

CAMILA PEREZ YEDA MOREIRA DOS SANTOS

**O PROCESSO ESTRUTURAL NO CONTROLE
JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação de Mestrado

Orientador Professor Doutor Kazuo Watanabe
Orientadora Professora Titular Ada Pellegrini Grinover

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
Departamento de Direito Processual

SÃO PAULO - SP
2020

CAMILA PEREZ YEDA MOREIRA DOS SANTOS

**O PROCESSO ESTRUTURAL NO CONTROLE
JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação do Professor Doutor Kazuo Watanabe e da Professora Titular Dra. Ada Pellegrini Grinover.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos.

Processo Estrutural no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas/ Camila Perez Yeda Moreira dos Santos; orientador professor Kazuo Watanabe; orientadora professora Ada Pellegrini Grinover – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2020, 159 páginas.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020

1. Políticas públicas – controle judicial – processo estrutural – *structural injunctions* – Projeto de Lei nº 8.058/2014

CAMILA PEREZ YEDA MOREIRA DOS SANTOS

**O PROCESSO ESTRUTURAL NO CONTROLE JURISDICIONAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Processual, sob orientação do Professor Doutor Kazuo Watanabe e da Professora Titular Dra. Ada Pellegrini Grinover.

Banca Examinadora

Professor

Julgamento:

Assinatura:

Professor

Julgamento:

Assinatura:

Professor

Julgamento:

Assinatura:

São Paulo, de de 2020.

Para os meus queridos pais, Paulo e Maria Carmen, que sempre incentivaram e apoiaram meus estudos e ao meu querido marido, Fernando, que sempre esteve ao meu lado nos momentos difíceis.

AGRADECIMENTOS

Chegar ao final de um mestrado requer ajuda. Ajuda para aprender, apreender, compreender e continuar e, muitas pessoas auxiliaram nesta jornada. A primeira, que me deu a oportunidade de aprender tanto foi a querida professora Ada Pellegrini Grinover, a quem sou profundamente grata por ter me aceitado no mestrado e ter me dado valiosas orientações, que transcendem para a vida.

Agradeço, também, ao professor Kazuo Watanabe, que gentilmente aceitou continuar a orientação. Foi uma verdadeira honra ouvir suas brilhantes palavras, seus comentários, tão ricos e importantes para a elaboração de um trabalho.

Meu agradecimento à professora Susana Henriques da Costa, a quem admiro desde o curso de especialização na Escola Superior do Ministério Público que fiz e que me ajudou imensamente com seus comentários na banca de qualificação. Do mesmo modo, agradeço muito ao Professor Camilo Zufelato pelos valiosos comentários e críticas realizados durante a banca de qualificação, que ajudaram na continuação do trabalho. Agradeço, também, ao Professor Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera pelas críticas e ponderações realizadas durante as aulas de seminário das matérias do Professor Marcato, que contribuíram para o amadurecimento de diversas ideias.

Meu agradecimento especial à Dra. Maria Cristina Barreira de Oliveira, procuradora de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, com quem tenho a honra de trabalhar e que sempre apoiou e incentivou meus estudos.

Meu imenso agradecimento aos meus queridos pais, Paulo e Maria Carmen que sempre incentivaram e apoiaram meus estudos, se esforçaram para me dar a melhor educação e foram os grandes responsáveis pelo o que sou hoje. Agradeço também às minhas irmãs, Sandra, Fernanda e Ana Paula pelo apoio e pela compreensão em tantos momentos que são necessários para os estudos. Agradeço a minha sobrinha Isabel, que não importa o momento, sempre me faz sorrir.

Por fim, um incomensurável agradecimento de todo o coração ao meu querido marido, Fernando Silva Moreira dos Santos, meu companheiro de vida, de profissão e de estudos, que sempre esteve ao meu lado, me ajudando nas revisões, me dando suporte, me incentivando para sempre continuar. Nada seria possível sem ele ao meu lado.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os conflitos estruturais no controle jurisdicional de políticas públicas, examinando esta tipologia de litígios, que começa a ser estudada nos Estados Unidos, a partir do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. O processo estrutural surge como um modelo processual para a resolução de litígios que demandem uma reestruturação de um ente, um sistema ou uma organização, envolvendo a sociedade e o Estado para que sejam cumpridos os mandamentos previstos no texto constitucional. Questiona-se, neste ponto, se o atual sistema processual é suficiente para resolução de referidos conflitos. A Constituição Federal Brasileira previu uma série de direitos sociais, exigindo uma atuação positiva do Estado, que nem sempre acontece de forma adequada. Assim, o Poder Judiciário, cumprindo os comandos constitucionais, passa a ter novas atribuições, em um verdadeiro rearranjo da separação dos poderes. Esta atuação ocorre por meio do processo, sendo que, no caso dos litígios estruturais, estes se diferem dos conflitos de natureza individual, possuindo características que lhes são peculiares e que demandam uma forma de tutela processual diferenciada e mais adequada a essa nova realidade. Deste modo, é necessária uma revisitação dos institutos processuais, como a legitimidade e representatividade adequada, o contraditório pleno, os poderes do magistrado, a flexibilidade do pedido, a ampla participação de terceiros, com o estímulo sempre às soluções consensuais. O cumprimento da decisão assume papel relevante, sendo esta a fase que irá realmente transformar a realidade social. O Projeto de Lei nº 8.058/2014 se mostra bastante relevante para a regulamentação deste processo, mas é possível a tramitação do processo estrutural no atual sistema processual. Por fim, a análise de quatro casos concretos será relevante para a compreensão das dificuldades e desafios do enfrentamento de tais conflitos.

Palavras-chave: Políticas públicas – controle judicial – processo estrutural – *structural injunctions* – Projeto de Lei nº 8.058/2014

ABSTRACT

This paper aims to analyze the structural conflicts in the jurisdictional control of public policies, examining this type of litigation, which is starting to be studied in the United States, based on *Brown vs. Board of Education of Topeka*. The structural process emerges as a procedural model for the resolution of disputes that require a restructuring of an entity, a system or an organization, involving the society and the state to comply with constitutional precepts. At this point, it is questionable if the current procedural system is sufficient to resolve such conflicts. The Brazilian Federal Constitution provided for a series of social rights, requiring positive state action, which does not always happen properly. Thus, fulfilling constitutional commands, the Judiciary has new attributions, in a true rearrangement of the separation of the branches of power. This action occurs through the process, and in the case of structural disputes, these differ from conflicts of individual nature, having characteristics that are peculiar to them and that demand a form of differentiated procedural protection and more appropriate to this new reality. Therefore, a revision of the procedural institutes is necessary, such as the adequate legitimacy and representativeness, the right to a fair hearing, the powers of a judge, the flexibility of the request, the broad participation of third parties, always encouraging consensual solutions. Compliance with the decision takes on a relevant role, which is the phase that will really transform the social reality. Bill No. 8.058/2014 is quite relevant to the regulation of this process, but it is possible to process the structural process in the current procedural system. Finally, an analysis of four concrete cases will be relevant for understanding the difficulties and challenges of coping with such conflicts.

Keywords: Public policies – judicial control – structural process – *structural injunctions* – Bill n. 8.058/2014

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. OS CONFLITOS E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA.....	15
3. O JUDICIÁRIO E SUAS NOVAS ATRIBUIÇÕES.....	19
3.1. Das políticas públicas.....	23
3.2. Alguns parâmetros para a intervenção.....	27
3.2.1. Mínimo existencial.....	28
3.2.2. Reserva do possível	32
3.2.3. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade	35
4. O PROCESSO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	37
4.1. O uso equivocado do processo individual para implementação ou correção de uma política pública	37
4.2. O processo coletivo	42
5. PROCESSO ESTRUTURAL.....	45
5.1. Origens– caso <i>Brown vs Board of Education</i>	45
5.2. A utilização das <i>structural injunctions</i> e a necessidade de adaptação do papel do Judiciário.....	48
5.3. Os conflitos estruturais.....	52
5.4. Processo estrutural – características.....	57
5.5. Legitimidade e representatividade adequada.....	60
5.6. Contraditório pleno.....	68
5.7. Poderes gerenciais do juiz.....	70
5.8. Mutabilidade dos fatos e do pedido.....	73
5.9. Cooperação das partes e do juiz.....	79
5.10. Participação de terceiros.....	82
5.10.1. Audiências públicas.....	85
5.10.2. <i>Amicus Curiae</i>	88

5.11. Flexibilização Procedimental.....	90
5.12. Métodos alternativos de resolução de conflitos.....	93
5.12.1. Autocomposição e jurisdição.....	99
5.12.2. Modelo Multiportas.....	101
5.13. Cumprimento das decisões e sua efetividade.....	105
5.13.1. Mecanismos para auxiliar o cumprimento.....	111
5.14. Experiências na jurisprudência no Brasil e no exterior.....	116
5.14.1. Caso “Beatriz Mendonça”	116
5.14.1.1. A fase da execução.....	121
5.14.2. “ACP do carvão” – ACP 93.80.00533-4.....	123
5.14.2.1. Execução da decisão.....	125
5.14.3. Questão carcerária – ADPF n° 347.....	127
5.14.3.1. O recurso extraordinário n° 592.581.....	131
5.14.3.2. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 347.....	132
5.14.3.3. O Estado de Coisas Inconstitucionais.....	134
5.14.3.4. O órgão adequado para analisar o litígio estrutural.....	137
5.14.4. Ação civil pública referente à política de mineração no país.....	138
5.14.4.1. Acordo realizado	140
6. CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	147

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é altamente conflitiva. Os conflitos surgem e, quando judicializados, precisam ser resolvidos pelo processo, que deve garantir a sua justa solução. Pela instrumentalidade metodológica, o processo deve ser estruturado a partir do estudo dos conflitos existentes na sociedade, sejam individuais ou coletivos, visando à obtenção de uma tutela jurisdicional adequada¹.

A Constituição Federal de 1988 previu uma série de direitos sociais, exigindo uma atuação positiva do Estado. Estabeleceu diversos objetivos em seu artigo 3º, que demandam que o Poder Público se organize para a concessão destes direitos à coletividade, que se dá por meio da implementação de políticas públicas. Ocorre que nem sempre essa atuação ocorre ou é eficiente. Em diversas situações, a Administração se omite ou atua de forma ineficiente, deixando de cumprir os mandamentos constitucionais². Em tais situações, o Judiciário é, em muitas vezes, instado a se manifestar sobre a questão, emergindo uma discussão sobre as suas atribuições e o modo de realizar concretamente a interpretação de tais comandos constitucionais, definindo seus conteúdos operacionais.

Pela teoria clássica de Montesquieu, o Poder Judiciário era considerado “*la bouche de la loi*”, o que significaria, em tradução livre, “a boca da lei”, sendo sua função unicamente a aplicação da lei aos casos a ele apresentados, sem realizar qualquer avaliação quanto a sua adequação ao ordenamento em vigor. O seu papel, no entanto, modifica-se com transformações sociais, políticas e econômicas e há um rearranjo da teoria da separação dos poderes, em que a função judiciária não é mais vista apenas como corretiva, tendo também

¹ SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública**. Tese de Livre Docência, FDUSP, São Paulo, 2010.

² Maria Paula Dallari Bucci explica que “essas ressalvas não devem ser entendidas com olhos puramente liberais, como se os direitos sociais fossem normas sem eficácia. Importante a observação final de Benda, no sentido de que as normas constitucionais são ditames que devem (imperativamente) ser realizados. Quando o próprio texto constitucional não instituiu as tarefas de realização, cabe ao legislador infraconstitucional fazê-lo” e continua, “no contexto brasileiro, a polêmica é ainda mais acirrada. De um lado porque, a Constituição Brasileira de 1988 foi carregada com os direitos compreendidos na tarefa de redemocratização do país e sobrecarregada com as aspirações relativas à superação da profunda desigualdade social produzida ao longo de sua história. O desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p.09).

uma função de efetivar direitos constitucionais e auxiliar na persecução dos objetivos da República.

As suas novas atribuições permitem a atuação do Judiciário em políticas públicas, devendo, no entanto, haver alguns parâmetros para tanto. Ademais, esta intervenção, diante de suas características, deve ser feita por meio do processo coletivo, que tem como finalidade discutir a questão de forma mais ampla. No entanto, em algumas situações, os conflitos que surgem demandam não apenas a correção pontual de alguma política pública, mas toda a sua reestruturação ou implementação, surgindo, assim, dificuldades no seu manejo via judicial diante da complexidade das questões que surgem.

Assim, diante da existência dos denominados litígios estruturais, estuda-se o denominado processo estrutural, que, para Francisco Verbic, seria uma espécie do processo coletivo³. Para melhor compreensão deste modelo, analisa-se o caso paradigmático *Brown vs Board of Education*, julgado na década de 50 nos Estados Unidos, em que foi utilizada a denominada *structural injunction*. Questões importantes surgem no tocante à legitimidade e à representativa adequada, aos poderes gerenciais do juiz, à mutabilidade dos fatos e como ficaria o pedido se houver mudanças fáticas no decorrer do trâmite processual. Discute-se a flexibilização procedimental e a importância dos meios alternativos de resolução de conflitos. A fase do cumprimento das decisões se mostra bastante desafiador, sendo que as experiências jurisprudenciais do Brasil e do exterior podem auxiliar na análise adequada de tais questões e suas dificuldades.

Owen Fiss aponta que esta nova forma de litigância é definida por duas características: a primeira é que as principais ameaças aos valores constitucionais advêm das burocracias do Estado Moderno. Em segundo lugar, para serem eliminadas tais ameaças, as organizações precisam ser reestruturadas, sendo que o universo tradicional de medidas judiciais não é adequado⁴. Para o autor, a *injunction* seria a medida apropriada para tanto.

O processo estrutural, assim, é um procedimento que tem como objeto a solução de um litígio que demanda a reestruturação de um ente, um sistema ou uma organização, envolvendo a sociedade e o Estado para que sejam cumpridos os mandamentos previstos no texto constitucional. O conflito em questão não demanda apenas uma simples decisão de

³ VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 65.

⁴ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 26.

condenação de pagamento de quantia certa ou de obrigação de fazer e não fazer, mas uma série de comandos que reorganizem um sistema, como o educacional, de saúde, ou carcerário, por exemplo.

O objetivo do presente trabalho é analisar os conflitos estruturais e as peculiaridades do procedimento necessário para a efetiva correta pacificação do conflito. O sistema da *civil law* e a mentalidade dos operadores do direito ainda demandam a necessidade de elaboração de leis para a aplicação ao caso concreto. Neste sentido, o Projeto de Lei n.º 8.058/2014, que institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, prevê disposições bastante relevantes para o trâmite destes processos estruturais, o que poderá contribuir em muito para o futuro sucesso da intervenção do Judiciário em políticas públicas. Além disso, serão analisadas decisões judiciais proferidas em casos litígios estruturais, tanto em questões ambientais, quanto carcerárias e de política de mineração. No entanto, se indaga se seria possível a aplicação do processo estrutural mesmo sem a legislação específica. O Código de Processo Civil atual permite tal abertura?

De qualquer modo, além da legislação, é necessária uma mudança de mentalidade de todas as partes envolvidas, especialmente do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, pois o sucesso das medidas demanda que haja efetiva vontade de modificação por parte de todos os envolvidos. De nada adianta a edições de leis se não houver efetiva vontade política de mudança, com especialização de pessoal, formação de corpo técnico e estrutura material.

2. OS CONFLITOS E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Os conflitos são inerentes à convivência em sociedade. A partir da Revolução Industrial, há o surgimento de uma sociedade de massa e, conseqüentemente, os conflitos passam a ser de massa, devendo o direito se adaptar para a resolução efetiva das questões que surgem em razão de tais fatos.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth, em famoso estudo denominado “Projeto Florença”, no momento pós-segunda Guerra Mundial, verificaram a existência de alguns obstáculos para uma justiça mais acessível e eficiente. Para os autores, a expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, mas indica duas finalidades principais, a de ser acessível a todos e de ser o acesso com resultados individual ou socialmente justos⁵. Em seu estudo, apontaram que havia óbices como a questão dos custos, problemas especiais dos interesses difusos e as barreiras ao acesso. A solução vem nas três ondas renovatórias propostas: a primeira relaciona-se à assistência gratuita aos pobres; a segunda consiste na garantia dos interesses difusos por meio do processo coletivo, principalmente relacionado ao direito do consumidor e do meio ambiente; e, a terceira, trata do acesso à justiça de forma mais ampla, abarcando questões de eficiência através da criação de procedimentos mais acessíveis e simplificados⁶.

Conforme explica Susana Henriques da Costa, o acesso à justiça tem uma dimensão substancial de transformação social pela efetivação de direitos e, uma dimensão procedimental, relacionada à ampliação, racionalização e controle do aparato (instituições e procedimentos) governamental de realização dos direitos⁷.

Com o Estado Liberal, e posteriormente, sua transição para o Estado Social e o reconhecimento dos direitos, principalmente os sociais, e sua garantia nos textos

⁵ CAPPELLETTI, Bryan e GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 8.

⁶ *Ibid.*, p. 31 e ss.

⁷ COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 450.

constitucionais, passa-se a exigir postura positiva do Estado⁸, que, no entanto, se omite ou não consegue garantir os direitos de forma eficiente, resultando em conflitos que são trazidos ao Judiciário⁹. A efetiva tutela de tais direitos guarda íntima relação com o efetivo acesso à justiça.

Conforme ensina Kazuo Watanabe, a questão do acesso à justiça não pode ser estudada “nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa¹⁰”. Para o autor, que cunhou essa expressão, o efetivo acesso à justiça depende de fatores como uma organização judiciária adequada à realidade do país, a utilização de métodos alternativos de resolução de controvérsias, a adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos individuais e coletivos, a prestação adequada da assistência jurídica, a formação adequadas dos juízes, árbitros e terceiros facilitadores, a remoção de obstáculos para o efetivo acesso à ordem jurídica justa, e, a pesquisa interdisciplinar permanente¹¹.

Assim, o processo deve se amoldar aos conflitos que surgem no direito material, afinal, este é um instrumento para a resolução dos conflitos da maneira mais justa e, conforme ressalta Ada Pellegrini Grinover, a “pacificação pode ser menor ou maior, conforme o instrumento utilizado”¹². A autora ainda destaca que não basta a tutela ser apenas justa, devendo ser também adequada e efetiva:

Justa, na medida em que dê razão a quem a tem, ou na medida em que respeite a vontade livre e informada das partes. Efetiva, porque o direito ou interesse objeto de tutela deve poder ser realmente fruído. Adequada, porque a efetividade da justa tutela só pode ser alcançada por intermédio de uma via processual idônea a solucionar o conflito. É por isso que o estudo do processo e seu tratamento no

⁸ Neste sentido, aponta Ada Pellegrini Grinover, “a transição entre o Estado Liberal e o Estado Social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais-, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 126).

⁹ Conforme explica Kazuo Watanabe, “o grave é, porém, que muitos desses direitos não são honrados, de todo ou parcialmente (confira-se, a propósito, o que tem ocorrido nas áreas previdenciária e de infelizmente), o que tem gerado conflitos de interesses, muitos dos quais encaminhados ao Poder Judiciário. (WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel (coords). **Participação e Processo**. RT, p. 130.

¹⁰ *Ibid.*, p. 128.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, p. 75/76.

¹² *Ibid.*, p. 81.

direito positivo clamam por uma metodologia acentuadamente instrumentalista, estruturando-se de acordo com a análise da tutela adequada à solução de cada classe de conflitos¹³.

Realmente, o processo é um instrumento de realização de um objetivo, não podendo, diante de excessos de formalismos, ser um entrave para a concretização de tais fins. A instrumentalidade do processo, preconizada por Cândido Rangel Dinamarco, relaciona-se com a ideia de processo civil de resultados:

Diferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da ideia do processo civil de resultados. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenham de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social¹⁴.

Carlos Aberto de Salles¹⁵, ao abordar a questão da instrumentalidade do processo, afirma que esta pode ser de duas espécies. Uma delas seria a finalística, em que o processo deve ser instrumento de atuação do direito material. Por outro lado, na metodológica, o processo deve ser estruturado a partir do estudo dos conflitos existentes na sociedade, sejam individuais ou coletivos, visando à obtenção de uma tutela jurisdicional justa e adequada. Para a professora Ada Pellegrini Grinover, a última espécie é a adequada, em que a ideia da processualidade é construída a partir dos conflitos para se chegar a um processo adequado para solucioná-los¹⁶.

A análise dos conflitos de interesse público no presente estudo parte de tal perspectiva, da construção da solução processual a partir do estudo do conflito.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 8. ed., ver e atual. Malheiros, 2016, p. 198.

¹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública**. Tese de Livre Docência, FDUSP, São Paulo, 2010, p. 37/40.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, p. 16.

3. O JUDICIÁRIO E SUAS NOVAS ATRIBUIÇÕES

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade Grega por Aristóteles, em sua obra “Política”, em que o pensador defendia a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano¹⁷. Posteriormente, esta noção é aprimorada por Montesquieu, que defendia que as funções estariam conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função seria responsabilidade de um órgão, não se concentrando mais em apenas um soberano, já que a reunião de poderes permite o surgimento de leis tirânicas. Cada poder, assim, controlaria o outro¹⁸.

A teoria de Montesquieu foi consagrada no momento do Liberalismo, em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera liberal¹⁹. Assim, procurava-se proteger os direitos fundamentais denominados de primeira geração²⁰ contra o poder arbitrário do Estado, o que acabou influenciando na construção das Constituições Liberais. Havia a necessidade de não permitir a contínua interferência da realeza nas decisões dos juízes.

¹⁷ Fábio Konder Comparato aponta que “o filósofo ainda enfatizou, em outra passagem do seu tratado sobre política, que o poder corrompe os que o possuem, e que, portanto, tudo deve ser disposto, na pólis, de modo a evitar a concentração de poderes nas mesmas pessoas, ou a atribuição de um grande poder a alguém por tempo demasiado longo. De qualquer modo, conclui ele, o ideal será sempre atribuir iguais cargos e funções, conjuntamente, a classes antagônicas na sociedade – notáveis e plebeus, ricos e pobres -, e porfiar pelo incremento da classe média, como meio de se dissolver o espírito de facção, alimentado pela desigualdade social”. (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3ª ed. Revista. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 674).

¹⁸ Para Fábio Comparato, “Montesquieu, em particular, partiu da ideia de que Legislativo, Executivo e Judiciário, uma vez reconhecidos como órgãos autônomos, tenderiam a se equilibrar mutuamente, sem que nenhum deles preponderasse sobre os outros”. (COMPARATO, Fábio. **Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3ª ed. Revista. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 675).

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 216.

²⁰ A doutrina utiliza tanto o termo *geração* quanto *dimensão* para classificar os direitos fundamentais. Alguns autores preferem o segundo termo, pois a expressão *geração* poderia passar a impressão que na evolução histórica, os direitos não se somariam, mas se substituiriam. No entanto, no presente trabalho, a expressão é utilizada no sentido de que os direitos fundamentais das três gerações não substituem um ao outro, mas se somam.

Esta concepção de Estado e sua finalidade, no entanto, modifica-se com a transição entre o Estado Liberal e o Estado Social. A Revolução Industrial, no início do século XX, provoca a expansão industrial e a produção de massa, surgindo, com ela, a miséria e uma população de massa. Neste momento, surge a necessidade de proteção de novos direitos, denominados de segunda dimensão, em que se pleiteia não apenas que o Estado não interfira na vida do indivíduo, mas que aja para assegurar direitos como saúde, educação, trabalho, moradias, dentre outros. A partir de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados passam a se comprometer na proteção de tais direitos. Neste momento, o dever de abstenção do Estado é somado pelo dever de atuação, que permita a fruição não apenas dos direitos de primeira, mas de segunda geração. E, em decorrência disso, a função de controle do Poder Judiciário também se amplia²¹.

O Poder Judiciário, na época do Estado Liberal, era considerado “*la bouche de la loi*”, o que significaria, em tradução livre, “a boca da lei”, sendo sua função unicamente a aplicação da lei aos casos a ele apresentados, sem realizar qualquer avaliação quanto à sua adequação ao ordenamento em vigor. Nos Estados Unidos da América, em 1891, no caso *Madison versus Marbury*, o juiz Marshall afirmou a supremacia da Constituição, iniciando-se, assim, o controle de constitucionalidade²². Owen Fiss aponta que o papel das cortes, mesmo em questões constitucionais, era visto como uma “falha legislativa”. O Poder Judiciário deveria submeter-se ao Legislativo, exceto se houvesse alguma razão para considerar que os processos legislativos eram inadequados²³. De qualquer modo, o controle de constitucionalidade altera o papel do Poder Judiciário inicialmente concebido por Montesquieu.

Com o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão, com destaque da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, em 1919, surge a necessidade

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 126.

²² Em 1800, John Adams, presidente dos Estados Unidos, foi derrotado na eleição presidencial por Thomas Jefferson. No entanto, antes de ser sucedido por Jefferson, Adams resolveu nomear diversas pessoas ligadas ao seu governo, principalmente no Judiciário – *os midnight judges* - destacando-se Willian Marbury, cuja “comissão” para o cargo de “juiz de paz” do condado de Washington foi assinada, mas não lhe foi entregue. Jefferson, ao assumir o governo, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado e determinou que este não efetivasse a nomeação de Marbury, que, por sua vez, impetrou *writ of mandamus* buscando efetivar a sua nomeação. John Marshall, *Chief Justice*, em seu voto, decidiu que é nula qualquer lei incompatível com a Constituição, e que os Tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por este instrumento. Assim, a Corte declarou inconstitucional a lei que outorgava a ela o poder de conceder *writ of mandamus* para infirmar atos dos demais Poderes que violassem a Constituição.

