L.J. 189 (2012). In: **Processos Estruturais**. Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : Juspodivm, 2019.

VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics: a world-wide phenomenon: introduction. **Internacional Political Sciences Review**, v. 15, n. 2, April 1994. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/019251219401500201> Acesso em: 02 jan. 2021.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la republica argentina – dificultades politicas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: **Processos Estruturais**. Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador : Juspodivm, 2019.

VERBIC, Francisco. Cuestiones procesales y problemas del remedio estructural del caso “Mendoza”. In: **Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual (Volume I)** / Org. Heitor Sica, Antonio Cabral, Federico Sedlacek e Hermes Zaneti Jr. Serra: Editora Milfontes, 2019.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: **Processos Estruturais**. Org. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. **Litígios estruturais como litígios irradiados: decisão e implementação**. Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia.

Aula ministrada em 09 de janeiro de 2018, na disciplina Direito Processual em Transformação. Salvador, 2018.

WEAVER, Russel. The rise and decline of structural remedies. **San Diego Law Review**, v. 41, 2004.

YEAZELL, Stephen C. **Intervention and the idea of litigation**: a commentary on the Los Angeles School Case. *UCLA Law Review*, vol. 25, 1977, p. 244-260.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Antonio do Passo. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, 2019.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.