²³ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 29.

de proteção de tais direitos com a institucionalização de programas de atuação estatal. As Constituições passaram a prever a proteção dos direitos sociais e o Judiciário, como responsável pela interpretação das normas, começa a intervir cada vez mais em políticas públicas para dar concretude aos comandos constitucionais.

Conforme explica Maria Paula Dallari Bucci, com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, o conteúdo jurídico do princípio da dignidade vai se expandindo²⁴. A autora aponta a crítica de alguns autores no tocante à “inflação dos direitos” pelas Constituições, que atrapalhariam o próprio desenvolvimento do país, prejudicando a sua competitividade em relação a outros, em decorrência do alto custo com o fornecimento de tantos serviços para o cumprimento dos comandos constitucionais. No entanto, Bucci enfatiza que, atualmente, o domínio tecnológico é um grande diferencial entre empresas e Estados e, para tanto, é primordial a atenção aos direitos sociais como, por exemplo, a educação. O investimento em direitos sociais traz, a longo prazo, inúmeros benefícios para o próprio desenvolvimento do Estado²⁵.

Há um rearranjo da teoria da separação dos poderes, em que a função judiciária não é mais vista apenas como corretiva, tendo uma função de efetivar direitos constitucionais e auxiliar na persecução dos objetivos da República. Neste aspecto, ensina Susana Henriques da Costa:

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assumiu novas funções e teve o seu perfil alterado. A própria sistemática de separação dos poderes foi reestruturada, de forma a dar maiores poderes ao Judiciário e instrumentalizá-lo para o desempenho das suas novas tarefas. Nesse sentido, a rigidez da estrutura de separação e ou equilíbrio de poderes imaginada por Montesquieu, adotada por vários países ocidentais, foi modificada por ajustes que permitissem equacionar os problemas locais. Quebrou-se a estrutura original, dando-se origem a vários modelos de separação de poderes, com sistemas de freios e contrapesos específicos, cada qual compatível e relacionado com o momento histórico de cada sociedade²⁶.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 03.

²⁵ A autora ainda complementa: “outros direitos sociais, como a saúde, a assistência social e hoje o direito ao meio ambiente, direito de terceira geração, são referenciais que permitem aferir a posição relativa de um país no cenário mundial, no que diz respeito ao desenvolvimento humano. Embora possa haver algum questionamento sobre o quesito competitividade entre os países que têm índice de desenvolvimento humano (IDH) elevados, é indubitável que o IDH baixo está associado a reduzida capacidade de competição e inserção na economia mundial”. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 04.

²⁶ COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 453.

O Poder Judiciário afasta-se, assim, do modelo de justiça retributiva para adentrar na esfera da justiça distributiva, que tem como função a justa distribuição dos recursos comuns e, em última análise, a consecução do bem comum²⁷.

A Constituição de 1988 previu fundamentos²⁸ e objetivos fundamentais²⁹, demonstrando o caráter teleológico do documento. Fábio Konder Comparato observa que as ações dos poderes públicos devem ser norteadas pelos objetivos fundamentais impostos pelo texto constitucional. Acrescenta, ainda, que:

As novas Constituições já não se limitam a definir a competência estrita dos órgãos do Estado, sem fixar nenhum rumo à sua ação em conjunto, como faziam as Constituições do modelo liberal, as quais partiam do pressuposto de que o Estado deve assegurar a cada indivíduo a livre definição das suas metas de vida, não se podendo fixar nenhum objetivo geral para a sociedade civil³⁰.

Assim, no momento em que o Estado não cumpre o seu dever de garantir os objetivos fixados³¹, por meio da implementação de políticas públicas, o Judiciário, que também tem a obrigação de observar os comandos constitucionais, deve determinar que isto seja feito. Esta postura não significa substituir os demais poderes, mas apenas cumprir o determinado pelo constituinte. Caso contrário, o Poder Judiciário incorrerá na proibição de proteção insuficiente, já que é seu dever constitucional assegurar os direitos fundamentais³².

²⁷ O conceito de justiça retributiva é empregado no sentido de adjudicação individual de um direito subjetivo, como normalmente ocorre no Poder Judiciário por meio das ações individuais. Por sua vez, pelo conceito de Justiça Distributiva, busca-se a efetivação de uma política pública (LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 125/128).

²⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

²⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3. ed. Revista. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 680.

³¹ Maria Paula Dallari Bucci explica que “essas ressalvas não devem ser entendidas com olhos puramente liberais, como se os direitos sociais fossem normas sem eficácia. Importante a observação final de Benda, no sentido de que as normas constitucionais são ditames que devem (imperativamente) ser realizados. Quando o próprio texto constitucional não instituiu as tarefas de realização, cabe ao legislador infraconstitucional fazê-lo” e continua, “no contexto brasileiro, a polêmica é ainda mais acirrada. De um lado porque, a Constituição brasileira de 1988 foi carregada com os direitos compreendidos na tarefa de redemocratização do país e sobrecarregada com as aspirações relativas à superação da profunda desigualdade social produzida ao longo de sua história. O desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 09).

³² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre decisões estruturantes**. Civil Procedure Review, v. 8, n.1: 46-64, jan-apr., 2017.

Experiências demonstram que a mera declaração de omissão não é suficiente³³, de modo que o Judiciário passa a ter um papel mais ativo, conferindo concretude aos comandos.

Owen Fiss também ressalta que “os Juízes não possuem o monopólio na tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivo para que silenciem. Eles também podem contribuir para as discussões e debates públicos³⁴”.

A legislação infraconstitucional acompanha estas modificações, especialmente a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a Lei de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84), a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em que o Judiciário passa a ter que enfrentar, além dos conflitos individuais, outros com conteúdo social, político e econômico. Neste sentido, ensina o professor Kazuo Watanabe:

A função do Judiciário, que já vinha se ampliando por força da mudança na própria concepção das funções do Estado Moderno, foi definitivamente modificada com essas alterações das leis material e processual. O Judiciário passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos e interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do Direito, como o contido nas normas o meio ambiente, o consumidor e outros interesses difusos e coletivos³⁵.

3.1 Das políticas públicas

Os direitos sociais, previstos na Constituição Federal de 1988³⁶, que demandam um enfoque prestacional do Estado, se concretizam por meio da implementação de metas e programas. Esta atuação é estabelecida por meio da criação de políticas públicas, definidas por Bucci como um conjunto de medidas coordenadas que têm a finalidade de movimentar

³³ Como exemplo, cita-se o mandado de injunção, em que, inicialmente era adotada a teoria não-concretista, evoluindo para a concretista. Em 2016, foi editada a Lei nº 13.300, disciplinando o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, sendo que o artigo 8º adotou a teoria concretista:

“Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma”.

³⁴ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 25.

³⁵ WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 1, n.1, p. 149/151, 1996.

³⁶ Apesar de ser um marco na questão dos direitos sociais, a Constituição de 1934 já tinha previsto também diversas garantias neste âmbito.

a máquina do governo para a concretização de um direito³⁷. As políticas públicas são formas de exercício do poder político, em que o Poder Público se organiza para a realização de objetivos socialmente relevantes.

Assim, tendo em vista os direitos previstos pelo texto constitucional e nas necessidades existentes, o Estado passa a planejar um programa para a sua implementação. Sabino destaca a existência de cinco fases na construção deste planejamento:

A verdade é que o planejamento da execução de políticas públicas, a cabo do Executivo, pode ser avaliado por meio de sua segmentação em fases sequenciais. Da análise de três estudos, tiram-se cinco fases ou etapas das políticas públicas: (a) a percepção e definição dos problemas; (b) a construção de uma agenda de debates e estratégias de solução dos problemas reconhecidos; (c) a formulação da política a ser empregada; (d) a implementação dessa política, definindo-se prioridade e programando-se a respectiva execução; e, por fim, (e) a avaliação da política, a fim de checar em que medida ela atingiu os resultados almejados. Daí se vê que as políticas públicas envolvem processos estruturados e planejados, desde a raiz até a copa³⁸.

O planejamento estatal passa a ser visto como essencial à conquista do desenvolvimento e à consecução do bem comum³⁹. Oswaldo Canela Júnior afirma que, ainda que os direitos sociais sejam de fruição do indivíduo, “a política, entendida como programa de ação, somente será pública se atender ao bem comum, ao interesse público⁴⁰” conforme definido pelo artigo 3º da Constituição Federal.

De qualquer forma, a formulação das políticas públicas é de responsabilidade do Poder Executivo, cujo mandato decorre da vontade popular, dentro dos contornos estabelecidos pelo Poder Legislativo⁴¹. Em razão disso, muitos defendem a posição de impossibilidade da intervenção do Judiciário⁴². Para tanto, apontam que, além de existir falta

³⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

³⁸ SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. São Paulo: Juruá, 2016, p. 60.

³⁹ Neste sentido, o planejamento estatal foi previsto no artigo 174 da Constituição Federal que estabelece que: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

⁴⁰ CANELA JUNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Tese de Doutorado. FDUSP – 2009, p. 42.

⁴¹ Bucci define políticas públicas como “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38).

⁴² Conforme destaca Marco Antonio da Costa Sabino, “um forte argumento contrário à judicialização da política diz respeito a uma potencial violação à Teoria Democrática. Basicamente, o argumento repousa na seguinte premissa: se o povo é o destinatário das políticas públicas e se é ele, povo, que contribui para tanto por meio do recolhimento tributário, é ninguém menos que ele, povo, quem deve decidir em que aplicar os

de legitimação democrática, a atuação do Judiciário viola a separação dos poderes, além da alegação de que os julgadores não têm conhecimento técnico para decidir sobre políticas públicas.

Realmente, não é o papel institucional do Poder Judiciário criar e implementar políticas pública. Conforme explica Roberto Omar Berizonce, o Poder Judiciário não tem a função de impor as políticas públicas que devem ser realizadas, “*sino de confrontar el diseño de políticas asumidas por los poderes políticos con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes competentes*”⁴³.

No entanto, o papel do Poder Judiciário não é substituir a função executiva, mas intervir para corrigir as deficiências tanto quando a Administração esteja omissa quanto quando não esteja cumprindo de forma eficiente seus deveres previstos no texto constitucional⁴⁴. Em última análise, trata-se de controle de constitucionalidade pelo Judiciário⁴⁵. Ada Pellegrini Grinover ressalta que todos os poderes são responsáveis pelas políticas públicas. O Legislativo tem como função a formulação das leis e outros atos normativos e, o Executivo, do correto planejamento e execução destas. No entanto, havendo omissão ou incorreção de qualquer um deles, o Judiciário atuar, desde que provocado e

recursos públicos. Nesse sentido, tal premissa estaria resguardada quando tal aplicação de recursos fosse realizada pelos Poderes majoritários (o Legislativo e o Executivo, cujos representantes são eleitos), mas, não, pelo Poder Judiciário, em que os representantes ingressam por meio de concursos públicos” (SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da Saúde. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 363).

⁴³ BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 286.

⁴⁴ Neste sentido, Sabino aponta que “Owen Fiss sustenta que a função do juiz não é falar pela maioria, atendendo seus anseios; é, sobretudo, dar significado aos valores constitucionais, procurando o que é verdadeiro, correto e justo. Para ele, o juiz não é um partícipe dos interesses da política de grupo. Em outras palavras, o majoritarismo está em plano completamente diverso da atividade jurisdicional. É, portanto, um erro confundir os assuntos. Fiss declara ainda, que equívoco fundamental dos pensamentos baseados na maioria é desprezar, completamente, a vontade minoritária, que, não fosse o Judiciário, poderia ficar completamente desamparada. Volta-se, aí, ao papel contramajoritário do Judiciário. (COSTA, Marco Antonio da, **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. São Paulo: Juruá, 2016, p. 107).

⁴⁵ Conforme explica Kazuo Watanabe, “ao Poder Judiciário brasileiro, como consequência da assunção de novas atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, dentre as quais se inclui o *controle de constitucionalidade* das leis, atos e atividades de todos os órgãos do Estado, incumbe proceder ao controle das políticas públicas, com o exame de sua implementação, adequação ou correção, na conformidade dos mandamentos constitucionais” (WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In*: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). Rio de Janeiro, Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 216).

sempre a posteriori, já que a inexistência de uma política pública adequada viola, em última análise, a própria Constituição⁴⁶.

Da mesma forma, o controle jurisdicional de políticas públicas não viola o princípio da separação dos Poderes⁴⁷, já que o Judiciário apenas cumpre as suas funções institucionais constitucionalmente previstas, tanto de controle da legalidade e da constitucionalidade das medidas adotadas, quanto da compatibilidade desses atos com os objetivos previstos no texto constitucional. Neste sentido, Owen Fiss pondera que:

Todos nós, quer como indivíduos quer como atores institucionais temos um papel nesse processo. Na sociedade moderna, caracterizada pela onipresença estatal, esses valores determinam a qualidade da nossa existência social – eles pertencem, verdadeiramente, ao domínio público – e, conseqüentemente, o número de vozes que lhes confere significado é tão vasto quanto o próprio público. Os Poderes Legislativo e Executivo, como também as instituições privadas, têm uma voz; da mesma forma deveriam ter as cortes. Os Juízes não possuem o monopólio na tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivo para que silenciem. Eles também podem contribuir para as discussões e debates públicos⁴⁸.

A inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, no contexto constitucional atual, não é mais vista como uma escolha política, inserida no poder discricionário. A omissão na efetivação da obrigação prestacional caracteriza violação aos objetivos do Estado, de modo que se mostra necessária uma releitura da teoria da separação dos poderes⁴⁹.

O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário é plenamente admitido pela doutrina e jurisprudência, sendo considerada como paradigmática a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, na ADPF 45-9. Nesta decisão, o Relator discorre sobre os direitos

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, p. 43.

⁴⁷ Conforme explica Hermes Zaneti Jr., “por estas razões, muito embora as patologias pareçam indicar uma indevida intromissão do Judiciário em “questões políticas”, o que ocorre é o contrário. Ante o que sustentamos até aqui, o processo, no contexto pós-positivista, é uma abertura para a democracia, havendo de ser, outrossim, a finalidade do direito como um todo, pois somente no marco democrático existe a possibilidade de um Estado de Direito Constitucional. Nesse panorama, os direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental ao processo, são inseparáveis. Note: não haveria democracia sem direitos fundamentais e não haveria direitos fundamentais sem democracia” (ZANETI JR., Hermes. *A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 49).

⁴⁸ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 25.

⁴⁹ Conforme explica Mauro Cappelletti, “mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal das contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidade e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, exatamente por ser prescrito legislativamente cabe aos juízes fazer respeitar” (CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 42).

sociais, afirmando que o desrespeito à Constituição Federal pode ocorrer tanto mediante ação estatal quanto por inércia governamental. A omissão do Estado, que deixa de cumprir a imposição constitucional qualifica-se como um comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, já que desrespeita a Constituição Federal e os direitos que nela se fundem. O relator concorda que a implementação das políticas públicas não está nas atribuições institucionais do Poder Judiciário, sendo responsabilidade do Legislativo e do Executivo. No entanto, ao Poder Público não é permitida a indevida manipulação de sua atividade, criando obstáculos artificiais para inviabilizar as condições mínimas aos cidadãos. O Judiciário é inerte (artigo 2º, do CPC/2015), mas tem o dever de agir quando há um descumprimento das regras legais. Por fim, ressalta que:

O caráter democrático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado⁵⁰.

O julgado discute também as doutrinas do mínimo existencial e da reserva do possível. Para o relator, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, “notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. Mas, no que consistem o mínimo existencial e a reserva do possível?

3.2 Alguns parâmetros para a intervenção

A intervenção do Judiciário em políticas públicas é admitida conforme já analisado, mas não é irrestrita, devendo ter parâmetros para a sua atuação. A doutrina e a jurisprudência estabeleceram, assim, limites a esta intervenção, dentre eles o mínimo existencial, a reserva do possível e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Estes parâmetros são importantes no litígio estrutural, em que se demanda a reorganização de toda uma política pública. O mínimo existencial nem sempre estará

⁵⁰ ADPF 45-9, decisão do Ministro Celso de Mello, proferida em 29.04.2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2E+NUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/171b9d2>. Acesso em 14 abr. 2018.

presente, mas em casos em que esteja, é importante que as partes envolvidas entendam este parâmetro até para que o cumprimento da decisão possa se dar da forma mais efetiva, talvez até privilegiando tais direitos ou os concedendo por meio de tutela antecipada. Por sua vez, a reserva do possível também se mostra um assunto latente, já que a questão orçamentária e financeira é de extrema importância quando se analisa um planejamento de uma política pública, que normalmente demanda um longo período. Tudo isto deve ser ponderado sempre pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por esta razão, se mostra importante o estudo de tais parâmetros no tocante à intervenção do Judiciário em políticas públicas.

3.2.1 Mínimo existencial

Este princípio tem origem alemã, cujo suporte jurídico era encontrado no artigo 1º, inciso I da Lei Fundamental da Alemanha (Constituição Alemã de 1949 – Lei de Bonn), que previa o princípio da dignidade da pessoa humana⁵¹. Otto Bachof foi o primeiro jurista a defender a garantia de recursos mínimos ao indivíduo para a sua existência digna. Conforme pondera Marco Antonio da Costa Sabino, Bachof entendeu que uma vida digna não seria observada apenas com a garantia de liberdade e não intervenção do Estado na vida privada, mas também com a aplicação de recursos materiais por parte do Poder Público⁵².

Cerca de um ano depois, o Tribunal Constitucional Alemão julgou um caso concreto em que concluiu que o Estado tinha o dever de garantir auxílio material ao requerente para manutenção de suas condições de existência. Posteriormente, a Lei de Bonn, em seu artigo 19, II, passou a prever explicitamente a garantia da inviolabilidade do conteúdo essencial, determinando que “em nenhum caso pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial”⁵³.

Este princípio pode ser conceituado como o núcleo duro dos direitos fundamentais, formado pelo conjunto de prestações mínimas que devem ser concedidas para que a pessoa possa ter uma vida digna. E para tanto, deve haver uma atuação positiva da Administração

⁵¹ “Artigo I, inciso I: A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Disponível em: Texto obtido no site <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>, acesso em 20 mai. 2018.

⁵² SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**, São Paulo: Juruá, 2016, p. 229.

⁵³ Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>, acesso em 22 mai. 2018.

Pública em fornecer tais condições a todos⁵⁴, já que a Constituição Federal não fez qualquer distinção. Ana Paula Barcelos, em estudo sobre o tema, assim explica:

O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora esse efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em funções de opiniões políticas, filosóficas, religiosas, etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade⁵⁵.

O mínimo existencial pode ser exigido do Estado, sendo cabível a sua imediata judicialização independentemente da existência ou não de recursos ou de qualquer outra medida, já que este é o mínimo, o piso que deve ser garantido para o indivíduo poder viver com dignidade⁵⁶. Abstratamente, o conceito é compreendido sem maiores dificuldades. O grande entrave, no entanto, encontra-se justamente na definição de seu conteúdo e na extensão do que comporia este mínimo, não havendo, neste aspecto, convergência entre os doutrinadores e a jurisprudência.

A saúde é um exemplo desta controvérsia. Todos defendem que referido direito tem relação com mínimo existencial, afinal, não há vida digna sem saúde. No entanto, não existe uma unanimidade quanto a sua extensão, já que é um direito de difícil implementação, dado o seu alto custo e a necessidade de organização que envolve.

Alguns autores tentam indicar composição do que seria o mínimo existencial, como Ana Paula Barcelos que aponta a educação básica, a saúde, a moradia, a assistência social e o acesso à justiça. No tocante ao direito à saúde, no entanto, a autora indica que comporia o mínimo existencial a prestação do serviço de saneamento, atendimento materno infantil, as

⁵⁴Ada Pellegrini Grinover, citando Ricardo Lobo Torres assim revela que “o mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de *existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado: “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 132).

⁵⁵ BARCELOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 304-305.

⁵⁶ Conforme explicam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, o mínimo existencial não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou mínimo para a sobrevivência – o mínimo existencial é a vida com dignidade e não a mera sobrevivência, vida com certa qualidade. Não deixar alguém morrer de fome é o primeiro passo para a garantia do mínimo existencial, mas não o suficiente (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direito Fundamentais, orçamento e reserva do possível, Livraria do Advogado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53).

ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica⁵⁷. Ada Pellegrini Grinover ainda ressalta que se costuma incluir neste conceito o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça⁵⁸. Kazuo Watanabe alerta, ainda, que este conceito não é estático, já que:

[...] além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país. O que hoje, pelas condições existentes, pode não ser judicialmente tutelável, poderá vir a sê-lo no futuro, imediato ou mediato, segundo o desenvolvimento do país⁵⁹.

Interessante, também, destacar a existência de duas grandes teorias relacionadas ao mínimo existencial⁶⁰. Pela teoria absoluta, haveria a existência de um conteúdo mínimo previamente determinado relativo a cada um dos direitos fundamentais sociais, que poderia ser identificado antes mesmo do surgimento do conflito no caso concreto. Susana Henriques da Costa traz como exemplo a lista de medicamento previstas pelo SUS⁶¹. Por esta teoria, os medicamentos incluídos nesta relação comporiam o mínimo existencial do direito à saúde, de modo que eventual demanda proposta que buscasse a condenação do Estado em fornecê-lo seria julgada procedente.

Já para a teoria relativa, a determinação do conteúdo essencial de um direito fundamental dependeria da ponderação realizada no caso concreto, de modo que não seria possível a determinação prévia do que seria o mínimo existencial. Neste caso, a sua definição demandaria a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois será analisada se a restrição é adequada. No mesmo exemplo apontado, o fato de o medicamento estar inserido na lista publicada pelo SUS não levaria necessariamente à procedência da ação, devendo ser analisado o conflito em questão e a ponderação dos interesses envolvidos.

⁵⁷ BARCELOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 173/179.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p 132.

⁵⁹ WATANABE, Kazuo. “Mínimo Existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In*: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 219.

⁶⁰ DANIEL, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de Mestrado, FDUSP, 2013, p. 121.

⁶¹ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação entre Direito e Processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 397-422.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014 que institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário prevê expressamente a tutela do mínimo existencial, conceituando-o, no parágrafo único do artigo 6º, como “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana”⁶².

Conforme será analisado, os litígios estruturais demandam a reorganização de toda uma política pública, envolvendo questões múltiplas e complexas, que podem, em muitas situações, abarcar aspectos relacionados ao mínimo existencial. A questão carcerária do país, que será melhor estudada adiante, apesar de demandar uma reforma estrutural, analisa também a questão da dignidade dos presos e as condições degradantes deles. Apesar de demandar toda uma reestruturação do sistema, é possível se verificar, diante do eixo de conflitos, situações que demandem esta análise, que podem influenciar no próprio cumprimento da decisão, já que direitos relacionados ao mínimo existencial devem ser priorizados.

Tanto que o Projeto de Lei 8.058/2014, em seu artigo 7º, prevê que se o pedido envolver o mínimo existencial assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, é possível a concessão de tutela antecipada, nos termos do Código de Processo Civil⁶³.

Assim, apesar de nem sempre demandar esta análise, o estudo do mínimo existencial é importante para que, em um conflito complexo, as partes possam compreender, de forma mais clara, todos os aspectos do conflito, permitindo a sua melhor solução.

⁶² O *caput* deste dispositivo permite a antecipação da tutela nos casos em que o pedido envolver o mínimo existencial. Ressalte-se, também que o artigo 1º, inciso III prevê o mínimo existencial como um dos princípios pelos quais o controle de políticas públicas deve reger-se. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, e LUCON, Paulo Henrique, Políticas Públicas. Projeto de Lei n. 8.058/2014 – Considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 609-650).

⁶³ “Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º”.

3.2.2 Reserva do possível

Outro limite à intervenção do Judiciário é a reserva do possível, igualmente de origem alemã⁶⁴. Por esta teoria, a efetividade dos direitos fundamentais sociais dependeria de recursos por parte do Estado e estes seriam escassos, não sendo possível garantir de forma plena todos os direitos a todas as pessoas.

Esta tese é usualmente alegada pela Fazenda Pública, principalmente nos casos de tutela de direitos sociais. Não se nega que os direitos denominados de primeira dimensão também custam para o Estado, mas os sociais impõem claramente custos maiores, exigindo maiores esforços da Administração Pública para a sua implementação⁶⁵.

Pela reserva do possível, as necessidades são infinitas, especialmente diante da enorme quantidade de direitos protegidos pela Constituição Federal, mas os recursos são escassos, não sendo possível atender a todas as demandas, de modo que cabe ao Administrador realizar as denominadas “escolhas trágicas”, conforme analisado por Guido Calabresi e Philip Bobbitt, que concluíram que o responsável pela alocação dos escassos recursos estava fadado à realização de escolhas trágicas, porque sempre alguém ficaria à míngua da política eleita, deixando de receber aquilo que lhe era devido⁶⁶.

É o que amplamente se utiliza o brocardo de que o “cobertor é curto”. A mera alegação de ausência de recursos, no entanto, não é suficiente para se afastar a condenação

⁶⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 232.

⁶⁵ Virgílio Afonso da Silva explica que, “ao contrário do que sustentam Abramovich e Courtis, direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*. Isso porque os mesmos gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sunstein apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança. A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos. O mesmo vale para os gastos com a manutenção de instituições judiciárias. Diante disso, esses “gastos institucionais”, que são diluídos na efetivação de *qualquer tipo de direito*, devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593).

⁶⁶ SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. São Paulo: Juruá, 2016, p. 206.

do Poder Público⁶⁷, devendo este comprovar as suas alegações através de provas documentais contundentes.

Diante da existência de dois limites aparentemente antagônicos, já que um prevê a garantia de um mínimo para a vida digna e o outro propõe que não há recursos suficientes para a garantia dos direitos sociais, a jurisprudência passou a decidir que a Fazenda Pública não poderia alegar a reserva do possível no caso de tutela de direitos relacionados ao mínimo existencial, já que este seria o piso⁶⁸. Conforme ensina o douto professor Kazuo Watanabe:

A tese da justiciabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, limitado ao “**mínimo existencial**”, pode parecer, à primeira vista, muito restritiva. Não o será, porém, se se adotar, na conformidade da posição acima explicitada, o entendimento prestigiado pela jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, de que em relação ao “**mínimo existencial**” não é invocável pelo Estado a cláusula da “**reserva do possível**”⁶⁹ (destaques no original).

Isto porque a escassez não pode servir para que sejam tolhidos direitos, mas apenas racionalizar sua entrega. Deve haver uma correta e eficiente alocação de recursos disponíveis. Em relação aos demais direitos sociais que não estejam abarcados no conceito do mínimo existencial, a reserva do possível poderia servir de parâmetro, lembrando, no entanto, que mera alegação de ausência de recursos não é suficiente para se afastar a condenação do Poder Público, devendo este comprovar as suas alegações através de provas documentais contundentes. E mesmo que assim demonstre, Ada Pellegrini Grinover ainda defende que isso não conduzia automaticamente à rejeição do pedido, podendo haver o seu mero diferimento, por exemplo⁷⁰.

Para Oswaldo Canela Junior⁷¹, o Poder Judiciário tem o compromisso exclusivo com a realização dos direitos fundamentais, de modo que, comprovada a lesão ao direito, não pode a questão econômica paralisar sua atividade declaratória e condenatória. Eventuais

⁶⁷ Existem autores que defendem a impossibilidade de alegação da reserva do possível. Oswaldo Canela defende que de que a alegação da reserva do possível estaria ligada à noção de Estado Liberal não se coadunaria com os ideais de programação e intervenção social, típicos do Estado Social. Isto porque a insuficiência de recursos não pode constituir elemento de estagnação na concessão de direitos fundamentais, mas vetor de condutas para o Poder Público conseguir recursos para tanto. Se isto não é feito, deve o Judiciário intervir para que os objetivos sejam alcançados. (CANELA, Oswaldo. *O orçamento e a “reserva do possível”*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 233).

⁶⁸ Como determinou a ADPF 45-9, STF.

⁶⁹ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional de políticas públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.), op. cit., p. 218, 219.

⁷⁰ WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 138.

⁷¹ Canela Junior, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Tese de Doutorado. FDUSP – 2009, fls. 83.

questões orçamentárias devem ser analisadas no âmbito da execução. Quanto ao eventual impacto orçamentário, o autor aponta que caberá aos agentes públicos promover o necessário rearranjo contábil para a harmonização financeira.

Obviamente que a alegação da reserva do possível só pode ser apontada diante da inexistência de recursos suficientes, sendo incabível a sua alegação quando existem possibilidades financeiras de cumprimento da obrigação⁷². Com efeito, no tocante à questão carcerária, conforme será analisado, a reserva do possível é uma contumaz alegação da Fazenda Pública. No entanto, conforme analisado na medida cautelar da ADPF 347, verificou-se que, na realidade, existem verbas no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, mas os recursos estão sendo contingenciados, já que não existe vontade política para a implementação de políticas públicas referente ao tema⁷³.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014, já citado, também prevê a necessidade de o poder público comprovar a ausência de recursos:

Art. 6º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado:

- I – o planejamento e a execução existentes;
- II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação;
- III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção;
- IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;
- IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Assim, a mera alegação, sem qualquer demonstração fática e econômica, não é suficiente para afastar o pleito. A professora Ada Pellegrini Grinover ainda ressalta que, mesmo diante da insuficiência de recursos, o julgador deve determinar que seja inserida a verba necessária para a implementação da política pública no orçamento seguinte, cabendo ainda, a condenação de obrigação de fazer no caso de descumprimento⁷⁴.

⁷² Marco Antonio da Costa Sabino assim aponta que, “é preciso que se faça um importante esclarecimento: toda a discussão a respeito da aplicação da cláusula da *reserva do possível* se faz assumindo situações em que, de fato, o Estado não disponha de recursos financeiros para adjudicar ao jurisdicionado o direito postulado. Se esses recursos existem e há omissão estatal que permita a intervenção judicial em assuntos típicos dos Poderes majoritários, então jamais se haveria falar em reserva do possível” (SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**, São Paulo: Juruá, 2016, p. 214).

⁷³ STF. Medida Cautelar da ADPF 347, p. 31. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 11 abr. 2016.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1.ed., 2011, p. 48.

3.2.3 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Além dessas duas teorias, um importante limite à atuação do Poder Judiciário é a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

As regras servem para solucionar ou diminuir problemas de conhecimento, custos de deliberação e controle de poder e constroem o intérprete e a atividade do destinatário quanto ao conteúdo que ele deve obedecer. Já os princípios servem de flexibilidade e abertura. Quando o legislador não tem uma decisão sobre o conflito de valores ou não deseja que seja previamente estabelecido, deixa um ideal de coisas para que seja solucionado pelo intérprete por meio dos princípios.

Enquanto o embate entre regras é resolvido no plano da validade, o conflito entre princípios cinge-se ao plano da eficácia, sendo que um dos critérios para auxiliar na resolução destes conflitos é justamente a utilização do princípio da proporcionalidade, de origem alemã, que surge como instrumento de limitação de excessos do poder público.

Este apresenta três postulados que o regem, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, também denominada de pertinência ou aptidão, determina que qualquer medida restritiva deve ser idônea ao fim que se busca atingir.

O segundo postulado é a necessidade, que se relaciona com a relação dos meios para se atingir um fim, devendo-se verificar se referida medida é imprescindível para se obter o resultado pretendido e que não possa ser substituída por outra menos gravosa.

Por fim, o último postulado é o da proporcionalidade em sentido estrito que se refere à própria ponderação dos interesses em colisão. Deve-se verificar se o bem sacrificado é de maior ou menor peso em relação ao outro. Por fim, alguns doutrinadores incluem a razoabilidade neste último postulado. Outros, no entanto, defendem ser um princípio autônomo, em que é verificado o caso concreto, ou seja, as condições individuais dos envolvidos no conflito.

No tocante à atuação do Judiciário, Ada Pellegrini Grinover assim explica:

Concluiu-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciando, pelo lado

do autor, *a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, *a escolha do agente deve ter sido desarrazoada*⁷⁵.

O magistrado deve, assim, analisar o caso concreto e verificar a razoabilidade da pretensão deduzida e se a escolha do agente foi desarrazoada.

⁷⁵*O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, In O controle jurisdicional de políticas públicas.* coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 137.

4. O PROCESSO PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 O uso equivocado do processo individual para implementação ou correção de uma política pública

Havendo conflitos relacionados a políticas públicas, é necessário analisar os meios processuais utilizados para a sua discussão. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal estabelece a inafastabilidade do poder judiciário e, no sistema atual, há dois tipos de processos que podem ser utilizados para a tutela dos direitos: o individual, regulado primordialmente pelo Código de Processo Civil; e o processo coletivo, que tem como principais diplomas reguladores a Lei nº 7347/85 (“Lei da Ação Civil Pública”) e a Lei nº 8.078/90 (“Código de Defesa do Consumidor”).

No tocante às ações individuais, não existe impedimento legal para a sua utilização visando à discussão de questões relacionadas às políticas públicas. A demanda é proposta por um indivíduo em que a causa de pedir e o pedido são de cunho individual e a sentença produz efeitos apenas em relação às partes do processo. Exemplos muito corriqueiros no Judiciário são as ações individuais requerendo que o Estado forneça medicamentos, tratamentos médicos ou vagas em creches, ou seja, questões relacionadas a políticas públicas.

No entanto, referidas ações não são adequadas para a modificação ou criação de uma política pública, pois a sua tramitação não compreende o litígio macro que existe no tocante às políticas públicas, além de aumentar o número de processos no Poder Judiciário, reduzindo, em razão disso, a eficiência e celeridade da prestação jurisdicional⁷⁶. Além disso,

⁷⁶ Conforme aponta Sérgio Cruz Arenhart, “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” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 476).

o indivíduo que consegue a pretensão judicialmente, muitas vezes, “fura” filas existentes administrativamente, causando uma verdadeira desigualdade em relação aos que não se socorreram judicialmente⁷⁷. Na verdade, as ações individuais acabam privilegiando aqueles que estão em condições menos desfavoráveis. Gastos resultantes de sentenças em ações individuais, muitas vezes decorrentes da justiça de misericórdia⁷⁸, atrapalham políticas públicas já estabelecidas diante da existência de uma real escassez de recursos. Além disso, é possível que, para a mesma situação fática, sejam tomadas diferentes decisões com base em diferentes interpretações acerca do ordenamento jurídico em vigor, incentivando a atomização das demandas, que deveriam ser tratadas de maneira molecularizada⁷⁹.

Os direitos sociais são coletivos e, apesar de apresentarem a característica de exigibilidade, que pode ser individual, tal fato não pode significar a prestação do direito a um e não há outro titular, pois há também o caráter de universalidade dos direitos sociais, o qual deve ser observado não apenas pelo administrador, mas, também pelo Poder Judiciário na tomada da decisão.

Assim, as ações individuais, apesar de serem utilizadas, não incidem, por si só, sobre políticas públicas. Só podem influenciar indiretamente, no sentido negativo, pois tiram recursos destinados à implementação de políticas públicas ou positivamente, pois ações individuais repetitivas podem induzir o Poder Público a implementar a política pública⁸⁰.

⁷⁷ Neste sentido explica Edilson Vitorelli, “com palavras simples, uma mãe de aluno, entrevistada em busca de vaga em creches, relatou a situação: Já Taíza Azevedo decidiu procurar a defensoria por orientação da própria diretora da creche em que busca uma vaga. “Tem dois anos que estou esperando uma vaga”, relata. Taíza se surpreendeu: seu filho estava em quinto lugar na fila de espera, mas ao acessar o endereço on-line da Prefeitura, o garoto tinha caído para a 27ª posição. A diretora da creche falou para mim que eu tinha que estar vindo aqui (na defensoria pública), porque as mães que vêm aqui, os filhos vão para a frente da fila, então estou aqui, na luta. Fica claro que as milhares de ações individuais estão servindo apenas para substituir as crianças que ingressariam nas creches pelo critério administrativo regular, por outras que não obedecem a critério algum. Quando problemas estruturais são tratados em processos individuais, quaisquer critérios de prioridade colapsam em um “quem chega primeiro”. Quem busca a jurisdição primeiro será atendido. Há, portanto, apenas uma ilusão de vitória. Só se ganha no processo, não na solução do problema” (VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo, vol. 284/2018, p. 333-369, out/2018).

⁷⁸ Conforme explica Sabino, “A feliz expressão *justiça de misericórdia* foi cunhada por José Reinaldo Lima Lopes justamente para tratar da distorção causada por decisões judiciais que, mais que razões jurídicas ou de boa técnica, levam em conta os apelos do demandante. O professor desta Faculdade apontou que esse tipo de expediente tem fértil lugar nas ações individuais, em que certa pessoa, isoladamente, dirige-se ao magistrado para obter o tratamento que pretende” (SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. São Paulo: Juruá, 2016, p. 138).

⁷⁹ Expressão cunhada por Kazuo Watanabe. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 8. ed., 2005, p. 787.

⁸⁰ Cite-se, como exemplo, o caso da AIDS, em que a propositura de diversas demandas individuais contribuiu para a mudança da política pública do Estado. Conforme destaca Virgílio Afonso da Silva ao discorrer sobre o caso, “como se percebe, a realização dos direitos sociais e econômicos, por depender da implementação de

Conforme analisado, a política pública é definida com um programa, consistente em um conjunto de ações coordenadas para a concretização de um direito previsto pelo ordenamento jurídico. Assim, sua realização depende de um planejamento prévio do Poder Executivo, em que verificará as áreas necessárias de atuação, as despesas decorrentes e as prioridades em cada área, já que não há recursos para todas as necessidades. Conforme afirma Marco Antonio da Costa Sabino:

Além disso, como visto, o planejamento público compreende PPA, LOA e LDO, todas de iniciativa do Poder Executivo, que já as desenha sabendo quais são as diretrizes, objetivos e metas da Administração para os programas de duração continuada, como são as políticas públicas. Antes ainda de saber quanto de dinheiro será necessário para custear ações é necessário conhecer quais são essas ações – e isso é tarefa constitucional do Executivo. É nessa linha que a esse Poder cabe o *planejamento tático* das ações administrativas, considerando o equilíbrio entre receita e despesa, mais o *planejamento operacional*⁸¹.

A multiplicação de ações individuais, pleiteando todos os tipos de direitos, pode influenciar neste planejamento, já que, para cumprir as decisões judiciais e não incidir em sanções, o administrador, invariavelmente, irá retirar recursos de alguma programação para arcar com a despesa.

Neste sentido, em pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), em 2017, sobre as ações coletivas, foi apurado que, no Brasil, as ações coletivas são usadas estrategicamente para a defesa de direitos individuais homogêneos ou mesmo só de direitos individuais. No tema saúde, por exemplo, não houve sequer uma ação que pretendesse reforma estrutural da política pública. Segundo o estudo, o principal problema dessa estratégia é que ela distorce um instrumento voltado à defesa de direitos coletivos em sentido estrito ou difusos, enfraquecendo as possibilidades de diálogo e mobilização da sociedade. A ampliação da publicidade da tutela coletiva é apontada como uma possível solução para esse problema. Além disso, na visão dos magistrados entrevistados, existe certa primazia da tutela individual sobre a coletiva, sendo que 62% responderam que ações individuais têm mais chance de sucesso do que as coletivas⁸².

políticas públicas, é tarefa que depende sobretudo do governo e das pressões da sociedade civil mobilizada” (SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 392).

⁸¹ SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. São Paulo: Juruá, 2016, p. 94.

⁸² A pesquisa “ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva” foi custeada pelo CNJ e desenvolvida pela Sociedade Brasileira de Direito Público, integrando 2ª edição da série Justiça Pesquisa, do Conselho Nacional de Justiça. O estudo, realizado em 14 tribunais de diferentes estados e ramos de Justiça

Assim, apesar de poder ser utilizada para a adjudicação de um direito individual, o processo individual não é o meio adequado para a modificação de uma política pública⁸³, especialmente no tocante aos litígios estruturais⁸⁴.

A questão é bastante problemática, já que nos termos do artigo 104 da Lei nº 8.078/90, as ações coletivas que discutam direitos difusos e coletivos não induzem litispendência para as ações individuais, prevendo o dispositivo que, apenas no caso de não requerimento de suspensão no prazo de trinta dias, a contar da efetiva ciência do ajuizamento da ação coletiva, a coisa julgada não beneficiará os autores da ação individual.

Pela Lei nº 8.078/90, a suspensão da ação individual só poderia ocorrer caso o autor desta assim desejasse, o que não acontecia muito na prática, até porque as ações individuais costumam ser julgadas com mais rapidez, havendo mais sucesso na pretensão⁸⁵.

buscou traçar um desenho sobre a tutela coletiva em seus diversos aspectos, quais sejam, de formação de demandas, adjudicação e, por fim, execução de sentenças. Para a pesquisa, foram utilizados banco de dados, survey e entrevistas. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-acoecoletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>, acesso em 10/05/2019.

⁸³ Muito interessante a conclusão de Susana Henriques da Costa ao analisar a litigância individual na questão das vagas de creches no Município de São Paulo. A autora aponta que, “diante do desenho institucional e da dinâmica de funcionamento do Judiciário brasileiro, chega-se a uma situação paradoxal trágica: o tratamento judicial individualizado da litigância sobre a educação infantil é restrito a parcela ínfima do conflito (acesso à justiça procedimental), porém, é qualificadamente eficiente na garantia de direito. Sob a perspectiva do acesso à justiça substancial, porém, não tem potencial de resolução do macro lide e acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito à creche e pré-escola somente àquele que consegue ultrapassar as barreiras do acesso à justiça procedimental. Logo, para fazer cumprir os mandamentos constitucionais de alguns (direitos sociais), o Poder Judiciário, no tratamento individualizados de demandas, acaba se transformando em gerador de desigualdades sociais” (COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 464).

⁸⁴ Durante a tramitação do Novo Código de Processo Civil, inseriu-se importante inovação no artigo 333, que permitia a conversão da ação individual em coletiva que veiculasse pedido que: I – tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II- tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. Seria uma grande chance para se tentar, de alguma forma, melhorar o problema da grande litigiosidade em casos de ações pseudoindividuais e individuais com efeitos coletivos, que apenas pioram a prestação jurisdicional ao possibilitar decisões diversas, o que não contribui para a isonomia. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, p. 60).

⁸⁵ Susana Henriques da Costa, ao tratar da questão das vagas em creches em São Paulo, aponta que “esses primeiros anos de experiência revelaram um padrão decisório do Judiciário Paulista muito mais propício ao acolhimento de demandas individuais (p.ex. pedido de vaga em creche) ou mesmo de demandas coletivas voltadas à concessão de tutelas jurisdicionais clássicas (p. ex. vedação à cobrança de taxas ou proibição de extinção de classes. Nesses casos, o conflito pode ser equacionado pela moldura processual tradicional bilateral (Caio x Tício), com provimentos voltados a restaurar situações passadas. Em casos em que o Judiciário teve que enfrentar conflitos efetivamente plurilaterais, pedidos de provimento futuros, buscando a alteração da realidade social, constatou-se a presença de vários entraves jurídico-processuais, institucionais e culturais, que muitas vezes e, por muito tempo, culminaram com a extinção reiterada de processos, sob argumento de impossibilidade jurídica do pedido por discricionariedade administrativa” (COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de

No entanto, em 2018, o Superior Tribunal de Justiça, diante da celeuma decorrente das inúmeras ações individuais em diversas questões, no Tema 923, decidiu pela possibilidade de suspensão das decisões individuais pelo próprio magistrado e, independentemente da vontade do autor, durante o aguardo do julgamento da ação coletiva⁸⁶, o que se coaduna com o atual regramento processual⁸⁷.

São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 456-457).

⁸⁶ “Ementa: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO POR SUPOSTO DANO AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE ADRIANÓPOLIS. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EVENTO FACTUAL GERADOR COMUM. PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS MASSIFICADAS. EFEITOS DA COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À REPARAÇÃO DOS DANOS INDIVIDUAIS E AO AJUIZAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. CONVENIÊNCIA DA SUSPENSÃO DOS FEITOS INDIVIDUAIS. EXISTÊNCIA.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: Até o trânsito em julgado das Ações Civis Públicas n. 5004891-93.2011.4004.7000 e n. 2001.70.00.019188-2, em tramitação na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba, atinentes à macrolide geradora de processos multitudinários em razão de suposta exposição à contaminação ambiental decorrente da exploração de jazida de chumbo no Município de Adrianópolis-PR, deverão ficar suspensas as ações individuais.

2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(RESP nº 1.525.327-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 12 de dezembro de 2018).

Ressalte-se que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não foi reconhecida a repercussão geral do Tema 675, sobre a possibilidade de suspensão da ação individual em razão da ação coletiva por entender o Relator, Ministro Teori Zavascki que se tratava de matéria infraconstitucional.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SUSPENSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL EM RAZÃO DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A MESMA FINALIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-A DO CPC). 1. A controvérsia a respeito da viabilidade da suspensão de ação individual, por força de propositura de ação coletiva é de natureza infraconstitucional não havendo, portanto, matéria constitucional a ser analisada (AI 830.805-AgR/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 23.5.2012; ARE 642.119-AgR/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 15.3.2012; AI 807.715-AgR/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 25.11.2010; AI 789.312-AgR/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 25.10.2010). 2. Não há violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por suposta omissão não sanada pelo acórdão recorrido ante o entendimento da Corte que exige, tão somente, sua fundamentação, ainda que sucinta (AI 791.292 QO-RG/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 13.8.2010), nem ao seus incisos II, XXXVI, LIV e LV, em razão de necessidade de revisão de interpretação de norma infraconstitucional (AI 796.905-AgR/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 21.5.2012; AI 622.814-AgR/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 08.3.2012; ARE 642.062-AgR/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 19.8.2011). 3. A matéria infraconstitucional utilizada como razão de decidir pelo acórdão recorrido tendo sido confirmada, definitivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça, torna-se imutável e, sendo suficiente para sua manutenção, faz incidir o óbice da Súmula/STF 283. 4. Norma definidora de princípios fundantes da República, por ser disposição demasiado genérica, é insuficiente para infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido. 5. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJe de 13.3.2009). 6. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC. (ARE 738109 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 26/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 06-11-2013 PUBLIC 07-11-2013)”

⁸⁷ O Código de Processo Civil prevê a possibilidade de suspensão das ações coletivas ou individuais em algumas hipóteses, como no caso da instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigo 982, I), reconhecimento de repercussão geral (artigo 1.035, §5º) e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo (artigo 1.036, §1º).

4.2 O processo coletivo

O processo coletivo surge para tutelar conflitos que, diante de certas peculiaridades, não conseguem mais ser tutelados adequadamente pelo processo civil tradicional⁸⁸. Tais litígios, conforme aponta Mauro Cappelletti, não seriam nem privados, pois transcendem o indivíduo, nem públicos, pois nem sempre se referem a uma pretensão frente ao Estado, constituindo um *tertium genus*⁸⁹.

O Brasil possui microssistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos que começou com a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), sendo incrementado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e completado pela Constituição Federal de 1988, que trouxe, ainda, a garantia do amplo acesso ao Judiciário, e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 9.078, de 11 de setembro de 1990).

Este microssistema trouxe disposições visando adaptar o processo da melhor forma para os conflitos que se apresentavam, ao dispor sobre questões relacionadas à legitimidade, à coisa julgada, à existência dos corpos intermediários, às questões relacionadas à conexão e litispendência entre os processos individuais e coletivos, dentre outros assuntos⁹⁰.

A ação coletiva para a defesa dos direitos transindividuais ou ação coletiva genérica⁹¹ é proposta por um dos legitimados previstos no artigo 5º da Lei nº 7.347/85 ou

⁸⁸ Ada Pellegrini Grinover ressalta que os estudos sobre o tema iniciaram na Itália nos anos 70, em que, “Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, n.97, São Paulo, jan-mar, 2000, p. 9-10).

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Ensaio sobre a Processualidade**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, p. 41-42.

⁹⁰ Conforme destaca Ada Pellegrini Grinover, “muitos são os méritos do processo coletivo brasileiro, mas ainda há dificuldades na sua aplicação. Assim, por exemplo, dúvidas e problemas surgem sobre a natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), a competência concorrente (que tem como consequência a proliferação de demandas, chegando a questão ao STJ só para resolver conflitos de competência), a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a coexistência de ações individuais e coletivas, a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações e à multiplicação de decisões contraditórias), o controle difuso da constitucionalidade, a possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no polo passivo da demanda (GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 56).

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Ensaio sobre a processualidade**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, fls. 43.

artigo 82 do CDC, tendo como objeto a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos⁹². Os interesses difusos são aqueles transindividuais que pertencem a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, não sendo possível especificar os titulares destes interesses. São indivisíveis, já que uma lesão a esse direito atinge todos os titulares, e o afastamento da ameaça ou a reparação do dano causado beneficia a todos, mesmo que em graus e intensidades diferentes. O liame que liga os titulares decorre de elementos fáticos, não sendo necessária a existência de qualquer vínculo jurídico. Assim, basta que as pessoas se encontrem na situação prevista pela norma para terem a proteção.

Por sua vez, os interesses coletivos também apresentam como característica a indivisibilidade do objeto, de modo que a violação ao direito atinge a todos, mas os seus titulares são determinados ou determináveis, pertencendo a um grupo, categoria ou classe. Além disso, os interesses são formados em função de um vínculo jurídico preexistente que une o grupo lesado. Conforme se verifica, tanto os direitos difusos quanto os coletivos apresentam objeto indivisível, diferenciando-se, no entanto, em relação ao vínculo formado entre eles.

Por fim, os interesses individuais homogêneos são classificados como acidentalmente coletivos, pois são direitos individuais tratados de forma coletiva. Realmente, os interesses envolvidos são divisíveis, de modo que a lesão sofrida por cada titular pode ser reparada na proporção de sua ofensa. Em razão disso, é possível determinar os lesados envolvidos, por apresentarem como característica a origem comum.

A doutrina costuma denominar os dois primeiros como “essencialmente coletivos”, principalmente em razão da indivisibilidade do objeto, enquanto que os individuais homogêneos, como “acidentalmente coletivos”, tendo em vista que são interesses

⁹² Apesar de o conceito consagrado, Edilson Vitorelli critica a classificação e sugere uma nova categorização dos litígios transindividuais, dividindo-os em litígio coletivo local, global e irradiado. O local seria aquele que, embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas. Por sua vez, os litígios globais são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõem. Apresentam baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo. Por fim, os conflitos irradiados representam 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, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284/2018, p. 333-369, out/2018).

individuais com objeto divisível, mas que, por questões práticas, podem ser defendidos pela tutela coletiva.

O processo coletivo foi um avanço muito importante para a tutela de interesses de massa, permitindo a sua proteção tanto em situações em que o objeto é indivisível quanto em ocasiões em que a lesão é tão ínfima individualmente que não valeria a pena ingressar com uma demanda individual. Antonio Gidi⁹³ explica que a ação coletiva tem como um dos objetivos o acesso efetivo à justiça, já que permite a proteção de lesões de reduzido valor financeiro ou até mesmo lesões sem repercussão financeira imediata, como no caso de aquisição de produtos sem informações corretas. Além disso, a ação coletiva visa à proteção de interesses de pessoas hipossuficientes e minorias oprimidas da sociedade, além de interesses de pessoas temerosas de enfrentar o responsável pela lesão, com medo de sofrer represálias.

Neste sentido, o processo coletivo se mostra o meio mais adequado para o controle judicial de políticas públicas, especialmente no tocante à reforma estrutural, que demanda mudanças nos arranjos institucionais e nas organizações sociais⁹⁴.

No próximo capítulo, serão analisados os conflitos estruturais e como os mecanismos processuais existentes podem ser utilizados para a sua solução.

⁹³ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 29/32.

⁹⁴ FISS, Owen. As formas da justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 119/173.

5. PROCESSO ESTRUTURAL

Nos capítulos anteriores analisou-se o acesso à ordem jurídica justa, a possibilidade de intervenção do Judiciário em políticas públicas e o meio judicial utilizado para tanto.

Neste capítulo, estudar-se-á, dentre os vários conflitos ligados à implementação ou correção de políticas públicas, os denominados estruturais, que devem ser compreendidos a partir de suas origens nos Estados Unidos, com a ideia da *structural injunctions* e, com base nessas linhas, serão analisados alguns aspectos relacionados à sua adequada solução.

5.1 Origens – Caso *Brown vs Board of Education*

O julgamento *Brown vs. Board of Education* é um caso paradigmático da jurisprudência norte-americana que discutiu o controle da constitucionalidade e o papel das Cortes nos conflitos da sociedade. Neste processo, foram adotadas diversas medidas estruturais, visando à resolução do problema, em que apenas uma simples decisão judicial não seria o suficiente.

Para entender o caso, é necessário contextualizá-lo. Na década de 60, vigia nos Estados Unidos a doutrina do *separated but equal* (em tradução livre, “separados, mas iguais”). Esta segregação racial foi declarada constitucional no caso *Plessy v. Ferguson*⁹⁵.

⁹⁵ Este caso trata de um pleito proposto por um jovem de 20 anos, chamado Homer Plessy, cidadão dos Estados Unidos e residente no Estado da Louisiana, que era mestiço, na proporção de 7/8 branco e 1/8 negro. Em 07 de junho de 1892, ele comprou uma passagem de primeira classe e tentou se sentar no vagão destinado a pessoas brancas. Ao ser descoberta a sua origem, lhe foi pedido que ocupasse outro assento, no vagão destinado a pessoas negras. O jovem se recusou e, em razão disso, foi retirado do trem e preso. *Plessy X Ferguson*. 163 U.S. 537, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>, acesso em 31/05/2018. Destaca-se, também, o caso o caso *Dred Scott v. Sandford* (1857). Dred Scott era um escravo de uma família de Sandford, local em que era permitida a escravidão. No entanto, Scott também trabalhara em localidades em que a escravidão já era proibida. Em razão disso, ingressou com ação na Corte Federal para que fosse declarado um cidadão livre. A Suprema Corte apontou que a ação não poderia ser aceita por não poder considerá-lo cidadão. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>. Acesso em 31 mai. 2018.

Assim, a própria Suprema Corte chancelava referida posição, que permaneceu por muito tempo, permitindo a segregação em praticamente todos os serviços públicos. No entanto, o dinheiro investido para cada grupo era diferenciado, de modo que os serviços públicos oferecidos para os negros não eram de qualidade igual em relação aos prestados aos brancos⁹⁶. Assim, “não era possível estar em situação de igualdade, mas ao mesmo tempo separados”⁹⁷.

No início da década de 50, entre 1951 e 1952, cinco casos envolvendo a matéria em questão foram distribuídos⁹⁸, sendo a Suprema Corte instada a se manifestar sobre a situação. Um deles tratava de uma criança negra, Linda Brown, que precisava atravessar toda a cidade de Topeka a pé, no Estado de Kansas, para chegar à escola pública destinada aos negros. Havia diversas escolas públicas perto de sua casa, mas todas eram reservadas apenas às crianças brancas. Tendo em vista a negativa do pedido de transferência pelas autoridades locais, Brown ajuizou uma ação contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education*) para que lhe fosse permitido estudar perto de sua residência.

Em 17 de maio de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por unanimidade, declarou que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional, por violar o princípio da isonomia, por meio da interpretação da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos⁹⁹, invalidando as leis estaduais e locais que permitiam a existência de escolas separadas para brancos e negros.

⁹⁶ Conforme explica Mariela Puga, “cuando estas reglas segregacionistas se aplicaban en las instituciones públicas, permitían, entre varias otras cosas, la implementación de políticas públicas diferenciadas racialmente. De tal forma que ciertas instituciones estratégicas, como las escuelas públicas para niños negros, por ejemplo, pronto estuvieran mucho peor financiadas que las escuelas públicas para blancos, gerando abrumadoras diferencias en la calidad del servicio educativo para los niños de diferentes razas. Hacia 1915 el gasto *per capita* en estudiantes blancos en Carolina del Norte era casi tres veces mayor que en los estudiantes negros; en Alabama era de seis veces más, y en Carolina del Sur era doce veces mayor”. **Litigio Estructural**. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Registro en la DNDA: 12/06/2013, p. 65-66).

⁹⁷ JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 577.

⁹⁸ Foram propostas mais quatro demandas contra quatro diferentes Estados (Delaware, Carolina del Sur, Kansas e Virginia). A Corte escolheu o caso Brown, pois os demais eram originados de localidades em que o racismo era mais acentuado, em que, na visão dos julgadores, seria mais difícil a aplicação das medidas. (JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 574).

⁹⁹ Redação da 14 emenda: “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

Esta decisão provocou um grande impacto na sociedade norte-americana, permitindo que os negros pudessem frequentar as mesmas escolas dos brancos. Foi um marco para o fim da segregação racial. No entanto, a mera declaração de inconstitucionalidade não era suficiente, já que deveriam ser tomadas medidas para a concretização da decisão, que mudava radicalmente toda uma cultura impregnada na sociedade. Toda uma estrutura precisava ser modificada, com exigência de novos procedimentos para escolha dos alunos; novos critérios de construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes público para acomodar novas rotas; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização, entre outros¹⁰⁰.

A mera sentença judicial determinando algo, principalmente em litígios estruturais, não é suficiente. Tanto que houve dificuldades na concretização de tal decisão¹⁰¹. Como dar condições para que uma criança negra frequentasse a escola reservada aos brancos sem sofrer discriminação? A simples decisão não modifica toda uma estrutura da sociedade, não apenas no tocante à legislação, mas também em relação à cultura e ao comportamento. Muitas vezes, inclusive, “a imposição de uma decisão judicial acaba, por si só, trazendo prejuízos ao plano social, por não estar o cidadão ainda preparado para o cumprimento daquele determinado comando decisional”¹⁰². No entanto, toda decisão de um tribunal, de alguma forma, acaba repercutindo na sociedade, mesmo que os efeitos fiquem restritos apenas ao caso concreto.

Tanto que em 1955, a Corte reuniu-se novamente para analisar o caso, o que ficou conhecido como o caso *Brown vs Board of Education II*, em que se visou analisar as resistências ocorridas em relação à decisão. Assim, decidiu-se que o cumprimento da ordem deveria ser realizado pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais. Foi proferida uma decisão

jurisdiction the equal protection of the laws". Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>. Acesso em 03 jul. 2018.

¹⁰⁰ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coord. tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 26.

¹⁰¹ Conforme explica Owen Fiss, “As cortes tiveram que superar a mais intensa resistência e, ainda mais problematicamente, precisaram intervir e reestruturar organizações de grande porte, os sistemas de educação pública. O imaginário era rural e individualista – a criança negra entrando em uma escola composta inteiramente por crianças brancas, mas a realidade era claramente burocrática, especialmente em meados dos anos 60, quando o foco, e a nação, de um modo geral, mudou para os centros urbanos (FISS, Owen, op. cit., p. 26).

¹⁰² JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 92.

mais flexível, já que os planos demandariam tempo, precisando se adaptar às peculiaridades de cada local. Owen Fiss ressalta que “pressionado pelas forças das circunstâncias, o judiciário federal transformou a medida liminar tradicional em uma ferramenta para gerenciar esse processo reconstrutivo”¹⁰³.

5.2 A utilização das *structural injunctions* e a necessidade de adaptação do papel do Judiciário

No início, não havia um planejamento detalhado de como a medida seria implementada. Tendo os juízes federais recebido da Suprema Corte as ordens para agirem, passaram a analisar o que era necessário fazer, ajustando as formas do procedimento tradicional para tanto. Utilizaram para isto as *injunctions*, ordens judiciais que estabelecem obrigações de fazer ou não fazer¹⁰⁴. Conforme afirma Owen, “a legitimidade foi igualada à necessidade e, nesse sentido, o procedimento tornou-se dependente da substância”¹⁰⁵.

A forma utilizada nesse julgamento permitiu a construção das bases para a ideia das *structural injunctions* como um instrumento mais flexível de solução das controvérsias. Conforme explica Owen Fiss:

Contrariamente, o foco da reforma estrutural não é direcionado para transações ou incidentes particulares, mas para as condições da vida social e para o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições. O que é crucial não é o fato da criança negra ser rejeitada em uma escola de brancos ou o ato individual de brutalidade policial. Esses incidentes podem desencadear a ação judicial e, também, ter significado probatório: prova de um “padrão ou prática” de racismo ou ilegalidade. Todavia, a questão principal do processo ou o foco da investigação judicial, não são esses incidentes, os quais são eventos particularizados e isolados, mas, sobretudo, uma condição social que ameaça

¹⁰³ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. Quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 25.

¹⁰⁴ Edilson Vitorelli aponta que “embora já existissem há muito tempo no sistema norte-americano, sendo originárias das cortes de *Equity*, as *injunctions* foram pouco utilizadas na primeira metade do século XX, em razão dos entendimentos jurisprudenciais restritivos então vigentes. Na era pós-*Brown*, elas se tornariam o principal instrumento para determinar que os servidores públicos encarregados da organização escolar adotassem comportamentos tendentes à desagregação, em meio à forte resistência política e popular em algumas localidades. As *injunctions* emitidas nesse contexto de afirmação de direitos fundamentais (*civil rights*), ou seja, de direito público (*public law litigation*), foram denominadas por Owen Fiss *civil rights injunctios*” (VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 376).

¹⁰⁵ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coord. tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 27.

importantes valores constitucionais e a dinâmica organizacional que cria e perpetua tal condição¹⁰⁶.

Owen Fiss, ao definir o que seriam as *injunctions*, afirma que elas poderiam ser diferenciadas em *interlocutory* ou *final injunction* (ordem liminar ou final) ou em *mandatory* ou *prohibitory injunction* (ordem de fazer ou não fazer), e propõe também outras três categorias: a *preventive injunction*, que visa proibir que algum ato ocorra no futuro; a *reparative injunction*, que tem como finalidade corrigir uma conduta; e, a *structural injunction*, que, ao contrário das anteriores, busca efetivar a reorganização de uma instituição social, como ocorreu no sistema educacional e em outros setores, como no sistema de saúde e sistema carcerário¹⁰⁷. Tradicionalmente, a *injunction* era utilizada como um instrumento preventivo. Com a proteção dos direitos civis, este instrumento passa a ser utilizado para a correção dos efeitos de um passado errado, ou seja, para eliminar uma conduta equivocada.

Cada *injunction* será utilizada conforme o caso concreto. Nos litígios estruturais, diante da gama de interesses envolvidos, que demanda uma reconstrução institucional, a *structural injunction* mostra a mais apropriada¹⁰⁸. O termo *injunction*, conforme explica Carlos Alberto de Salles, na tradução do livro do professor da Universidade de Yale, “não encontra correspondente exato no sistema brasileiro. No sistema norte-americano, a *injunction* consiste em uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente, tal medida judicial possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros. No caso, a expressão *civil rights injunction*, traduzida para *injunction* de direitos civis, foi cunhada e popularizada pelo autor para designar aquelas medidas judiciais utilizadas para dar efetividade a direitos civis ameaçados ou desrespeitados”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coord. tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 42.

¹⁰⁷ FISS, Owen. **The Civil Rights Injunction**. Disponível em <https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/injunction.pdf>. Acesso em 14 jul. 2018.

¹⁰⁸ Conforme apontam Marco Félix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha, “De acordo com Owen Fiss, a partir da publicação da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, do caso *Brown v. Board of Education* em 1954, surgiu uma nova forma de *adjudication*, a qual se perpetuaria pelo nome de *structural reform*. O professor de Yale propôs dois modelos de *adjudication* em seu país de origem: o *dispute resolution* e o *structural litigation*. O primeiro trata quase sempre de indivíduos, abarcando todos os valores, cuja ideia é que a *adjudication* sirva para restaurar o status quo do caso, modelo que isola o Judiciário dos demais poderes. Já o *structural litigation* ou as medidas estruturantes, trata de entidades sociológicas ou minorias, visando mais em valores públicos, onde há uma negação que o status quo seja justo, destacando o Poder Judiciário como parte integrante do governo” (JOBIM, Marco Félix; ROCH, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 566).

¹⁰⁹ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coord. tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 164.

Sérgio Arenhart explica que as *structural injunctions* “foram pensadas para lidar como caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas”¹¹⁰. Assim, a sua finalidade não é eliminar um comportamento ilícito, mas reestruturar toda uma estrutura burocrática. Desde então, outros provimentos estruturais já foram utilizados pelos Estados Unidos não apenas no sistema escolar¹¹¹, mas sobre outras questões¹¹².

Seria possível comparar as *injunctions* com a nossa ação mandamental. No Brasil, tradicionalmente, adota-se a classificação trinária dos provimentos jurisdicionais, classificando-os em conhecimento ou declaratório, executivo e cautelar, sendo o primeiro subclassificado em meramente declaratório, constitutivo e condenatório. Há, também, autores que defendem a classificação quinária, como Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva, que inclui, além dos mencionados, o provimento mandamental e o provimento executivo *lato sensu*, que, para o professor Kazuo Watanabe, são efetivamente distintos do provimento condenatório, tanto pela própria natureza como pela forma de sua atuação¹¹³.

A *injunction* poderia ser entendida como a nossa tutela mandamental, em que se determina a realização de algo, não se limitando apenas a condenar. Realmente, em processos como o caso norte-americano, o provimento meramente condenatório não era

¹¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 15. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. Acesso em 21 abr. 2018.

¹¹¹ Sérgio Arenhart discorre sobre o exemplo da gestão dada ao problema das prisões do Arkansas. Segundo o autor, “a questão se inicia pelo julgamento do caso *Holt v Sarver I* (300 F. Sup. 825), em 1969. A partir da inovadora decisão do juiz J. Smith Henley, e reconhecida a inconstitucionalidade do sistema prisional existente naquele Estado, estabeleceu-se várias diretrizes para a humanização dessas prisões, com a obrigação de se apresentar relatórios periódicos a respeito da implementação de tais medidas. Um ano mais tarde, o mesmo magistrado impôs ao comitê prisional do Arkansas a criação de um plano de ação (*Holt v. Sarver II*, 309 F. Supp 363), seguindo-se ainda outras ordens, na tentativa de evitar o emprego de medidas inumanas ou penas desmesuradas. Essa discussão sobre as condições dos presídios naquele Estado norte-americano ainda perdurou por aproximadamente doze anos, mas o tratamento dado à questão desde o início demonstra exatamente o cerne da preocupação das decisões estruturais (ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no processo civil brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. Acesso em 21 abr. 2018).

¹¹² Como exemplo, cita-se o caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), que contestava a lei que proibia, no Texas, a realização de aborto. Em 22 de janeiro de 1973, a Suprema Corte considerou a lei inconstitucional e permitiu a realização do aborto. Foi elaborado um calendário para as leis futuras que regulassem a prática do aborto. (JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 74).

¹¹³ Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461, CPC. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 19/1996. p. 77 – 101. Jul – Set/ 1996, p. 78.

suficiente, devendo ser adotadas diversas medidas a serem impostas pelo julgador. Neste sentido, defende Kazuo Watanabe:

Dentro dessa linha evolutiva, que já na Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) se acentuara bastante com a explicitação, no art. 11, de que 'o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor', não se afigura exagerado afirmar-se que o nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da *injunction* do sistema da *common law* e à 'ação inibitória' do direito italiano¹¹⁴.

A mera indenização daqueles que sofreram o ilícito não impediria que as violações continuassem ocorrendo. Assim, eram necessárias medidas mandamentais que permitissem a reorganização de todo um sistema.

No caso em estudo, além de superar a resistência existente, as Cortes tiveram que intervir para reorganizar todo um sistema educacional, com base nos valores previstos na Constituição, além da necessidade de superar a resistência da própria sociedade. O professor da Universidade de Yale, ao tratar da litigância estrutural, explica que:

A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto deste artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social.

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas¹¹⁵.

Owen Fiss aponta que esta nova forma de litigância estrutural é definida por duas características: a primeira é que as principais ameaças aos valores constitucionais advêm das burocracias do Estado Moderno. Em segundo lugar, para serem eliminadas tais ameaças, as

¹¹⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461, CPC. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 19/1996. p. 77 – 101. Jul. – Set./ 1996, p. 80.

¹¹⁵ FISS, Owen. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 25.

organizações precisam ser reestruturadas, sendo que o universo tradicional de medidas judiciais não se mostra adequado.

Neste caso, o foco não é uma decisão ocorrida no passado, mas o que pode ser modificado no futuro em razão de uma omissão ou ineficiência do Estado. O juiz assume um papel importante, como gerenciador de todo o processo. Para Desirê Bauermann,

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 constitucionais¹¹⁶.

5.3 Os conflitos estruturais

Antes de analisarmos o processo, é importante a identificação do que seria um conflito estrutural¹¹⁷ e suas peculiaridades, que demandam um procedimento diferenciado e, se o atual sistema processual poderia ser aplicável para a resolução desta tipologia de conflito.

Os conflitos estruturais, conforme visto, começam a ser estudados a partir da década de 50, tendo como precursor o caso *Brown vs Board of Education*, que diferenciam-se não apenas dos direitos individuais, mas também dos interesses transindividuais genéricos, já que a questão apresentada tem natureza institucional, demandando a atuação de outros poderes estatais.

Neste tipo de litígio, há diversos feixes de conflitos, marcados pela complexidade e pela multipolaridade. Normalmente envolvem diversos aspectos, como no caso da reestruturação do ensino americano, que precisou ser modificado em diversos setores, não bastando apenas a possibilidade de abertura de vagas para estudantes negros estudarem juntos com brancos. Conforme se verifica, estes conflitos não apresentam aspecto bipolar,

¹¹⁶ BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 285.

¹¹⁷ Ressalte-se que existem diversas denominações para essa tipologia de conflitos, dentre eles, estruturais, coletivos, sistêmicos, estratégicos, de interesse público, medidas estruturantes, entre outros. No presente trabalho, será utilizada a denominação “litígio estrutural”.

com caráter retrospectivo e reparatório, marcados pela rigidez formal, mas são mutáveis, de modo que é possível a formação de pretensões futuras em decorrência de modificações fáticas.

Conforme explica Berizonze:

*Tales litigios involucran a grupos o clases de integrantes dispersos y a menudo indeterminados o indeterminables, cuyos reclamos implican poner en debate el funcionamiento de grandes instituciones o servicios públicos – sistemas escolares, establecimientos carcelarios, instituciones de salud mental, de seguridad o asistencia públicos, etc.-, que requerían remedios que debían arbitrar se generalmente a largo plazo*¹¹⁸.

Ada Pellegrini Grinover também ensina como tais conflitos se referem a uma categoria diferenciada.

Conflitos de interesse público ou estratégicos são os que surgem na sociedade em função da impossibilidade ou dificuldade de fruição de direitos fundamentais sociais, de natureza prestacional. Envolvem eles a atuação do Estado, obrigado a prestações positivas, nem sempre cumpridas ou indevidamente cumpridas. Trata-se de conflitos com o próprio Estado, grandes instituições ou serviços públicos – como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana. Derivam daí os litígios de interesse público, desenvolvidos a partir da década dos '50 do século passado no direito norte-americano¹¹⁹.

Por sua vez, Edilson Vitorelli¹²⁰ destaca que os litígios estruturais são aqueles que envolvem “conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante a transformação de uma instituição pública ou privada”. Não se trata de uma mera medida de obrigação de fazer ou pagar, havendo necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes. Neste sentido, explica Owen Fiss:

Contrariamente, o foco da reforma estrutural não é direcionado para transações ou incidentes particulares, mas para condições da vida social e para o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições. O que é crucial não é o fato da criança negra ser rejeitada em uma escola de brancos o ato individual de brutalidade policial. Esses incidentes podem desencadear a ação judicial e, também, ter significado probatório: prova de um padrão ou prática de racismo ou ilegalidade. Todavia, a questão principal do processo ou o foco da investigação judicial, não são esses incidentes, os quais são eventos particularizados e isolados, mas, sobretudo, uma condição social que ameaça

¹¹⁸ BERIZONZE, Roberto. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 266/267.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**, Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, p. 48.

¹²⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisões e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 372.

importantes valores constitucionais e a dinâmica organizacional que cria e perpetua tal condição¹²¹.

Ao analisar os conflitos em questão, Mariela Puga enumera algumas características de referido conflito, a saber: (1) a intervenção de diversos atores processuais; (2) a existência de um grupo de pessoas afetadas que são representadas por legitimados legalmente autorizados; (3) Uma causa fonte que determina a violação dos interesses de maneira sistêmica ou estrutural, embora nem sempre homogênea; (4) Um estado ou organização burocrática que funciona como estrutura da situação ou condição social que viola os direitos; (5) a invocação ou reivindicação de valores constitucionais ou públicos para fins regulatórios ou demandas por direitos econômicos, sociais e culturais; (6) Pretensões que envolvem a redistribuição de bens; (7) a necessidade de um conjunto de ordens de implementação contínuas e prolongada¹²².

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em artigo sobre a doutrina do Estado de Coisas Institucionais aponta que alguns pressupostos devem estar presentes para o seu reconhecimento, como a vulneração sistêmica e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas e a prolongada omissão ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.¹²³ Para a resolução de referido quadro, é imprescindível a adoção de medidas estruturais envolvendo todos os poderes, que podem depender de alocação de recursos, correção de políticas públicas existentes ou de formulação de novas políticas. Além disso, o autor destaca que existe uma potencialidade de congestionamento da justiça, casos todos os que tiverem os seus direitos violados ingressem individualmente no Poder Judiciário.

Estas características podem ser analisadas em alguns litígios, como o caso Mendoza, na Argentina, que teve como objeto o Rio La Cuenca Matanza-Riachuelo, na Argentina, que será melhor analisado em item posterior. Este rio sofria de severa contaminação decorrente de séculos de poluição¹²⁴. A ação foi apresentada por um grupo de

¹²¹ FISS, Owen. As formas da justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 136.

¹²² PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Registro em la DNDA: 12/06/2013, p. 15. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em 15 mai. 2018.

¹²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estructural>). Acesso em 11 abr. 2016.

¹²⁴ Conforme explica Francisco Verbic, “*La Cuenca Matanza Riachuelo tiene 64km. De largo y 35km. De ancho, alcanzando una superficie total de 2.250km. cuadrados. En esta región residen más de 5.000.000 de*

peças que viviam perto do local na instância originária contra o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires, 44 empresas na zona e 14 Municípios da Província de Buenos Aires.

O litígio não envolvia apenas um grupo de pessoas ou uma área específica pública, mas a contaminação de anos do rio influenciava na vida de cerca de cinco milhões de pessoas e envolvia questões relacionadas não apenas à sua navegabilidade, mas de infraestrutura sanitária, saúde, vida, trabalho e qualidade de vida.

Para a tutela destes conflitos, conforme ensina Berizonze, há a necessidade de uma ampliação dos poderes do juiz, que passa a atuar de forma mais ativa durante o acompanhamento e instrução da causa. Além disso, é utilizado o método dialogal entre as partes, com a participação de organismos, intervenção de terceiros e *amicus curiae*, com maior publicidade e transparência, prezando pela busca de soluções consensuais. Conforme o autor, se “trata como se ha señalado – de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia”¹²⁵.

Além disso, a decisão judicial não se limita a resolver o conflito do passado, mas se projeta no futuro e habitualmente tende a influir em políticas públicas do setor afetado, seja para propor novas ou diferentes práticas institucionais ou modificações nas estruturas burocráticas, que vão muito além do caso em questão. A sentença consagra uma obrigação jurídica indeterminada, de valor político e tem como finalidade chamar a atenção para um debate público sobre o tema. O autor conclui que:

En ese sentido la jurisdicción asume una función remedial, porque la decisión está encaminada más hacia la búsqueda de “remedios” para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el

*personas, lo cual representa aproximadamente unos 13% de la población de toda la República Argentina. De ese número de personas, más de la mitad carecen de acceso a un sistema de cloacas, una tercera parte carece de acceso a agua potable, y 500.000 residen en asentamientos sumamente precarios sobre el margen del río. De acuerdo con relevamientos oficiales, hasta el 28 de febrero de 2011 se han empadronado 19.727 industrias radicadas en la zona. En lo que hace a la contaminación propiamente dicha, en el curso de agua se encontraron 8.500 toneladas de hierro, 67 barcos abandonados, 17 cascos de barcos hundidos, contaminantes químicos (tales como arsénico, cadmio, plomo, mercurio, cromo y cianuro) y contaminantes orgánicos (en particular, hidrocarburos, DDT y coliformes.) (VERBIC, Francisco El remedio estructural de la causa “Mendoza” Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. (VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza” Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 290).*

¹²⁵ BERIZONZE, Roberto. *Los conflictos de interés público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 269.

*conflicto de base con criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa*¹²⁶.

Além disso, após a sentença, o diálogo continua e se aprofunda para facilitar o cumprimento do que foi decidido. No processo coletivo para a defesa de interesse público, a etapa da execução só se finaliza quando o objetivo é alcançado, o que muitas vezes demora, já que normalmente é necessária uma etapa de planejamento, fixando-se objetivos, etapas de execução e prazos correspondentes para a consecução dos objetivos almejados. O magistrado pode servir-se tanto de um terceiro independente quanto de órgãos públicos ou entidades privadas para o acompanhamento da execução, sempre privilegiando o diálogo entre as partes.

Susan Sturm também aponta o aspecto não adversarial e participativo desta tipologia de conflito:

I have identified several characteristics of public law remedial decisionmaking that explain this tendency to employ nonadversarial, participatory mechanisms:

- 1. Because the relevant liability norms consist of generally articulated, aspirational norms to be implemented in differentiated contexts, they do not dictate the content of the remedy in particular cases;*
- 2. The type of fact-finding needed to devise remedial judgments in predictive and aimed at problem solving rather than at determining truth and responsibility;*
- 3. The targets of remedial activity tend to be organizations and systems involving participants with differing perspectives on, and interests in, the remedy; and*
- 4. Participation in the formulation of a remedy serves an independent value because of the importance of cooperation and respect for the authority of public entities in achieving compliance*¹²⁷.

Este conflito, portanto, tem características peculiares que demandam uma nova visão do procedimento adequado. O processo civil tradicional volta-se muito para o litígio bipolar, em que alguém deve uma prestação para outrem, cabendo ao magistrado reconhecer este fato proferindo uma medida declaratória ou condenatória diante do conflito pretérito. No litígio estrutural, a complexidade e heterogeneidade das questões e a multipolaridade impedem que haja um tratamento igual, sob pena de o conflito não ser adequadamente resolvido. É necessário, portanto, uma mudança de paradigmas, desde a legislação até a mentalidade dos participantes.

¹²⁶ Ibid, p. 269.

¹²⁷ STURM, Susan. **A Normative Theory of Public Law Remedies**. Georgetown Law Journal, vol. 79, n. 5, 1991, Content downloaded from HeinOnline. <https://heinonline.org>. Acesso em 20 set. 2019, p. 1377.

5.4 Processo estrutural – características

O processo estrutural surge como um modelo processual para a resolução de litígios estruturais que demandem uma reestruturação de um ente, um sistema ou uma organização, envolvendo a sociedade e o Estado para que sejam cumpridos os mandamentos previstos no texto constitucional. O litígio em questão não exige apenas uma simples decisão de condenação de pagamento de quantia certa ou de obrigação de fazer ou de não fazer, mas uma série de comandos que reorganizem um sistema, também relacionado a políticas públicas, como o educacional, de saúde, ou carcerário, por exemplo.

Humberto Teodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia constataam que a concepção ultrapassada da jurisdição como uma atividade com finalidade apenas para resolução de conflitos passa a ser acionada para garantir os direitos fundamentais, sendo um “implementador de espaços contramajoritários para minorias que não obtinham voz nas arenas políticas institucionalizadas”¹²⁸.

Neste novo modelo de processo há um procedimento diferenciado, que visa vencer a visão dicotômica – de autor *versus* réus. É necessária uma redefinição da noção de contraditório¹²⁹, com uma ampla participação da coletividade e dos interessados e a utilização de audiências públicas e *amicus curiae*, sem prejuízo da utilização de outros instrumentos pertinentes ao caso concreto.

Abram Chayes, em famoso estudo, na década de 70, analisou as formas jurisdicionais cíveis e o processo de interesse público (*public interest litigation*) e apontou algumas características do modelo tradicional de litigância¹³⁰. Conforme o autor, a ação

¹²⁸ TEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 121-152, out, 2013, p. 128.

¹²⁹ Conforme explica Sérgio Cruz Arenhart: “O contraditório visto como direito de *efetivamente influir* no convencimento do juiz, aqui, não pode limitar-se a partes de um conflito abstrato. Exige a participação de toda a coletividade, na medida em que a política pública também se destina a toda ela. Logicamente, porém, essa ampla participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou a sociedade como um todo é inviável, o que impõe o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses em jogo e dos vários segmentos que possam utilmente contribuir para a construção da decisão judicial. Ainda assim, porém, trata-se de uma visão muito mais ampla do que o tradicional dualismo que impregna o processo individual e o processo coletivo tal como praticado hoje em dia” (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 480).

¹³⁰ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review, vol. 89 (mai. 1976), p. 1.281-1.315.

judicial é bipolar, em que as partes se colocam em posições diametralmente opostas; a litigância é retrospectiva, versando sobre eventos passados; o direito e o remédio judicial são interdependentes, ou seja, ao autor é dada a compensação de acordo com a lesão causada pelo réu; o resultado da demanda só tem efeito para as partes; e o processo é iniciado e controlado pelas partes, tendo o juiz um papel mais neutro. No entanto, há uma necessidade de mudança, diante dos conflitos que passam a surgir na sociedade.

Segundo o autor, nessa nova estrutura de litigância, (i) o escopo da ação judicial é estruturado pela corte e pelas partes; (ii) a estrutura de parte não é rigidamente bilateral; (iii) o exame dos fatos não é adjudicativo, mas prospectivo e legislativo; (iv) a resposta não é compensatória para as partes imediatas, mas prospectiva, elaborada *ad hoc* em medidas de linhas flexíveis e abrangentes, frequentemente tendo consequências para muitas pessoas, terceiros não participantes do processo; (v) o remédio judicial não é imposto, mas sim negociado; (vi) a sentença não termina com a participação do juiz, que será fundamental na execução; (vii) o juiz é ativo e responsável não só pela avaliação dos fatos, mas por moldar a litigância para assegurar um resultado justo e viável¹³¹.

O cumprimento das ordens judiciais advindas de um processo estrutural não pode simplesmente seguir a lógica individualista do processo civil, em que o magistrado impõe uma decisão rígida e as partes devem cumprir. No caso de litígios estruturais, o sucesso da execução demanda uma ampliação dos poderes do magistrado e a construção do diálogo entre as partes. As decisões devem ser flexíveis, pois a situação fática pode se modificar, sendo que a sentença não se limita a resolver o conflito para trás, já que normalmente se projeta para o futuro e habitualmente tende a incidir em políticas públicas do setor envolvido; assim, a jurisdição passa a ter uma função remedial de localizar soluções para a situação por completo, olhando sempre para o futuro e não apenas resolvendo o conflito em si com critérios tradicionais¹³². Para Owen Fiss:

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a

¹³¹ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review, vol. 89, pp. 1281-1315.

¹³² BERIZONCE, Roberto Omar. **Los conflictos de interés público**. pp 1-32. Disponível em; <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>. Acesso em 27 mai. 2018.

ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa injunção é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas¹³³.

Assim, o litígio estrutural demanda uma nova forma de tutela jurisdicional, com a transformação do papel do Judiciário, que deve ser mais ativo, e das próprias partes, que devem cooperar para que o conflito possa ser efetivamente solucionado, por meio do constante diálogo não apenas dos envolvidos, mas de toda a coletividade envolvida, já que de nada adianta um procedimento com uma decisão que em nada modifica a situação dos que têm constantemente seus direitos violados.

Procedimentalmente, a ação coletiva se mostra o meio mais adequado, sendo que o que irá diferenciá-la das demais demandas coletivas será o pedido formulado, que tem natureza estrutural. Como exemplo, cita-se a ação coletiva proposta em abril de 2019 pelo Ministério Público Federal em face da União e da Agência Nacional de Mineração – ANM para a adoção de “medidas estruturais para a revisão da política federal de aprovação, licenciamento, operação e fiscalização de barragens, a cargo dos réus” em razão dos desastres ambientais e humanos ocorridos em Minas Gerais nos últimos anos¹³⁴.

Após a exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos, inclusive sobre a questão dos litígios estruturais, foi requerida a concessão de tutela antecipada para que fosse determinada à Agência Nacional de Mineração – ANM a realização de inspeção imediata das barragens de mineração em todo o Estado de Minas Gerais; que a União fornecesse os recursos humanos e financeiros necessários à realização desta atividade sendo que, caso não houvesse servidores suficientes, que fossem contratados agentes privados especializados; e, determinada a apresentação, pelos réus, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias um plano de reestruturação da atividade de fiscalização de barragens no Brasil. Conforme se verifica, trata-se de pedidos que visam à reestruturação de toda uma política de fiscalização a cargo dos réus da ação.

Nos próximos itens serão analisados aspectos fundamentais deste processo, que o diferenciam dos demais e a sua aplicabilidade no sistema processual atual.

¹³³ FISS, Owen. As formas da justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 120.

¹³⁴ Inicial obtida no site do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em 10 ago. 2019.

5.5 Legitimidade e representatividade adequada

A legitimidade é uma das condições da ação (artigo 17 do Código de Processo Civil), sendo “a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz”¹³⁵. A legitimidade ordinária se verifica quando alguém pleiteia em juízo, em nome próprio, um direito próprio. Em consequência, será diretamente atingido pela decisão tomada na ação. Neste caso, há correspondência entre a situação legitimante e a situação jurídica submetida à apreciação do magistrado. Os sujeitos da relação jurídica material coincidem com as partes no processo.

No entanto, o processo civil admite casos em que não haverá a identidade entre o titular do direito e o participante do processo, também denominada de legitimidade extraordinária, prevista no artigo 18 do Código de Processo Civil, desde que autorizado pelo ordenamento jurídico. Esta legitimidade pode ser dar de duas formas: representação ou substituição. Naquela, o representante defende em nome alheio um direito alheio, de acordo com os poderes que lhe foram conferidos pela lei ou pelo próprio representado. É em nome do representado que se está demandando.

Por outro lado, na substituição, o substituto atua no processo, em nome próprio, para a defesa de um direito alheio, o do substituído. Conforme o dispositivo mencionado, para que seja possível a legitimação extraordinária, é necessária a existência de autorização legal. No entanto, ao contrário do que ocorre na representação, na substituição, o substituto é parte, mas os efeitos da decisão recairão em face do titular da relação jurídica de direito material.

A legitimidade nos processos coletivos, tendo em vista a natureza dos direitos envolvidos, não pode simplesmente seguir a tradicional técnica processual, já que os titulares dos direitos não são aqueles que figuram como autores da ação coletiva¹³⁶.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol II, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 357.

¹³⁶ Mauro Cappelletti e Bryant Garth assim apontam que, “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por

Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. A recente manifestação do professor Roger Perrot sobre os consumidores descreve com agudeza o problema dos direitos difusos: “*Le consommateur, c’est tout et c’est rien*” (o consumidor é tudo e não é nada)¹³⁷.

Os autores¹³⁸ apontam que a proteção de tais direitos demandou uma modificação no papel do juiz no processo e questões processuais, como a legitimidade e a coisa julgada, destacando a importância das *class actions* do direito americano. Apontam, ainda, que a melhor solução no caso da legitimidade é o sistema misto¹³⁹, que permita que tanto entes públicos quanto privados possam ser legitimados para defender os interesses em questão¹⁴⁰. Conforme ressalta Mauro Cappelletti, é importante a abertura do processo civil aos corpos intermediários, permitindo, assim, o fortalecimento da sociedade civil e evitando a concentração de poder nos entes públicos¹⁴¹.

Em razão disso, as leis que tratam do processo coletivo tiveram que prever a permissão para que um terceiro¹⁴² pudesse agir em juízo em nome de um grupo que teve os

particulares” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 50).

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 24.

¹³⁸ Ibid. p. 51.

¹³⁹ Interessante notar que, apesar de o nosso ordenamento jurídico ter adotado o sistema misto, ainda se nota a baixa utilização das ações coletivas pelos setores da sociedade civil. A pesquisa “ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva”, desenvolvida pela Sociedade Brasileira de Direito Público, 2ª edição da série Justiça Pesquisa, do Conselho Nacional de Justiça, apurou que existe, ainda, uma preponderância do Ministério Público na propositura das demandas. Esse ponto foi reforçado pela percepção dos próprios magistrados. De acordo com os dados apresentados, 94,4% dos juízes afirmaram que a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos é alta, sendo que esse percentual diminuiu para 55,3% quando se trata de associações civis. Ademais, os juízes consideram as ações movidas pelo Ministério Público bem mais fundamentadas do que as propostas pelas associações civis. Conforme comenta o relatório, “e na medida em que o tempo passou, juízes avaliam que a lei da ACP contribuiu para fortalecer o MP, mais do que as organizações da sociedade civil. Se correta, essa avaliação representa um grande revés nas expectativas originais daqueles que pugnaram pela ampliação do acesso à justiça para causas coletivas. E impõe como desafio não apenas a melhora da qualidade das ações apresentadas por entidades civis, como um exame mais acurado das razões pelas quais essa legislação não levou ao esperado fortalecimento dessas associações, pelo menos nos marcos da mobilização legal”. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>. Acesso em 10 mai. 2019.

¹⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 65.

¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, p. 128/159, São Paulo: RT, jan/mar 1977.

¹⁴² Conforme explica Camilo Zufelato, em razão da “natureza e da extensão dos direitos transindividuais, o recomendável era que a legislação permitisse a maior abertura possível dos canais de acesso à justiça, evitando-se que esquemas muito rígidos impusessem bloqueios à participação social por meio do processo (ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71).

seus direitos violados¹⁴³. Assim, temos a legitimação extraordinária por substituição processual.

Neste ponto, de modo geral, a jurisprudência entende que se trata de legitimação extraordinária por substituição processual independentemente de serem os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos¹⁴⁴. A exceção seria apenas no tocante à natureza da legitimidade das associações para a propositura de ações em defesa de seus associados, em razão do disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal.

No entanto, a doutrina diferencia a natureza da legitimação conforme o direito protegido no caso apresentado. No tocante aos direitos individuais homogêneos, há consenso de que se trata de legitimação extraordinária, já que estes direitos, mesmo que defendidos em ação coletiva, continuam sendo individuais e divisíveis, com titulares determináveis. Assim, o legitimado, ao defender os interesses em juízo, apesar de fazê-lo em nome próprio, defende interesses alheios.

No tocante aos direitos difusos e coletivos, em razão de suas características, parte da doutrina defende ser sua natureza extraordinária. Para outros, no entanto, trata-se de legitimação ordinária, já que os legitimados propõem as ações defendendo também os seus interesses. Ademais, os interesses difusos e coletivos são indivisíveis e insuscetíveis de serem apropriados individualmente.

O professor Nelson Nery, no entanto, defende a existência de uma legitimidade anômala. Para o autor, as peculiaridades do processo coletivo não permitem importar conceitos do processo civil individual. Os legitimados, como Ministério Público, Defensoria Pública e associações não farão necessariamente parte da coletividade lesada, mas eles possuem uma ligação ideológica, um interesse institucional, tendo o legislador lhes conferido a legitimidade. No entanto, o interesse é da coletividade, de modo que não se encaixariam no conceito de legitimidade extraordinária. Conforme explica:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima

¹⁴³ Ricardo de Barros Leonel explica que “a legitimação para a demanda coletiva deve afastar-se dos resquícios da concepção tradicional, firmada em decorrência do Liberalismo que se seguiu ao Absolutismo, preconizando a impossibilidade da existência de corpos intermediários – aptos a compartilhar o poder com o Estado –, na ideia de que das “coisas” coletivas somente este último é que deveria cuidar. A importância da ampliação da legitimação para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo reflete-se na própria concepção política do Estado, implicando a implementação da democracia participativa (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2017, p. 178/179).

¹⁴⁴ Neste sentido, REsp 1561191/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/11/2018; REsp 901.109/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 26/03/2007, p. 227, LEXSTJ vol. 213, p. 251.

alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito” e, prossegue, “a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente¹⁴⁵.

A legislação brasileira prevê o rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas, sendo que a legitimidade é classificada como autônoma e concorrente, ou seja, não há qualquer relação de predominância ou subordinação entre eles. O artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (lei nº 7.347/85) dispõe serem legitimados: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e, que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹⁴⁶. Já o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) prevê a legitimidade ao Ministério Público, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal; às entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica; às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Conforme se verifica, a legitimidade é *ope legis*, com um rol taxativo, em que o legislador escolheu antecipadamente quais os representantes que teriam maiores condições de defender os interesses transindividuais, adotando o denominado sistema misto, com entes públicos e privados. No tocante às associações, a lei exige a análise, pelo magistrado, dos requisitos previstos em lei, ou seja, a pré-constituição de um ano e a inclusão, dentre seus fins institucionais, da defesa dos direitos que pretende tutelar.

¹⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson, e NERY, Rosa. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.885.

¹⁴⁶ Conforme ressalta Susana Henriques da Costa, “o sistema brasileiro, porém, embora tenha elegido vários legitimados à tutela dos interesses metaindividuais, ao contrário do sistema norte-americano que o inspirou, não deu legitimidade à pessoa física para a propositura da ação civil pública. Não há a exigência, portanto, de que o ente que propõe a demanda coletiva seja membro da coletividade lesada (*personal stake*)” (COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: Carlos Alberto de Salles (coord). **As grandes transformações do processo civil brasileiro – estudos em homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin: 2009, p. 953-979).

Importante ressaltar a legitimidade do cidadão para a propositura da ação popular (Lei 4.717/65), visando à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da Administração direta ou indireta. No entanto, a legitimidade do cidadão não foi mais prevista nas leis relativas ao direito coletivo que se seguiram, restringindo-se à hipótese prevista nesta lei, que foi recepcionada pela Constituição Federal.

No projeto de Lei nº 8.058/2014, o artigo 3º estabelece que “é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais”. Assim, neste processo especial, são previstos os mesmos legitimados para a ação coletiva.

Além da legitimidade para a propositura das ações, é necessária a análise da representatividade adequada¹⁴⁷, que é a aptidão para a defesa dos interesses coletivos, já que as regras do processo civil tradicional não podem ser aplicadas ao processo coletivo, diante da impossibilidade fática de participação de todos os interessados no processo, seja pela quantidade de pessoas, seja pela impossibilidade de identificação deles, como no caso dos direitos difusos.

Por outro lado, a sentença produzirá efeitos sobre uma coletividade que não participou efetivamente do processo, de modo que é necessário que esta esteja bem representada em juízo.

A representatividade adequada está ligada à garantia do devido processo legal, sendo que o autor precisa comprovar que tem condições de seriedade e idoneidade para representar a coletividade na defesa do interesse lesado. Conforme explica Susana Henriques da Costa, apesar de relacionados, o conceito de representatividade adequada é mais amplo que a legitimidade, já que exige do juiz a análise de outros elementos para que possa ser garantida a adequada defesa do interesse¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Para Susana Henriques da Costa, “O conceito de representatividade adequada surgiu no direito norte-americano. Trata-se de um dos requisitos para que uma demanda possa seguir como *class action* e que corresponde à capacidade de a parte que litiga em nome da classe ou coletividade defendê-la de forma eficaz. O representante adequado, para o direito norte americano, é aquela pessoa, membro da classe, que tem aptidão para satisfatoriamente fazer valer os interesses da coletividade perante a Corte” (Costa, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: Carlos Aberto de Salles (coord). **As grandes transformações do processo civil brasileiro – estudos em homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 953-979).

¹⁴⁸ Ibid, p. 959.

No Brasil, a representatividade adequada é, em regra, *ope legis*, ou seja, é trazida pela lei e não verificada no caso concreto¹⁴⁹, como acontece em outros países, como nos Estados Unidos, em que as *class actions* são regulamentadas pela *Rule 23*, que exige o preenchimento de uma série de requisitos para o reconhecimento da ação como tal, inclusive a representatividade adequada, que é analisada pelo magistrado no caso concreto no início da ação¹⁵⁰. Caso as exigências legais sejam preenchidas, a demanda é certificada (*certification*), de que os requisitos necessários foram preenchidos.

Apesar de o nosso ordenamento jurídico prever o rol dos legitimados, no tocante às associações, a lei presume a representatividade adequada, mas esta pode ser afastada no caso concreto pelo magistrado, se entender não possuir a associação aptidão técnica para representar a coletividade¹⁵¹. Assim, existe uma aferição mitigada da representatividade adequada.

Camilo Zufelato aponta que, tradicionalmente, prevalecia o entendimento de que a representatividade adequada da associação seria aferida apenas *ope legis*. No entanto, em tempos contemporâneos, tem prevalecido na doutrina que, apesar de não expresso em lei, não existe impedimento de o juiz verificar, no caso concreto, se a associação, apesar de preencher os requisitos legais, ou seja, constituição há mais de um ano e pertinência temática com o objeto da demanda, não possui real capacidade de representar adequadamente os interesses do grupo ou da coletividade.

Já para Ada Pellegrini Grinover, a possibilidade de controle, pelo magistrado, do requisito de pré-constituição da associação nada mais é que a exteriorização da representatividade adequada. Assim, para a professora, o sistema brasileiro não é avesso ao

¹⁴⁹ Antonio Gidi aponta que “portanto, segundo a doutrina majoritária brasileira, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do Código do Consumidor (ou art. 5 da Lei da Ação Civil Pública), para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo. Assim, por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo” (GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129).

¹⁵⁰ Susana Henriques da Costa assim aponta: “os requisitos para o reconhecimento da representatividade adequada não vêm previstos em lei, mas podem ser aferidos na sólida jurisprudência existente sobre o tema. ANTÔNIO GIDI os sistematiza em quatro categorias: (i) possibilidade de vigorosa tutela pelo autor dos interesses dos membros ausentes; (ii) ausência de conflito de interesses entre o autor e os membros da coletividade; (iii) possibilidade de vigorosa tutela do interesse dos membros ausentes pelo advogado do autor; e (iv) ausência de conflito de interesses entre o advogado e o grupo” (COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**. In: Carlos Aberto de Salles (coord). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – estudos em homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 953-979).

¹⁵¹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2017, p. 209.

controle da representatividade adequada no caso concreto, tratando-se de dever-poder do julgador quando da análise da legitimidade ativa¹⁵².

Em razão disso, o legislador precisou relativizar a coisa julgada nas ações coletivas, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, em que a coisa julgada se forma *pro et contra* em relação a todos que não se utilizaram de sua prerrogativa de exclusão (*opt out*). Em nosso ordenamento, na análise dos direitos difusos, a coisa julgada forma-se *erga omnes* e, nos direitos coletivos, *ultra partes*. Em ambos os casos, a coisa julgada produz efeitos *secundum eventum probationes*, de modo que se a ação for julgada improcedente por ausência de prova, pode ser proposta novamente por qualquer outro legitimado. Neste caso, pode-se entender que o autor não atuou de forma adequada para defender os interesses da coletividade¹⁵³.

Susana Henriques da Costa¹⁵⁴ defende que, mesmo não tendo previsto a análise da representatividade adequada no caso concreto, seria importante que o juiz pudesse fazê-lo. Mesmo havendo um sistema diferenciado de coisa julgada, evitar, desde o início, uma demanda por um representante não adequado atenderia melhor o princípio da economia processual, evitando um processo custoso e demorado. Neste sentido, em uma visão inovadora, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ocorrido em 2015, considerou que, mesmo diante do preenchimento dos requisitos legais, poderia ser considerada inadequada a representatividade de uma associação, afastando-se, no caso concreto, a sua legitimidade ativa¹⁵⁵.

¹⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**, São Paulo: Perfil, 2005.

¹⁵³ COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *In*: Carlos Aberto de Salles (coord). **As grandes transformações do processo civil brasileiro – estudos em homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin: 2009, p. 953/978.

¹⁵⁴ A autora pontua que “nesse sentido, o controle judicial da representatividade adequada aprimora o sistema, pois o magistrado terá condições de selecionar as demandas propostas por entes realmente vocacionados e preparados para a defesa dos interesses objeto do litígio. Aquelas demandas propostas por representantes não adequados serão imediatamente rechaçadas, abrindo-se a possibilidade de repositura por outros legitimados. Essa alternativa certamente trará maior probabilidade de que o processo seja julgado procedente e tornará desnecessária a propositura de demandas individuais (uma vez que já estará assegurada a proteção coletiva). Minimiza-se, assim, o risco de decisões contraditórias e evita-se a propositura de inúmeras demandas individuais” (COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *In*: Carlos Aberto de Salles (coord). **As grandes transformações do processo civil brasileiro – estudos em homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin: 2009, p. 976).

¹⁵⁵ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO DE NULIDADE, SEM QUE TENHA HAVIDO PREJUÍZO. DESCABIMENTO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, DE INIDONEIDADE DE ASSOCIAÇÃO, PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE. POSSIBILIDADE. É PODER-DEVER DO JUIZ, NA DIREÇÃO DO PROCESSO, PREVENIR OU REPRIMIR QUALQUER ATO CONTRÁRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ADEMAIS, O OUTRO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA NÃO RECONHECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO, POR

No tocante aos litígios estruturais relacionados a políticas públicas, diante de sua complexidade, é importante que o legitimado ativo seja um representante realmente

SER O ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DESMESURADAMENTE GENÉRICO, POSSUINDO REFERÊNCIA GENÉRICA A MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR, PATRIMÔNIO HISTÓRICO, TAMBÉM PATENTEIA A AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DA AUTORA PARA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE CONSUMIDORES”.

1. As ações coletivas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação da tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos.

2. Dessarte, como sabido, a Carta Magna (art. 5º, XXI) trouxe apreciável normativo de prestígio e estímulo às ações coletivas ao estabelecer que as entidades associativas detêm legitimidade para representar judicial e extrajudicialmente seus filiados, sendo que, no tocante à legitimação, “[...] um limite de atuação fica desde logo patenteados: o objeto material da demanda deve ficar circunscrito aos direitos e interesses desses filiados. Um outro limite é imposto pelo interesse de agir da instituição legitimada: sua atuação deve guardar relação com seus fins institucionais” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2014, p. 162).

3. É digno de realce que, muito embora o anteprojeto da Lei n.7.347/1985, com inspiração no direito norteamericano, previa a verificação da representatividade adequada das associações (adequacy of representation), propondo que sua legitimação seria verificada no caso concreto pelo juiz, todavia, essa proposta não prevaleceu, pois o legislador optou por indicar apenas quesitos objetivos (estar constituída há pelo menos 1 (um) ano e incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Com efeito, o legislador instituiu referidas ações visando tutelar interesses metaindividuais, partindo da premissa de que são, presumivelmente, propostas em prol de interesses sociais relevantes ou, ao menos, de interesse coletivo, por legitimado ativo que se apresenta, *ope legis*, como representante idôneo do interesse tutelado (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 430).

4. Por um lado, é bem de ver que, muito embora a presunção *iuris et de iure* seja inatacável - nenhuma prova em contrário é admitida -, no caso das presunções legais relativas ordinárias se admite prova em contrário. Por outro lado, o art. 125, III, do CPC [correspondente ao art. 139, III, do novo CPC] estabelece que é poder-dever do juiz, na direção do processo, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça. Com efeito, contanto que não seja exercido de modo a ferir a necessária imparcialidade inerente à magistratura, e sem que decorra de análise eminentemente subjetiva do juiz, ou mesmo de óbice meramente procedimental, é plenamente possível que, excepcionalmente, de modo devidamente fundamentado, o magistrado exerça, mesmo que de ofício, o controle de idoneidade (adequação da representatividade) para aferir/afastar a legitimação *ad causam* de associação.

5. No caso, a Corte de origem inicialmente alinhavou que “não se quer é a montagem de associações de gaveta, que não floresçam da sociedade civil, apenas para poder litigar em todos os campos com o benefício do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública”; “associações, várias vezes, surgem como máscaras para a criação de fontes arrecadoras, que, sem perigo da sucumbência, buscam indenizações com somatório milionário, mas sem autorização do interessado, que depois é cobrado de honorários”. Dessarte, o Tribunal de origem não reconheceu a legitimidade *ad causam* da recorrente, apurando que “há dado revelador: supostamente, essa associação autora é composta por muitas pessoas famosas (fls. 21), mas todas com domicílio em um único local. Apenas isso já mostra indícios de algo que deve ser apurado. Ou tudo é falso, ou se conseguiu autorização verbal dos interessados, que entretanto nem sabem para que lado os interesses de tais entidades voam”.

6. Ademais, o outro fundamento autônomo adotado pela Corte de origem para não reconhecer a legitimação *ad causam* da demandante, anotando que o estatuto da associação, ora recorrente, é desmesuradamente genérico, possuindo “referência genérica a tudo: meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, e é uma repetição do teor do art.5º, inciso II, da Lei 7.347/85” tem respaldo em precedente do STJ, assentando que as associações civis necessitam ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Embora essa finalidade possa ser razoavelmente genérica, “não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado”. (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009)

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1213614/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015).

adequado, que entenda o conflito e realmente atue para a sua melhor solução¹⁵⁶. Assim, deve-se entender a possibilidade de, no caso concreto, poder o magistrado verificar se o representante é efetivamente adequado para proteger os interesses em questão. De qualquer modo, pode-se entender que, em qualquer ação proposta, o Ministério Público deve atuar como *custos legis*, nos termos do artigo 5º, §1º, da Lei nº 7.347/85.

5.6 Contraditório pleno

O princípio do contraditório está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é um direito fundamental, sendo garantido não às partes e direcionado ao magistrado, que deve franquear os meios para a participação dos litigantes no processo.

A efetividade desta participação depende da ciência efetiva dos atos pelas partes, o que se dá por meio das citações e intimações. Sendo assim, a doutrina estabeleceu o binômio “informação-reação”, ressaltando que a informação é obrigatória, já que o litigante tem o direito de ter conhecimento de todos os atos processuais, mas, a reação é facultativa, sendo necessária apenas a concessão de oportunidade de manifestação.

No sistema atual, o papel do magistrado, pelo princípio do contraditório, tem grande relevância, devendo este possibilitar a participação das partes por meio de atos de direção, de prova e de diálogo. O Código de Processo Civil previu a obrigatoriedade de oitiva das partes em todas as situações, mesmo nos casos em que a questão possa ser decidida de ofício¹⁵⁷.

A direção do processo é feita por meio do impulso oficial, conforme previsão do artigo 2º do Código de Processo Civil. Referido artigo revela, também, o princípio do dispositivo, que impõe a inércia do magistrado no tocante à iniciativa do processo. No

¹⁵⁶ Neste sentido, expõe Camilo Zufelato que “vale o registro que já Proto Pisani no início da década de 70 do século XX, examinando os casos de eficácia *ultra partes* do julgado, indicava a participação do Ministério Públicos nos processos dotados dessa eficácia expandida e o bom acompanhamento do juiz como requisitos indispensáveis para haver respeito do contraditório e a consequente extensão dos efeitos dos julgados aos terceiros que não participaram da lide mas tiveram seus direitos resguardados por tais entes jurídicos”. (ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361).

¹⁵⁷ “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ; III - a decisão prevista no art. 701”.

“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”.

entanto, após a propositura da ação, o juiz deve conduzi-lo para que haja um adequado trâmite processual.

Além do impulso oficial, outro ato importante de direção é o saneamento do processo, realizado independentemente da vontade das partes, em que o magistrado verifica eventuais irregularidades e estabelece os pontos controvertidos. Conforme explica Humberto Theodoro Júnior, “resultam as ‘providências preliminares’ da necessidade de manter o processo sob o domínio completo do contraditório”¹⁵⁸.

O processo, como um instrumento público de resolução de conflitos, permite, também, que o magistrado determine a realização de provas necessárias ao deslinde da ação (artigo 370 do Código de Processo Civil). Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, “eis por que o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisa a verdade real e bem instruir a causa”¹⁵⁹. Por fim, os atos de diálogo demandam um juiz atento ao processo, que deve advertir e esclarecer as partes a todo momento, incentivando, sempre que possível, a conciliação entre elas.

No âmbito do processo estrutural, no entanto, não basta que seja cumprido o contraditório em sua visão clássica, devendo este ser ampliado. Conforme expõe Dinamarco, a garantia do contraditório tem como corolários imediatos a regra da legitimidade *ad causam*, a eficácia da sentença, e os limites subjetivos da coisa julgada. No âmbito coletivo, estes aspectos são repensados, de modo que o contraditório assume novos contornos.

Neste sentido, o processo estrutural, conforme analisado, envolve conflitos diversos e complexos, que demandam a reestruturação de uma entidade ou organização burocrática. Não há como se pensar em um contraditório em seu sentido tradicional, devendo este ser ampliado com a participação da sociedade no debate¹⁶⁰. Alguns exemplos de ampliação do

¹⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 411.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 431.

¹⁶⁰ Conforme defende Sérgio Cruz Arenhart, “o contraditório, visto como direito de *efetivamente influir* no convencimento do juiz, aqui, não pode limitar-se a partes de um conflito abstrato. Exige a participação de toda coletividade, na medida em que política pública também se destina a toda ela. Logicamente, porém, essa ampla participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou sociedade como um todo é inviável, o que impõe o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses em jogo e dos vários segmentos que possam utilmente contribuir para a construção da decisão judicial. Ainda, assim, porém, trata-se de uma visão muito mais ampla do que o tradicional dualismo que impregna o processo individual e o processo coletivo tal como praticado hoje em dia” (ARENHART, Sérgio Cruz Processos Estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 480).

contraditório se dão com a realização de audiências públicas, *amicus curiae* e a possibilidade de intervenção de outros legitimados, contribuindo, assim, para a legitimação democrática das decisões judiciais. Roberto Omar Berizonce assim ressalta:

En ese contexto, una de las ventajas más notorias que ha de atribuirse genéricamente al activismo pretoriano es su contribución a la legitimación democrática de las decisiones y, con ello, a la del propio Poder Judicial. En los procesos de interés público, en especial, el diálogo interinstitucional, la democracia deliberativa en el espacio público judicial, la participación comunitaria en el debate transparente y bajo reglas de paridad, su contribución a la construcción de las políticas públicas, con avances experimentales y métodos de control de la ejecución de las decisiones, no implican, tan sólo novedosas técnicas e instituciones, sino que constituyen los soportes de base que permiten desempeñar en plenitud la misión esencial que corresponde a los tribunales¹⁶¹.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014, que trata do processo especial para o controle e intervenção em políticas pública, prevê dentre diversas características, a necessidade de informação, debate e controle social, por qualquer meio, processual ou não (artigo 2º, parágrafo único, VII). Assim, o princípio do contraditório pleno assume um papel de destaque como um valor que deve nortear a resolução dos conflitos estruturais.

5.7 Poderes gerenciais do juiz

No processo estrutural, para que seja possível a efetiva resolução do conflito, cujos legitimados são substitutos processuais, o juiz assume um protagonismo maior ainda, cujos poderes para conduzir o processo passam a ter grande relevância. Esta postura se coaduna com o processo civil atual, que não se admite mais o juiz como mero expectador, que apenas declara qual das partes está correta¹⁶². O julgador deve ter postura ativa na condução do processo para que seja possível a solução da controvérsia, inclusive diante de eventuais desequilíbrios existentes entre as partes. Isto fica ainda mais reforçado quando o objeto do litígio é relacionado a políticas públicas, em que se discutem interesses que não se limitam

¹⁶¹ BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 261/286.

¹⁶² Neste sentido, Owen Fiss, “o modelo de solução de controvérsias prevê um papel passivo para o juiz. Ele deve permanecer como um árbitro ou observador entre as duas partes, confiando em todas as iniciativas destas para a apresentação dos fatos, do direito e para a articulação das possíveis medidas judiciais. Portanto, a tarefa do juiz é simplesmente declarar qual das partes está certa”. FISS, Owen. As formas da justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 141.

apenas às partes formais do processo. Abram Chayes, em interessante estudo, também ressalta a necessidade de um julgador mais ativo e participativo:

*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 in administration and implementation*¹⁶³.

Roberto Omar Berizonce assim ensina:

*Claro que el mayor protagonismo que se reclama de los jueces, que presupone las correlativas responsabilidades políticas y sociales, conduce a generar un nuevo equilibrio en las funciones públicas, en la participación del poder “compartido” como nunca antes con los estamentos políticos de origen representativo. Sin embargo, esa más pronunciada ingerencia judicial no solo responde a las exigencias derivadas del ensanchamiento de las misiones del omnipresente “Estado benefactor”, que compromete por igual a todos los poderes que lo integran, sino también, y no menos principalmente, a la cada vez mayor y más pronunciada participación social de base. Son los diversos grupos y asociaciones de todo tipo que proliferan en la sociedad, deseosos de ocupar una plaza activa en la satisfacción del bien común y que, con su accionar, alimentan la “demanda social acumulada”, que expresan sus reclamos ante los tribunales, a falta de respuestas de los demás poderes. Lo no menos novedoso es la potencialidad institucional del Poder Judicial que, una vez impelido, se torna un espacio privilegiado para el discurso democrático, un “motor de democracia”*¹⁶⁴.

Justamente por isso que as recentes reformas pelas quais passa atualmente o processo civil buscam conferir maiores poderes instrutórios ao juiz¹⁶⁵. O processo se reaproxima do direito material para efetivamente tutelar os direitos. Para isso, é essencial a instrução probatória e que o juiz tenha poderes para realizá-la, pois o processo não tem como finalidade a mera negociação entre as partes, mas, sim, a pacificação social por meio da tutela de direitos¹⁶⁶.

¹⁶³ CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review, vol. 89 (maio/1976), 1284.

¹⁶⁴ Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 282.

¹⁶⁵ Conforme ensina Camilo Zufelato, “a maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da *postura instrumentalista* que envolve a ciência processual. Essa postura favorece, sem dúvida, a ‘eliminação das diferenças de oportunidade em função da situação econômica dos sujeitos’. Contribui, enfim para a ‘efetividade do processo’, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa. A tendência moderna de assegurar a todos a solução jurisdicional mediante o devido processo constitucional, compreende a garantia da solução adequada, cuja obtenção pressupõe a ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório”. (ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361-362).

¹⁶⁶ CHASE, Oscar G. **The Discretionary Power of the Judge in Cultural Context, in Law, culture, and ritual – disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005, p. 72-93, p. 82.

Esta atuação, no entanto, não é realizada de forma autoritária¹⁶⁷, já que as garantias constitucionais devem ser sempre observadas, conforme bem explica José Roberto dos Santos Bedaque ao apontar que não existe qualquer óbice à participação mais ativa do julgador, sendo que a passividade do julgador normalmente leva a uma situação de injustiça diante da prevalência do poder econômico sobre o direito¹⁶⁸.

O juiz deve assumir uma postura de gerenciador do processo, conduzindo-o não apenas para que este tenha um fim, mas para que o conflito seja efetivamente pacificado.

Para tanto, o magistrado pode se valer de terceiros para o esclarecimento de questões técnicas que o permitam solucionar melhor a questão sem ficar totalmente dependente das informações trazidas pelas partes. Neste sentido, o artigo §2º do artigo 8º do Projeto de Lei nº 8.058/14 prevê a possibilidade de utilização pelo julgador de “técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo”.

Do mesmo modo, de ofício, o magistrado pode designar audiências públicas, permitindo a ampla participação da comunidade para entender as reais questões que envolvem o conflito objeto do processo.

No tocante à execução, o artigo 139, IV do Código de Processo Civil prevê uma cláusula geral de atipicidade para adequar o cumprimento da decisão ao caso concreto ao dispor sobre a possibilidade de o julgador utilizar as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias necessárias para a satisfação do direito.

¹⁶⁷ Neste sentido, explicam Luís Henrique Vieira Rodrigues e Luiz Henrique Borges Varella: “Portanto é fundamental a advertência de que ‘o papel judicial é limitado pela existência de valores constitucionais e a função das cortes é conferir significado a esses valores’ (FISS, 2004, p. 38), sendo importante ressaltar que ‘ao juiz é permitido exercer poder somente depois de ter participado de um diálogo a respeito do significado dos valores públicos’ (FISS, 2004, p. 42), tendo em mira que a partir da fundamentação das decisões, onde se chega ao significado almejado do valor público (isto é, da concretização de um princípio constitucional), não se pode sobressair a preferência pessoal do juiz, mas sim o que, na esteira das lições de Dworkin, representaria a resposta correta”. (RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges *As Structural injunctions e o direito processo brasileiro*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, fls. 523).

¹⁶⁸ Conforme o autor: “Com relação à participação mais ativa do juiz no desenvolvimento da relação processual, convém desde logo rechaçar a afirmação precipitada e errônea, não amparada na realidade, segunda a qual essa orientação é autoritária. Não há incompatibilidade entre a concessão de poderes ao juiz, visando a dotar de efetividade o instrumento, e a segurança proporcionada às partes por esse instrumento. A intervenção do agente público, buscando extrair do processo tudo aquilo que dele se espera, não significa necessariamente sacrifício da liberdade do cidadão. Ao contrário. Muitas vezes a atuação estatal mostra-se imprescindível à plena realização dos interesses juridicamente tutelados. No âmbito processual, a passividade do julgador normalmente conduz à injustiça, pois permite que o poder econômico prevaleça sobre o direito. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta. (coords.) **Garantismo Processual. Garantias Constitucionais aplicadas ao processo**. Jurídica, 2016, p. 33).

Marcus Onodera, ao estudar o gerenciamento do processo, explica sobre a necessidade do papel ativo do juiz na condução do processo. Para o autor, é necessária a mudança de paradigma para que o processo possa realmente ser efetivo, pacificando o conflito. Discorre, ainda, acerca de um caso por ele julgado sobre a regularização de um loteamento, que foi julgada procedente. No entanto, a fase de execução se mostrou bastante complexa, diante de vários aspectos, de modo que, em observância à celeridade, oralidade e eficiência, foi designação de audiência de tentativa de conciliação. Ademais, foi determinada a nomeação de um perito para traçar o que seria necessário para a devida regularização. Foi designada uma nova audiência de conciliação, sendo que as partes foram intimadas para trazer uma proposta concreta de acordo. Todos os envolvidos (Ministério Público, Município de São Paulo, réu, ocupantes da área, perito e assistentes técnicos) compareceram na audiência, que resultou na realização de um acordo, resolvendo-se a questão sem posteriores impugnações pelas partes. A postura ativa do magistrado neste caso foi primordial para a resolução do caso, que envolveu as partes na resolução do caso, trazendo uma solução pacífica, o que facilita a sua execução¹⁶⁹.

A resolução dos conflitos estruturais demanda um juiz mais ativo, que gerencie o processo para a sua efetiva solução. A postura passiva não se coaduna com a complexidade das questões tratadas neste processo, em que uma instrução probatória realizada de forma inadequada pode trazer sérias consequências, até impossibilitando o posterior cumprimento da própria decisão.

5.8 Mutabilidade dos fatos e do pedido

Os conflitos relacionados aos direitos coletivos envolvem diversos fatos, muitas vezes bastante complexos. A eficácia da decisão tem clara relação com o pedido formulado. O Código de Processo Civil determina que o pedido seja certo e determinado. Mas qual a

¹⁶⁹ Conforme concluiu o autor, “ou seja, o caso foi trazido para corroborar a aplicabilidade e eficiência do modelo de gerenciamento do processo como método para tratamento adequado do caso na esfera judicial, mormente em casos complexos. As partes foram intimadas a trazer plano de condução do caso, ainda que em fase de execução (*post-trial*). Procurou-se à resolução pacífica dos conflitos, tanto que boa parte dele foi resolvido em acordo de todos os protagonistas envolvidos no conflito. A medida representou economia processual e financeira a todos. E a resposta foi a mais justa possível. Ora, nada mais foi do que julgamento justo, célere a menos custos, tal e qual consta da Regra 1, *FRCP*. (ONODERA, Marcus. **Gerenciamento do Processo e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2017, p. 152).

interpretação disso para o processo coletivo? Pedidos muito restritos podem ser prejudiciais, pois os fatos mudam de forma dinâmica.

Pelo dispositivo da demanda¹⁷⁰, compete à parte a propositura da ação, estabelecendo os fundamentos de fatos em que se baseia o pedido, limitando a cognição do juiz¹⁷¹. Os artigos 322 e 324 do Código de Processo Civil dispõem que os pedidos devem ser certos e determinados, salvo a possibilidade de realização de pedido genérico, previsto em casos excepcionais, nos quais não seja possível delimitar o pedido mediato, a utilidade prática pretendida pelo autor¹⁷². Por outro lado, os artigos 141 e 492 do CPC prescrevem o denominado princípio da adstrição ou congruência, em que é vedado ao juiz da causa decidir para além dos pedidos formulados pelas partes, bem como condenar em objeto diverso do demandado, sob pena da sentença ser *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*¹⁷³.

O direito processual parte da premissa de que os elementos da demanda – partes, causa de pedir e pedido – precisam ser estabilizados para que o processo chegue a seu fim e para que se garanta à parte contrária o conhecimento dos limites do diálogo que será exercido no curso do procedimento. Assim, o artigo 329 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir pelo autor até a citação, ou, com o consentimento do réu, até o saneamento. Após esta fase, não é mais possível a alteração

¹⁷⁰ Sérgio Cruz Arenhart aponta que o princípio da demanda “associa-se sobretudo ao objeto do processo, indicando o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e determinando sobre o que deverá ela incidir (*ne procedat iudex ex officio et sine actore*). Inclui-se aqui o poder entregue à parte de dar início ao processo – poder este quase exclusivo, já que em regra não se admite que o juiz possa atuar de ofício, sem haver requerimento de alguém – bem como o de determinar a extensão do julgamento do juiz – o chamado princípio da congruência ou correlação, que impõe uma correspondência necessária entre o solicitado e o decidido (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*). (ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais**. 2. ed., ver., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 173).

¹⁷¹ Neste sentido, Sérgio Cruz Arenhart, ao analisar o processo coletivo, aponta que: “considera-se que os processos coletivos são regidos pelo princípio da demanda, no sentido de que o Estado-jurisdição está limitado àquilo que é pedido pelo autor, não podendo julgar para além ou fora do pedido. Ora, isso supõe que o titular da ação é também o titular do direito e que, por poder dispor deste, pode formular um pedido que não necessariamente é aquele que melhor atende às exigências do direito material. E que, em um meio no qual o interesse pertence à coletividade ou a um grupo *que é tão-somente “representado” pelo autor da ação coletiva*, fica evidente o disparate desta conclusão. Como é possível que alguém que não é o titular do direito possa dispor do direito alheio no processo, sem qualquer consequência? Não obstante a obviedade dessa indagação, parece que ela é irrelevante na lógica do processo coletivo brasileiro, que trabalha tranquilamente com essa possibilidade”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no direito brasileiro - reflexões a partir do caso ACP do carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 478).

¹⁷² Neste sentido, dispõe o § 1º do artigo 324 do Código de Processo Civil:

“Art. 324. O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. § 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção”.

¹⁷³ Na sentença *ultra petita*, o julgador concede ao autor mais do que foi pleiteado. Por sua vez, a sentença é *citra petita* quando deixa de examinar todas as questões contraditórias. Por fim, a sentença é considerada *extra petita* quando o juiz julga fora do pedido, decidindo pretensão diversa da formulada pelo autor.

do pedido ou da causa de pedir, mesmo que a parte contrária concorde. Justifica-se que se deve garantir à parte contrária o conhecimento dos limites do diálogo que será exercido no curso do procedimento, assegurando-se, assim, os princípios gerais da teoria geral do processo, como segurança jurídica, celeridade, contraditório e ampla defesa.

No entanto, no tocante a políticas públicas, os conflitos apresentam particularidades, pois os interesses envolvidos são mutáveis e dinâmicos. Assim, um legitimado pode ingressar com uma ação diante da falta de um número determinado de vagas em creches e, no decorrer da ação, essa carência aumentar ou diminuir, modificando o pedido inicialmente formulado.

A professora Ada Pellegrini Grinover¹⁷⁴ ilustra bem essa situação ao discorrer sobre o caso do Hospital Salgado Filho. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs ação civil em face do Município do Rio de Janeiro para que fosse suprido o déficit de profissionais no local. A demanda foi julgada improcedente em primeiro grau, mas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso de apelação do autor para que fosse suprido o déficit de pessoal, por meio de concurso público, conforme demonstrativo enviado pela própria direção do Hospital. Ocorre que o demonstrativo era de 12 anos atrás e, desde então, o número de profissionais do local certamente já tinha sido modificado, de modo que o pedido inicialmente formulado não tinha mais nexos com a realidade existente no momento da execução.

Do mesmo modo, as necessidades decorrentes de desastres como os ocorridos em Mariana e Brumadinho modificam-se no tempo, demandando uma flexibilização no rigor formal do processo civil. Assim, é inviável se exigir que, na formulação da inicial, o autor já aponte todas as medidas que deverão ser tomadas para a pacificação do conflito¹⁷⁵.

¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 436-438.

¹⁷⁵ Conforme ressalta Sérgio Cruz Arenhart, “Imagine-se o princípio da demanda. Segundo sua essência – e a consequente ideia da adstrição – o juiz está limitado ao pedido formulado pela parte. Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da “tutela” pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial”. (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 482).

A estabilização rígida do Código de Processo Civil pode gerar situações em que não há a pacificação do conflito de direito material envolvido. A possibilidade de alteração destes elementos permitiria que fossem efetuadas correções e se atingisse com maior precisão e celeridade a resolução da questão. Assim, nem sempre é possível prever todas as condutas que deverão ser adotadas antes da propositura da ação. As regras rígidas do Código de Processo Civil, que cuidam do processo bipolar, podem se transformar em verdadeiro óbice ao acesso à justiça quando se trata de um processo multipolar, com multiplicidade de interesses envolvidos¹⁷⁶.

E, neste sentido, o processo deve se amoldar aos conflitos que surgem no direito material, afinal, este é um instrumento para a resolução dos conflitos da maneira mais justa¹⁷⁷. Destaca-se também os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco ao tratar do processo civil de resultados:

Diferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da ideia do *processo civil de resultados*. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenham de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. *Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de receber* (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social¹⁷⁸.

Em decorrência de tal fato, há necessidade de que o pedido seja formulado de forma que se adéque à possível mutabilidade dos direitos envolvidos e, em relação ao juiz, que seja interpretado de forma ampla. Ressalte-se, neste ponto, a previsão do §2º do artigo 322 do Código de Processo Civil, de que “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”. O artigo 493 também permite que a decisão

¹⁷⁶ARENHART, Sergio Cruz. *Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

¹⁷⁷Ada Pellegrini Grinover assim destaca que: “Mas não é qualquer tutela que serve: a tutela deve ser justa, efetiva e adequada. Justa, na medida em que dê razão a quem a tem, ou na medida em que respeite a vontade livre e informada das partes. Efetiva, porque o direito ou interesse objeto de tutela deve poder ser realmente fruído. Adequada, porque a efetividade da justa tutela só pode ser alcançada por intermédio de uma via processual idônea a solucionar o conflito. É por isso que o estudo do processo e seu tratamento no direito positivo clamam por uma metodologia acentuadamente instrumentalista, estruturando-se de acordo com a análise da tutela adequada à solução de cada classe de conflitos”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **Participação e Processo**, RT, 1988, São Paulo. RT. págs. 128-135).

¹⁷⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. I., 8. ed., ver. atual., Malheiros, 2016, p. 198.

seja ajustada à realidade ao permitir que o magistrado leve em consideração, no momento de proferir a decisão, o surgimento de algum fato que possa influenciar no julgamento, devendo as partes serem ouvidas previamente.

Da mesma forma, o artigo 342, inciso I¹⁷⁹ permite à parte ré aduzir novas alegações após sua contestação relativas a direito ou fato superveniente. No tocante à execução, o artigo 505, inciso I¹⁸⁰, permite a revisão do decidido no caso de relações jurídicas de trato sucessivo, bem como o artigo 536¹⁸¹ permite que o julgador determine as medidas necessárias, em obrigações de fazer ou não fazer, para a efetivação da tutela jurisdicional.

Assim, mesmo diante da rigidez formal do modelo processual de caráter bipolar, é possível extrair do próprio Código de Processo Civil alguns dispositivos que permitem certa flexibilização do pedido, podendo ser utilizados nos litígios estruturais.

Sérgio Cruz Arenhart também defende que deve haver certa atenuação do princípio da demanda no caso dos litígios estruturais:

Como é lógico, um ordenamento que impera a necessária correspondência entre pedido e sentença dificilmente consegue operar com a espécie de decisão em análise, porque não tem a flexibilidade necessária para a adequação da decisão judicial às particularidades do caso concreto. A decisão judicial haverá de considerar as contingências e as necessidades do caso e das partes, adequando as imposições àquilo que seja concretamente viável¹⁸².

O autor alerta que a medida adotada deve estar em harmonia com a lesão ocorrida ou que se pretender evitar. No entanto, é necessária que haja flexibilização, permitindo, em muitas vezes, certa extrapolação do pedido formulado em inicial.

No direito americano, o artigo 54 da *Federal Rules of Civil Procedure*, prevê que: *a default judgment must not differ in kind from, or exceed in amount, what is demanded in the pleadings. Every other final judgment should grant the relief to which each party is entitled, even if the party has not demanded that relief in its pleadings*¹⁸³, ou seja, todo julgamento

¹⁷⁹ “Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito ou a fato superveniente”.

¹⁸⁰ “Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

¹⁸¹ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. Acesso em 21 abr. 2018.

¹⁸³ **Legal Information Institute. Rule 54**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_54, acesso em 20 jun. 2018.

deve conceder a medida a que o litigante tem direito, mesmo que não o tenha requerido¹⁸⁴. Trata-se de norma aberta, que permite que o magistrado fixe medidas mesmo que a parte não tenha requerido.

Os litígios estruturais referem-se a questões complexas e mutáveis, de modo que, para garantir a efetividade do processo, é necessária flexibilização do princípio da demanda, desde que haja adequada fundamentação e sempre seja observado o princípio do contraditório, franqueando aos envolvidos o direito de se manifestarem sobre a modificação do pedido. Esta alteração, no entanto, deve ter pertinência com a causa de pedir e o pedido já realizado.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014 prevê, em seu artigo 18, que o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil; determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

Do mesmo modo, o artigo 20 do projeto prevê a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

De qualquer modo, enquanto se aguarda a aprovação de referido projeto de lei, é possível a flexibilização da regra rígida da estabilização da demanda pelos dispositivos citados do próprio Código de Processo Civil. Esta flexibilização, conforme anotado, não será realizada sem qualquer limite, devendo, conforme apontado, ser devidamente fundamentada, sempre permitindo a oitiva prévia dos envolvidos.

¹⁸⁴ Tradução livre.

Ressalte-se que, em questão de políticas públicas, não interessa também ao Poder Público que a questão se arraste por anos sem resolução ou que seja proposta outra demanda em razão da regra rígida da estabilização da demanda, já que, em tese, este também tem como finalidade buscar sempre a resolução que atenda ao interesse público.

5.9 Cooperação das partes e do juiz

O princípio da cooperação, conforme redação do artigo 6º do Código de Processo Civil, é aplicável tanto às partes quanto ao juiz. Durante a tramitação do projeto do Novo Código de Processo Civil, parte da doutrina criticou a inserção do princípio da cooperação em relação às partes, afirmando ser possível apenas a colaboração do juiz com as partes ou destas com o magistrado¹⁸⁵. A colaboração não poderia ser imposta, exigindo-se da parte que fizesse afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária.

Realmente, não se pode ignorar a existência de um litígio entre as partes. No entanto, o artigo 6º do Código de Processo Civil¹⁸⁶ deve ser lido como um dever da cooperação *das* partes com o processo de forma ampla e não apenas do juiz com estas. As partes têm o dever de agir com boa-fé e lealdade processual para que o processo possa ter uma marcha adequada. Se, em razão disso, acabar, de alguma forma, “beneficiando” a outra parte, este fato decorre da consequência de uma postura adequada da parte em relação ao processo, não significando que esta deva ser a sua finalidade no processo, já que, se esta deve agir de forma leal, conseqüentemente, não pode agir de forma desleal ou temerária.

No modelo colaborativo, as partes, junto com o magistrado, são protagonistas, responsáveis pela construção de uma decisão judicial justa e efetiva, em uma verdadeira comunidade de trabalho. Por isso, devem colaborar de forma adequada com o juiz, praticando atos que possam influenciá-lo na construção da decisão. Não há processo justo sem a colaboração, com um amplo diálogo e participação democrática de todos os

¹⁸⁵ Darci Ribeiro critica o dispositivo em estudo afirmando que o dever de colaboração é apenas do juiz, como representante do Estado e não das partes. Para o autor, a cooperação deve ser feita de forma espontânea, com base em um dever moral interno. Não é possível ser aceita uma norma cogente, obrigando às partes a colaborem. Afirma, por fim, que “a colaboração para as partes é sempre um ônus íntimo em função do seu papel no processo”. (In: BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. V. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114).

¹⁸⁶ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 13 mai 2019.

envolvidos. Daniel Mitidiero aponta que o processo civil deve ser pensado a partir do ângulo da jurisdição, da necessidade de ver o processo como uma comunidade de trabalho e da existência de um dever de diálogo do juiz com as partes:

A colaboração é um modelo que visa dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (prozessualenZusammenarbeit). Em outras palavras: visa a dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil¹⁸⁷.

A cooperação não inibe a defesa dos interesses das partes pelos seus advogados que, apesar de estarem em campos opostos, têm a obrigação de observar os deveres já previstos de boa-fé, veracidade e lealdade.

Fredie Didier Jr.¹⁸⁸, quando trata do modelo cooperativo, destaca três deveres em relação às partes: dever de esclarecimento, em que os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência sobre pena de inépcia da inicial; dever de lealdade, em que as partes não podem litigar de má-fé, além de terem de observar o princípio da boa-fé processual; e, dever de proteção, em que um litigante não deve causar danos à parte adversária, sob pena de punição ao atentado.

O dever de cooperação também é dirigido ao magistrado, que deixa de ter uma postura passiva para atuar de forma ativa no processo, estimulando o diálogo constante entre as partes e possibilitando a real igualdade de tratamento e de oportunidade entre as partes.

Miguel Teixeira de Souza¹⁸⁹ enumera alguns deveres que devem ser observados pelo julgador em relação às partes: de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio.

O dever de esclarecimento é recíproco entre as partes e o juiz, devendo todos esclarecerem eventuais dúvidas que surjam de suas alegações para evitar que decisões sejam tomadas de forma equivocada. Já o dever de consulta consiste na obrigação de o magistrado intimar as partes a se manifestarem antes de decidir qualquer questão, mesmo que esta possa ser conhecida de ofício. É uma manifestação do próprio princípio do contraditório, o qual assegura o direito de as partes tentarem influenciar o julgador. O artigo 10 do Código de

¹⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed., RT, 2015, p. 52.

¹⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.

¹⁸⁹ SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997.

Processo Civil¹⁹⁰ adotou este dever ao prever que o juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado oportunidade para as partes se manifestarem. Esta disposição permite que as decisões sejam proferidas com maior segurança, impedindo a interposição de eventuais recursos que não seriam necessários com a simples oitiva prévia das partes e apenas retardariam o processo desnecessariamente.

Por sua vez, pelo dever de prevenção, as partes devem ser alertadas do uso inadequado do processo e da inviabilidade do julgamento de mérito. Por fim, pelo dever de auxílio, o magistrado deve auxiliar as partes a superarem dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, ônus, faculdades e deveres processuais. Como exemplo, pode-se citar o artigo 321 do Código de Processo Civil¹⁹¹, que dispõe sobre a possibilidade de emenda da inicial na hipótese de o julgador entender que falte algum requisito. Ressalte-se que o dispositivo prevê a necessidade de o juiz indicar com previsão o que deva ser corrigido ou emendado.

Pelo princípio da cooperação, assim, o julgador assume um papel mais ativo, colaborando efetivamente para a marcha adequada do processo e evitando suspensões ou extinções desnecessárias do processo. Além disso, o magistrado deve conduzir o processo, podendo determinar a produção de provas e estimular o diálogo constante entre as partes, visando, inclusive, sempre a possibilidade de autocomposição.

Além disso, a cooperação não se limita apenas aos participantes regulares do processo, ou seja, autor, réu e juiz, devendo ser estendido a todos os intervenientes que participem, de alguma forma, do processo, como no caso do *amicus curiae*, previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015.

O Projeto de Lei n.º 8.058/2014, em seu artigo 2º, parágrafo único, apresenta, dentre as suas características a colaboração e participação, envolvendo a responsabilidade do Poder Público¹⁹².

¹⁹⁰ “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”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 15 mai. 2019.

¹⁹¹ Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 15 jun. 2018)

¹⁹² “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:
(...)

No processo estrutural, o princípio da cooperação recebe especial significado até porque ambas as partes envolvidas no litígio buscam, em tese, o interesse público em suas pretensões. Com efeito, em regra, nos litígios envolvendo políticas públicas, o autor é o Ministério Público ou a Defensoria Pública e o réu é um ente estatal que tem como interesse primário a satisfação dos interesses da coletividade.

Em razão disso, a obrigatoriedade de colaboração entre as partes é maior ainda, já que estes não buscam interesses privados, mas sim a melhoria dos serviços públicos oferecidos à população. Assim, devem observar referido princípio durante todo o processo, agindo com boa-fé e lealdade e contribuindo para a justa resolução do conflito.

5.10 Participação de terceiros

Ao contrário do procedimento tradicional, marcado pela bipolaridade, o processo estrutural apresenta características policêntricas, já que envolve diversos interesses de uma multiplicidade de sujeitos.

Por sua vez, a legitimidade, conforme visto, é conferida a alguns representantes previamente eleitos pela lei, presumidos como adequados para a tutela dos direitos envolvidos. No entanto, a existência de um rol prévio pode, no caso concreto, esconder riscos à tutela efetiva dos direitos transindividuais¹⁹³, razão pela qual se mostra bastante importante

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”.

¹⁹³ Susana Henriques da Costa aponta que no sistema brasileiro, “a melhor forma de equacionar o problema da verificação da representatividade adequada do autor da demanda é reconhecer que, embora o legislador tenha previamente eleito os entes legitimados à tutela coletiva de direitos, sempre será necessária a realização de um controle judicial da sua real aptidão para a defesa da coletividade no caso concreto”. (COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *In*: SALLES, Carlos Aberto de (coord). **As grandes transformações do processo civil brasileiro – estudos em homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin: 2009, p. 976).

a previsão de participação da sociedade na contribuição do diálogo e da construção do processo¹⁹⁴.

Sérgio Cruz Arenhart destaca que a nossa legislação elegeu os legitimados coletivos, que são, em regra, instituições públicas, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios e as autarquias. No entanto, para o autor, essa forma de representação tende a “abstrair” as pessoas efetivamente envolvidas nos conflitos, conferindo a legitimidade a instituições que estão, em muitos casos, afastados da realidade da controvérsia¹⁹⁵. No entanto, permitir a legitimidade pelo cidadão não significa que seja a melhor resposta para que o conflito possa ser discutido da forma mais ampla possível, conforme se verifica nas ações populares, muitas vezes propostas não para atender a interesses públicos, mas sim privados, com a falsa imagem de exercício da cidadania¹⁹⁶.

Assim, para que o processo coletivo possa ser considerado um instrumento de democracia participativa, é necessária a existência de instrumentos de participação, de alguma forma, do grupo de pessoas ou da sociedade interessados. Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia destacam a necessidade de diálogo e cooperação dos envolvidos para a efetivação das decisões, que não se mostram iguais às tomadas no processo civil tradicional:

Quando o Judiciário tem diante de si a responsabilidade de prover resposta à pretensão que envolva a realização de políticas públicas deve- assim com maior

¹⁹⁴ Conforme ressalta Sérgio Cruz Arenhart, “a tutela coletiva não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso ACP do carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 477).

¹⁹⁵ O autor complementa afirmando que, “é curioso notar como o processo coletivo – e particularmente, o processo coletivo brasileiro – “abstrai” as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela coletiva culmina por “pessoalizar” os direitos individuais de massa e os direitos metaindividuais, de certa forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais. (...) Esse modelo processual faz com que haja verdadeiro desalinhamento entre aquilo que se busca no processo coletivo – e a forma como isso é buscado no processo – aquilo que, possivelmente, seria o real interesse da coletividade. Em verdade, o processo coletivo ocasiona abstração dos interesses “representados”, que passam a ser considerados, apenas, como aqueles vertidos no processo pela parte legitimada, assumindo pouca ou nenhuma relevância a eventual disparidade entre essa vontade e aquela da sociedade, do grupo ou do interesse objeto do processo. Como falta ao direito brasileiro um sistema de controle da representatividade adequada, não há ferramentas de aferição que garantam alguma aderência entre a conduta do legitimado e os interesses da coletividade” (ARENHART, Sérgio Cruz. **O Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 426/428).

¹⁹⁶ Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar da legitimidade *ope legis*, assim ressalta: Optou-se por essa alternativa porque a entrega do poder de representar a sociedade ao cidadão (feita anteriormente pela Lei de Ação Popular) mostrou-se fracassada, diante de várias razões (Op. Cit., p. 426-428).

ênfase do que se é exigido em qualquer processo – ter em vista a garantia do contraditório como participação. O processo constitucionalizado hoje exige do Judiciário uma nova forma de lidar com as antigas e novas litigiosidades. No caso da litigância de interesse público é preciso reconstruir as bases do processo para além do debate entre posturas liberais e socializadoras e em direção à formação discursiva e de seu cumprimento¹⁹⁷.

Diante da complexidade dos interesses envolvidos nos litígios estruturais e da questão da representatividade adequada, a adoção de instrumentos de participação de terceiros no litígio se mostra uma medida adequada para que o conflito estrutural possa ser pacificado de forma efetiva.

É importante a inserção da sociedade civil no debate processual, para que possam ser visualizados os reais problemas e questões a serem solucionados. Atente-se que os litígios de interesse público ou estruturais envolvem um conjunto de questões que atingem diversos interesses, sendo importante a oitiva dos diversos grupos envolvidos, que, muitas vezes, podem até ter opiniões antagônicas.

Neste sentido, Sérgio Cruz Arenhart ressalta que o processo estrutural deve se assemelhar a uma arena de debate, em que o Judiciário deve permitir a ampla participação para a discussão das questões:

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 verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial¹⁹⁸.

Assim, a participação, nos processos estruturais, não deve se ater ao antagonismo do processo civil tradicional, devendo abrir-se para entender o conflito real, com o amplo diálogo da sociedade. Para tanto, a utilização das audiências públicas e do *amicus curiae* se mostram bastante relevantes para tanto.

¹⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 121-152, out, 2013.

¹⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 448.

5.10.1 Audiências públicas

As audiências públicas são instrumentos que permitem o diálogo entre a sociedade e os Poderes Públicos, possibilitando o debate e a apresentação das diversas posições e interesses. É prevista por diversas leis¹⁹⁹, tendo sido mencionada no Código de Processo Civil no julgamento do IRDR e no dos Recursos extraordinários e Especiais repetitivos (art. 983, §1º e 1.038, II²⁰⁰).

O Poder Judiciário já utiliza esse instrumento para debater temas polêmicos, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal²⁰¹, permitindo a participação de vários grupos da sociedade para debater os assuntos em discussão, com subsídios técnicos e econômicos para auxiliar os julgadores na tomada das decisões²⁰².

¹⁹⁹ Cita-se algumas previsões, dentre elas, a Lei 9.882/99; art. 27, VI, da Lei 8.265/93; artigo 11 da Resolução 87/06 do Conselho Superior do Ministério Público Federal; o artigo 43, II, da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); artigo 39 da Lei nº 8.666/93; artigo 4º, §3º, da Lei nº 9.427/96; artigo 10 da Lei nº 9.478/97; artigo 32 da Lei nº 9.784/99; artigo 9º e artigo 48, parágrafo único da Lei nº 101/00; artigo 11, IV, da Lei nº 11.445/2007; artigo 11, §1º, da Resolução CONAMA 06/86; artigo 2º, “caput”, da Resolução Conama 09/87; artigo 10, V, da Resolução Conama 237/97.

²⁰⁰ “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá fazer data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

“Art. 1.038. O relator poderá:

(...)

II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento”.

²⁰¹ A primeira audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal ocorreu em abril de 2007 no julgamento da Adi 3.510/DF, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5 da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), o qual autoriza pesquisas com células tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos, com a imposição de determinados requisitos. O Ministro Relator, Carlos Ayres Brito, com a finalidade de debate sobre a questão, convocou uma audiência pública, que contou com representantes de diversas especialidades. Ao final, a ação foi declarada improcedente. Desde então, foram designadas audiências públicas para discussões de diversos temas, dentre eles a Judicialização do direito à saúde, ocorrida em 2009 (SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355); importação de pneus usados, em 2008 (ADPF 101); interrupção de gravidez, em 2008 (ADPF nº 54); Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior, em 2010 (ADPF nº 186 e RE nº 597.285); Proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias, em 2012 (ADI nº 4.103); proibição do uso de amianto, em 2012 (ADI nº 3.937), dentre outros. No âmbito do STF, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno. Informações do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em 10 mai. 2019.

²⁰² Para Edilson Vitorelli Diniz Lima, no entanto, as audiências públicas têm um papel muito limitado de contribuição à resolução do conflito. Conforme o autor, é possível concluir que as audiências públicas têm

A finalidade das audiências públicas, no entanto, não é de apenas coletar dados técnicos através de *experts* no assunto, mas permitir que a sociedade civil, que será atingida pela decisão, possa participar do debate, influenciando a decisão judicial ao trazer argumentos pessoais ou de fatos ainda não esclarecidos²⁰³. No tocante às políticas públicas, este instrumento se mostra ainda mais relevante, já que se relacionam à efetivação de direitos fundamentais, que têm consequências diretas nos envolvidos no debate.

Neste sentido, as audiências públicas não devem ser realizadas apenas para o cumprimento de um requisito²⁰⁴, devendo ser observada a efetiva participação das pessoas envolvidas, com a fixação de datas razoáveis e em locais que permitam o comparecimento do maior número de interessados possível.

Ademais, para permitir a participação efetiva, é necessário que haja adequada informação prévia sobre as questões a serem debatidas, permitindo, assim, a consulta e o envolvimento das pessoas nas discussões.

limitações que impedem que sejam eficazmente utilizadas em qualquer tipo de contexto, processual ou extraprocessual. Tais limitações decorrem tanto de problemas inerentes ao modelo – impossibilidade de se colher opiniões de um grande número de pessoas e de produzir uma discussão qualificada – quanto da forma como são conduzidas. Outro elemento a ser considerado é a falta de interesse do público em participar da audiência, o qual é reforçado pelos defeitos de organização. As autoridades encarregadas da convocação, quando se fazem presentes, estão mais interessadas em expor seus pontos de vista do que em ouvir o que um “qualquer do povo” tem a dizer. Assim, não é de se esperar que pessoas comuns deixem suas atividades cotidianas para se envolver em eventos nos quais são vistas como participantes secundários, com oportunidades de fala limitadas ou inexistentes. Fazer com que as pessoas compareçam exige que elas saibam o que está em jogo no processo, bem como que acreditem que o tempo despendido será justificado por uma possibilidade de efetivamente influenciar na decisão. A Suprema Corte do Estado de Washington resumiu, há algum tempo, os requisitos necessários à manutenção de uma atmosfera de equidade em uma audiência pública. (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 522).

²⁰³ No julgamento da ADPF 54, sobre a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, foram ouvidas em audiência pública as seguintes organizações: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Igreja Universal, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Médico-Espírita do Brasil – AME, Conselho Federal de Medicina, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, 3. Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, 4. Sociedade Brasileira de Genética Médica, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero ANIS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=2&tipo=realizada#>. Acesso em 10 jul. 2019.

²⁰⁴ Ressalte-se que, em estudo recente, Bahia e Matos, ao analisarem as audiências públicas e a participação de *amicus curiae* em ações julgadas pelo STF, constataram que os referidos mecanismos institucionalizados de participação não têm representado práticas dialógicas à participação de grupos minoritários condizentes com o modelo deliberativo de democracia. (BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; MATOS, Amanda Melillo de. *Amici curiae* e audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: Uma análise da participação de grupos minoritários à luz da concepção deliberativa de democracia. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 76-100. Disponível em: <https://www.academia.edu>, acesso em 10 de outubro de 2019).

Nos litígios estruturais, a realização de audiências se mostra bastante importante, pois permite ao julgador coletar elementos fáticos e técnicos da real complexidade da questão, propiciando a melhor análise da questão e elaboração de um plano mais efetivo²⁰⁵.

Susana Henriques da Costa, ao estudar o litígio sobre as vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo destaca o rompimento do padrão decisório do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, em que foi realizada a primeira audiência pública na história do Tribunal e, mesmo diante da tentativa de conciliação infrutífera, culminou com uma decisão diferente do que usualmente era feito, destacando-se, dentre as obrigações, a apresentação de um plano de ampliação das vagas e de construção de unidades para atender a demanda cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação²⁰⁶.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014 prevê, dentre as características do processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas, as “dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade” e, “de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica”.

Ademais, incentiva a utilização de audiências públicas pelo magistrado para a melhor compreensão do problema:

Art. 9º. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 10. Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados. Parágrafo único. Admite-se na fase preliminar e no processo judicial a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

²⁰⁵ Conforme explica Sérgio Cruz Arenhart, “a intervenção da comunidade envolvida é fundamental para que a solução obtida realmente espelhe os anseios sociais. Não é raro que alguns acordos, embora concluem o processo, o fazem desagradando exatamente o público que deveria ser beneficiado. Em tais situações, evidencia-se que a participação do “legitimado extraordinário” da ação coletiva deixou de representar a coletividade para representar algum interesse outro, desvirtuando o âmago da autorização legal para sua intervenção desse tipo de causa. Além disso, a participação social permite o controle – pelo público que será impactado pela decisão – sobre o conteúdo, as razões e as possibilidades de solução acordada” (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2. ed., ver. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 489).

²⁰⁶ COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 460-461.

5.10.2 *Amicus Curiae*

O *amicus curiae*, ou também “amigo da corte”, é definido como um terceiro auxiliar do juízo em causas de relevância social. Ele não atua em defesa de um indivíduo ou parte, mas em prol de um interesse relevante do processo, auxiliando no debate e contribuindo para a tomada de uma decisão mais justa. Apesar de não existir consenso sobre a sua natureza jurídica, Humberto Theodoro Júnior defende ser um auxiliar especial do juízo, cabendo-lhe fornecer informações técnicas relevantes para o caso²⁰⁷.

O Código de Processo Civil previu a figura do *amicus curiae* no título de intervenção de terceiros. Conforme determina o artigo 138, a intervenção pode ocorrer por iniciativa do juízo ou a requerimento das partes ou do próprio *amicus curiae* quando houver relevância da matéria debatida, o tema objeto da demanda for específico, ou a controvérsia tiver repercussão geral. Este terceiro pode ser pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade especializada.

O ingresso do “amigo da corte” ocorre por decisão do magistrado, que analisa se a intervenção é conveniente no caso em discussão, definindo os poderes dele no processo.

Owen Fiss, sob a realidade do Direito norte-americano, evidencia esse papel:

[...] o juiz pode convidar certas organizações ou órgãos públicos para participar do processo judicial como *amicus*, como parte, ou como uma figura híbrida – um *amicus* litigante. Decerto, mesmo consciente das condições para sua legitimidade, o juiz não deve limitar o convite àqueles que diriam exatamente o que ele gostaria de ouvir e esse não tem, de fato, sido o costume. (...) Em terceiro lugar, as cortes de instrução e julgamento têm, por vezes, considerado isto necessário – talvez por não poderem mais confiar nos encarregados do cumprimento das decisões judiciais, no âmbito do Poder Executivo ou no domínio das instituições privadas – para a criação de suas próprias estruturas administrativas, tal como o *special master*, para a correção de quaisquer inadequações no que tange às representações²⁰⁸.

Esta intervenção já é muito utilizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, nas ações de controle de constitucionalidade, prevista expressamente pela Lei 9.868/99.

Dinamarco ressalta que, no direito americano, esta figura foi instituída para ser um autêntico “amigo da corte”, com atuação similar a do Ministério Público, quando atua como

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1, 56. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 425.

²⁰⁸ FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 143-144.

custos legis, de forma imparcial e sem interesse de qualquer das partes envolvidas. No entanto, a experiência demonstra o ingresso de entidades atuando no interesse de seus associados, sem “aquela desejável postura institucional ou principiológica”²⁰⁹.

Neste sentido, verifica-se como foi utilizada a figura do *amicus curiae* no Recurso Extraordinário nº 592.581, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 13 de setembro de 2015, decorrente de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul requerendo que fossem realizadas obras no Albergue Estadual de Uruguaiana. A sentença de primeira instância concluiu não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização das obras no estabelecimento, sob pena de indevida invasão no campo decisório da Administração Pública. Esta decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o que culminou na interposição de recurso extraordinário pelo Ministério Público.

Em 2009 foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional discutida, sendo que, durante a tramitação do recurso no Supremo Tribunal Federal, quinze Estados (incluído o Distrito Federal) e a União habilitaram-se no processo na condição de *amici curiae*, pois estes entes tinham interesse na discussão da questão. Em 2016, o processo foi julgado, concluiu o Tribunal pela possibilidade de o Judiciário impor ao poder público Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais²¹⁰.

²⁰⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. II, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 456.

²¹⁰ O julgamento fixou a seguinte tese: “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 para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º inciso 49 XLIX da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes”, constando de sua ementa: 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

De qualquer modo, nos litígios estruturais, é importante que haja ampla participação da coletividade, devendo ser permitido o ingresso de pessoas que possam trazer diversos elementos sobre a questão litigiosa.

O projeto de lei n. 8.058/2014 prevê expressamente a possibilidade de admissão de *amicus curiae* no processo para auxiliar no debate e trazer elementos que auxiliem o juízo na tomada da melhor decisão.

5.11 Flexibilização Procedimental

Na atual legislação processual, a condução do processo passa a ser colaborativa e não mais determinada pelas partes ou pelo órgão jurisdicional, surgindo deveres de conduta para todos. A conduta do magistrado passa a ser isonômica durante o desenvolvimento jurisdicional, sendo assimétrica apenas no momento da decisão. Há a participação efetiva de todos para a obtenção da melhor solução jurídica possível²¹¹.

Apesar de ainda ter um caráter bastante bipolar, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações no tocante à flexibilidade procedimental que podem beneficiar o manejo processual dos conflitos estruturais.

Neste sentido, o artigo 10 do Código de Processo Civil²¹² veda que o magistrado decida qualquer questão, mesmo que possa conhecê-la de ofício, sem conceder oportunidade de manifestação às partes, evitando-se, assim, as chamadas “decisões surpresas” e a interposição de recursos que poderiam ser evitados com a oitiva prévia dos sujeitos. No âmbito dos conflitos estruturais, referida medida se mostra imprescindível, permitindo um diálogo constante entre as partes para a construção do melhor planejamento possível.

da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>. Acesso em 10 jul. de 2019.

²¹¹ ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 56/57.

²¹² “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”.

Por sua vez, o artigo 191²¹³ dispõe sobre o calendário processual, novidade no Código de Processo Civil. É conceituado como um negócio jurídico processual²¹⁴, contudo, plurilateral, que contará com a participação das partes e do órgão jurisdicional. Este instrumento permite que as partes, em conjunto com o juiz, possam formar um calendário do procedimento²¹⁵, fixando datas para a realização dos atos processuais, que ficam pré-agendados, dispensando a intimação das partes. As partes passam a participar da burocracia procedimental, opinando sobre o tempo necessário para cada ato e permitindo a formação de um procedimento mais adequado às especificidades do caso. A calendarização pode ser utilizada tanto na fase de conhecimento como na fase de execução²¹⁶. A execução negociada se mostra mais adequada²¹⁷, permitindo que as partes construam um planejamento que seja efetivamente cumprido.

É uma ferramenta voltada à celeridade e à eficiência da gestão processual, de combate do tempo ocioso e desperdiçado ao longo do procedimento. No entanto, como em

²¹³ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário”.

²¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2ªed., RT, 2016, p. 634.

²¹⁵ Conforme enunciado 299 do Fórum Permanente dos Processualistas Civil, “o juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”.

²¹⁶ “Grosso modo, a calendarização significa uma delimitação imediata de uma expectativa temporal para a prolação da sentença (dead-line), a fim de que todas as etapas do procedimento sejam orientadas em função dessa expectativa. Com isso, elabora-se um calendário ou tabela temporal (*timetable*) de toda a fase de conhecimento e se ganha tempo não remetendo os autos à conclusão para despacho e publicação na imprensa. Como se vê, trata-se de uma técnica de gestão do tempo processual, em que uma tutela jurisdicional mais racional e célere é prestada mediante flexibilização procedimental negociada entre as partes. Nos EUA, a possibilidade de celebração de negócios constitutivos de formato procedimental não encontra respaldo em dispositivos legais, mas num livro de recomendações a juízes, *The elements of case management: a pocketguide for judges*, redigido por William W. Schwarzer e Alan Hirsch e editado pelo Federal Judicial Center no ano de 2006. Na Europa, a prática é descrita na Recomendação (1984) 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, adotada em 28.02.1984 (e hoje prevista, por exemplo, no § 9-4 do Dispute Act norueguês, na regra 1.4.2 das Civil Procedure Rules inglesas, no art. 764 do Code de Procédure Civile francês e no art. 183do Codice di Procedura Civile italiano). Em todos esses países, o poder do juiz de designar uma audiência para a composição de uma “programação do procedimento” (schedule) está inserido num contexto mais amplo chamado case management powers (que são poderes de gestão concedidos aos juízes para conduzirem ativamente os processos, adaptando-os flexivelmente às circunstâncias de cada caso e tornando-os, assim, mais ágeis)”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “execução negociada” de políticas públicas em juízo**. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro de 2012, p. 40).

²¹⁷ De acordo com Eduardo José da Fonseca Costa, “O dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública. Execução forçada é vista tradicionalmente como sanção; sanção é consequência jurídica de ato ilícito; atos ilícitos são atos imorais. Daí a elevada carga de reprovabilidade e de coercitividade que existe no regime de efetivação das tutelas específicas de obrigação de fazer e não fazer (art. 461, §§ 4.º e 5.º do CPC (LGL\1973\5)) e nos veementes instrumentos do Contempt of Court anglo-saxão”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “execução negociada” de políticas públicas em juízo**. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro de 2012, p. 25-56).

qualquer acordo, os envolvidos precisam agir de boa-fé e lealdade, não pleiteando prazos protelatórios ou que dificultem o andamento do processo. Esse instrumento pode ser utilizado nos conflitos estruturais, estabelecendo um calendário dos atos que serão praticados, o que pode auxiliar na melhor solução dos pontos, principalmente, tendo em vista que referidos processos geralmente tratam de questões complexas.

O artigo 222, §1º, do Código de Processo Civil²¹⁸ permite a negociação sobre os prazos processuais. O enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê a possibilidade de “acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza”. No tocante aos processos civis de interesse público, diante da complexidade da causa, é importante que as partes acordem os prazos necessários para a realização dos atos, sendo que nem sempre os prazos processuais legais são suficientes para o cumprimento destes. Assim, elaborar um planejamento, por exemplo, demanda um tempo de análise, construção e reflexão que podem exigir a fixação de períodos maiores entre os envolvidos.

O saneamento compartilhado, previsto no artigo 357 do Código de Processo Civil²¹⁹ é outra interessante aplicação do modelo processual cooperativo. O saneamento, tradicionalmente, é realizado pelo juiz, sem a necessidade da presença das partes. A nova disposição permite que este ato possa ser realizado em conjunto entre as partes e o juiz, possibilitando o debate e esclarecimentos. O §2º do dispositivo apontado dispõe sobre o acordo de saneamento ou saneamento consensual, em que as partes, conjuntamente, podem apresentar ao juiz a delimitação consensual das questões de fato e a distribuição do ônus da prova. Os demandantes acabam contribuindo para uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, pois substituem a atividade de elaboração das questões pelo juiz.

No entanto, a proposta deve ser homologada pelo juiz, que poderá controlar não só a pertinência das questões formuladas, mas também a legalidade da convenção.

²¹⁸ “Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes”.

²¹⁹ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Já o §3º dispõe sobre a audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes. Em casos complexos²²⁰, o magistrado deverá convocar audiência para que o saneamento seja feito em colaboração com as partes.

A finalidade desta audiência é permitir que o juiz convide as partes a integrarem e esclarecerem suas alegações, trazendo-lhe maiores elementos para que possa promover o saneamento e a organização do processo da melhor forma possível, influenciando no adequado andamento do processo, até que a decisão final ocorra de forma apropriada.

Nos litígios estruturais, a adoção desta disposição é bastante interessante, permitindo que as partes tragam os esclarecimentos necessários, inclusive dados técnicos, o que permitirá a delimitação dos pontos controvertidos e direcionamento correto do procedimento. Em processos complexos, sem o devido saneamento, o processo acaba se tornando bastante ineficaz, não pacificando de forma correta o conflito existente.

Assim, mesmo que o processo civil tradicional não seja o mais adequado para a solução dos litígios estruturais, é possível a utilização de diversos instrumentos, principalmente do Código de Processo Civil, para a condução de tal processo.

5.12 Métodos alternativos de resolução de conflitos

Os métodos consensuais não são uma novidade no nosso sistema. Na realidade, existem desde o século XIX. A Constituição do Império do Brasil, de 1824, nos seus artigos 161 e 162, instituiu a figura do juiz de paz²²¹ e tornou a conciliação obrigatória, condicionando o ingresso em juízo à tentativa prévia de conciliação.

Posteriormente, em 15 de outubro de 1927, foi promulgada a Lei Orgânica das Justiças de Paz, aumentando significativamente a autoridade dos juizes de paz, cujos acordos valiam como sentença, sendo que os juizes de paz podiam ainda executá-los caso estivessem nos limites de sua alçada. Em 1850 foi criado o Regulamento nº 737, que, além de regular o

²²⁰ O Enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aponta que “a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

²²¹ “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”.

“Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegendem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 20 mai. 2019.

processo de julgamento de causas comerciais, passou a ser aplicado também para outras disputas cíveis. Seu artigo 23 também estabelecia a obrigatoriedade da conciliação prévia, prevendo o artigo 36, ainda, a possibilidade do comparecimento voluntário das partes também no âmbito pré-processual²²².

Assim, durante o Império, vigorou a necessidade de tentativa de conciliação como condição de acesso ao Poder Judiciário, como óbice legítimo na busca da pacificação social.

Este cenário, no entanto, modificou após a Proclamação da República. Em 26 de abril de 1890, foi editado o Decreto nº 359, de inspiração positivista, que extinguiu a obrigatoriedade da conciliação prévia como condição para o acesso à via judicial. Para o diploma, a obrigatoriedade da utilização da conciliação era custosa e não se mostrava frutífera, representando a tutela do Estado sobre direitos e interesses particulares que podiam ser transacionados independentemente da interferência do Juízo. Assim, embora não se opusesse à conciliação de disputas, o Estado não mais se propunha a disponibilizar estrutura própria para sua promoção. A Justiça de Paz passou a ser um órgão facultativo e a conciliação deixou de ser um requisito obrigatório para ingresso em juízo. Kazuo Watanabe também analisa os motivos pelos quais a política de conciliação não se consolidou naquela época:

Em nossa avaliação, a política pública adotada era bastante arrojada e adequada à sociedade que tínhamos à época, mas houve falhas em sua implementação e, mais grave que isso, houve sua inadequada utilização política. A “conciliação” e seu agente executor, que era o “juiz de paz”, foram objeto de intensa disputa política entre dois grupos políticos que se contrapunham, os liberais e os conservadores. Passaram a ser, em razão disso, muito mais instrumentos políticos do que instrumento de implementação de uma arrojada política pública de solução de conflitos de interesses²²³.

Os diplomas normativos seguintes não incentivaram a utilização de referidos métodos, de modo que a conciliação passou a não ser mais utilizada.

O reacendimento recente do interesse do Estado e do Judiciário pelos meios consensuais, principalmente no âmbito cível, deu-se com mais ênfase na década de 1980, no contexto dos movimentos pela expansão de direitos e pela democratização do acesso à

²²² “Art. 23. Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que préviamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes.” “Art. 36. Independente de citação poderão as partes interessadas em negocio commercial apresentar-se voluntariamente na audiencia de qualquer Juiz de Paz, para tratarem da conciliação, sendo o seu processo e efeitos os mesmos determinados nos arts. 33, 34 e 35”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em 20 mai. 2019.

²²³ WATANABE, Kazuo. *Mediação como Política Pública Social e Judiciária*. In: **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. Belo Horizonte. Del Rey Editora, 2019, p. 104.

justiça, quando então a conciliação ganhou considerável destaque enquanto política judiciária.

Em 07 de novembro de 1984 foi editada a Lei nº 7.244, criando o Juizado de Pequenas Causas, orientada, dentre outros critérios, pela solução conciliada de conflitos. Kazuo Watanabe aponta que muitos defenderam, na época, o aperfeiçoamento do procedimento sumaríssimo, não se dando conta de que não tratava de um mero procedimento, mas de um “conjunto de inovações, que vão desde nova filosofia e estratégia no tratamento dos conflitos até técnicas de abreviação e simplificação procedimental”²²⁴.

Este sistema era capaz de absorver a denominada litigiosidade contida, ou seja, causas que não acessariam o judiciário, pois este era muito custoso e demorado. A ausência de tratamento judicial adequado afeta, principalmente, gente desprovida de capacidade econômica para enfrentar os custos e a demora, representando apenas uma garantia formal de acesso à justiça, e não material.

Conforme ressalta Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, a facilitação do acesso à justiça ocorre por meio de três eixos principais: gratuidade, capacidade postulatória da própria parte e incentivo à mediação e conciliação²²⁵.

Diante da experiência inovadora, que teve resultados positivos, a Constituição Federal de 1988 previu os Juizados de Pequenas Causas nos artigos 24, inciso X e 98, inciso I²²⁶. Posteriormente, em 1995, foi editada a Lei nº 9.099, revogando a Lei dos Juizados de Pequenas Causas e criando os Juizados Especiais, em que foi ampliada a sua competência, mas sem alterar a ideia matriz do anterior.

O Código de Processo Civil de 1973 também continha disposições incentivando as partes a tentarem uma solução conciliada. A Lei nº 8.952/1994 incluiu no Código de Processo Civil o artigo 125, inciso IV, instituindo como dever do juiz a tentativa de

²²⁴ WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas (Filosofia e Características Básicas). *In: Acesso à Ordem Jurídica Justa*. Belo Horizonte. Del Rey Editora, 2019, p. 11.

²²⁵ ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do Processo e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2017, p. 26.

²²⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

conciliação a qualquer tempo. A redação do artigo 331²²⁷, em meio às reformas processuais de 2002, também foi alterada para instituir a audiência preliminar de conciliação como uma fase do processo de conhecimento anterior à audiência de instrução e ao julgamento. A alteração teve como base o “Modelo de Stuttgart”, que privilegia a oralidade e a imediatidade, com a condução do processo por um juiz mais ativo. Conforme ressalta Juliana Demarchi:

Esse modelo influenciou o processo civil brasileiro notadamente no que diz respeito à audiência preliminar delineada no artigo 331 do CPC. Estimula-se a presença das partes e há grande incentivo à conciliação. Frustrada a tentativa de composição, tem lugar o efetivo debate sobre os requisitos necessários para a condução do processo, debatendo-se sobre os pontos controvertidos e as provas adequadas e pertinentes a serem produzidas. Nesse momento, o Juiz delibera sobre os requisitos de validade do processo e as provas a serem produzidas, realizando verdadeira estruturação e organização dos atos subsequentes que permitirão a adequada instrução da causa para a prolação da sentença de mérito²²⁸.

Por este modelo, o julgador assume um papel mais ativo, colaborando efetivamente para a marcha adequada do processo e evitando suspensões ou extinções desnecessárias do processo. Esta mesma ideia está na base do *case management* do sistema processual norte-americano, pela *Rule 16, Federal Rules of Civil Procedure*, com a adoção dos meios alternativos de solução de conflitos (ADR), que foi responsável pela maior celeridade dos atos processuais nos processos americanos²²⁹.

No entanto, na prática, a tentativa de acordo da audiência do artigo 331 era cumprida como mera formalidade, já que os magistrados, muitas vezes, não compreendiam a importância da utilização de tal instrumento, além de não terem preparo técnico para atuarem como conciliadores. Por sua vez, os advogados também não se preparavam adequadamente, instruindo as partes sobre a importância de tal medida e as incentivando para prática. Ademais, diante da “cultura da sentença”, os próprios jurisdicionados, muitas

²²⁷ “Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir”.

²²⁸ DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileira**. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 84.

²²⁹ Kazuo Watanabe aponta que “em vários Estados, como na Califórnia, menos de 5% das causas ajuizadas chegam à fase final do julgamento. É verdade que o sistema norte-americano tem especificidades, como o júri para as causas cíveis, um sistema diferenciado de colheita de provas (Discovery) e outras peculiaridades que, certamente, levam à aceitação de meios alternativos de solução de conflitos (ADR), mas, de qualquer forma, o índice mencionado é simplesmente espantoso (WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. Belo Horizonte. Del Rey Editora, 2019, p. 65-74).

vezes, encaram a solução imposta pelo Estado como a forma mais nobre e adequada para a solução dos conflitos.

No entanto, diante dos notórios problemas do Judiciário, de lentidão, burocracia e custos, nos anos que se seguiram, juízes e tribunais passaram a investir cada vez mais em mutirões e centros de conciliação, bem como na institucionalização de programas de mediação, especialmente no âmbito familiar.

Com a criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004, foram organizadas comissões e grupos de trabalho para discutir a Reforma do Judiciário e o Pacto de Estado em Favor de um Judiciário Mais Rápido e Republicano, quando então o incentivo à conciliação e à mediação judiciais passou a integrar a agenda de reformas judiciais. O movimento culminou com a edição da Resolução nº 125/2010 pelo CNJ e a instituição da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que objetiva proporcionar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, considerando a conciliação e a mediação os instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Para a efetiva implementação da política, o ato normativo prevê a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), responsáveis pelo desenvolvimento da política pública nos Estados, dentre outras atividades; e os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que são as estruturas capazes de ofertar os mecanismos de solução consensual de conflitos e de prestar atendimento e orientação ao cidadão.

O objetivo da resolução não é resolver a crise do Judiciário, mas possibilitar um melhor tratamento aos conflitos apresentados, permitindo a adoção de outros métodos, que pode ser mais eficazes para a resolução da questão. Conforme ensina Kazuo Watanabe:

Após a efetiva e correta implementação da Resolução nº 125, teremos a atualização do conceito de acesso à Justiça, tornando-o não mais mero acesso aos órgãos judiciais, e sim acesso à ordem jurídica justa. Não será apropriado referir-se à mediação e à conciliação como mecanismos “alternativos” à solução sentencial, devendo ser consideradas como meios “adequados de resolução de controvérsias”²³⁰.

Além da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, foram editadas outras normas incentivando a adoção de tais métodos processuais, tais como o Código de

²³⁰ WATANABE, Kazuo. Mediação como Política Pública Social e Judiciária. In: **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. Belo Horizonte. Del Rey Editora, 2019, p. 105.

Processo Civil, que reforçou a prioridade pela adoção dos métodos consensuais e trouxe disposições sobre os conciliadores e mediadores e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), que disciplina a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. É possível, assim, se falar hoje da existência de um microsistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos²³¹, formado por estes três diplomas, que são aplicados naquilo que não conflitam²³².

O Código de Processo Civil de 2015 também reforçou a prioridade pela adoção dos métodos consensuais de resolução de conflitos, bem como dispôs sobre os conciliadores e mediadores. O artigo 3º estabelece que é dever do Estado promover, sempre que possível, a solução consensual, devendo ser estimulada sempre pelos juízes, advogados, defensores público e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Conforme explica Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ao comentar o dispositivo:

Passa a ser uma obrigação, e uma prioridade do Estado no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para o alcance das finalidades salientadas. Além disto, o legislador, ainda no capítulo das “Normas Fundamentais”, orienta os principais protagonistas do processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, a estimular a solução consensual através da conciliação e da mediação²³³.

Por sua vez, o artigo 334 do Código prevê a designação obrigatória da audiência de conciliação e mediação, que será realizada por um conciliador ou por mediador, dependendo do tipo de conflito, e não pelo magistrado, conforme ocorria na audiência prévia prevista no Código de Processo Civil de 1973. Há clara preocupação do legislador de que o dispositivo seja efetivamente aplicado, de modo que a audiência não ocorrerá apenas se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não for admitida a autocomposição no caso concreto. Além disso, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa (§8º).

²³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BONATO, Giovanni (Org.). **O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-2.

²³² Na hipótese de conflito entre as regras previstas pelo novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, esta última, por ser posterior e específica, deve prevalecer.

²³³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

5.12.1 Autocomposição e jurisdição

Cândido Rangel Dinamarco conceitua a jurisdição como a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”. Conforme o autor:

Assumido que o sistema processual é impulsionado por uma série de escopos e que o Estado chama a si a atribuição de propiciar a consecução destes, uma das funções estatais é a de realizar os escopos do processo. Tal é a jurisdição, função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais e aos demais escopos do sistema processual (supra, nn. 48-52). Entre esses escopos está o de atuação do direito material, tradicionalmente apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais – pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos²³⁴.

No entanto, a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover, em seu último estudo, defende que deve haver uma releitura do conceito de jurisdição, que, atualmente, compreende não apenas a justiça estatal, mas também a justiça arbitral e a justiça consensual. Em razão disso, o conceito clássico de jurisdição está superado, já que, definido como poder, função e atividade, temos que não há exercício de poder na justiça consensual. Mesmo os elementos tradicionais também não se aplicam mais, já que não há lide na justiça consensual, do mesmo modo que não se pode falar em substitutividade e inércia, podendo o magistrado remeter, de ofício, as partes às vias conciliativas²³⁵. Assim, para a doutrinadora, jurisdição, na atualidade “não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o da garantia de acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça”.

Assim, para a autora, a jurisdição é conceituada como “garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos, utilizando seus instrumentos – processo e procedimentos, na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social”²³⁶.

A justiça estatal não é a única via para o atingimento da pacificação social, sendo os meios alternativos de resolução de conflitos um instrumento extremamente relevante,

²³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. I. 8. ed., ver. atual., Malheiros, 2016, p. 306.

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, pp. 18-19.

²³⁶ *Ibid.*, p. 3.

aceitos e previstos pelo ordenamento jurídico. A professora Ada, inclusive, defende que o verdadeiro instrumento de pacificação seria a justiça conciliativa, já que a sentença judicial impõe uma decisão, muitas vezes sequer aceita pelas partes, o que se verifica pela quantidade de recursos e impugnações impostas²³⁷.

Kazuo Watanabe também ressalta a adequação da mediação e da conciliação, pois “não somente solucionam os conflitos como têm a virtude de pacificar os conflitantes”²³⁸.

Como fundamentos principais da justiça conciliativa, Ada Pellegrini Grinover destaca os fundamentos funcional, social e político. No funcional, busca-se a melhor distribuição da justiça, com a desobstrução dos tribunais; pelo social, visa-se à pacificação social; e, pelo político, permite-se a participação das próprias partes, situação típica de uma democracia participativa²³⁹.

Os métodos consensuais precedem à própria jurisdição. Em um momento, no entanto, passa-se a atribuir a solução a terceiros, surgindo a jurisdição estatal. Ocorre que surgem problemas como a burocratização, dificuldades de acesso, formalismos e aumentos da litigiosidade, demonstrando a insuficiência e inadequação da exclusividade estatal, ressurgindo, assim, o uso dos meios alternativos, em que as próprias partes buscam uma solução conciliativa, sendo o terceiro apenas um intermediário que auxilia os envolvidos. Conforme explica Ada Pellegrini Grinover:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”)²⁴⁰.

Apesar de ter ocorrido bastante evolução neste sentido, ainda existe certa resistência na utilização de referidos métodos. Conforme explica Kazuo Watanabe, um dos grandes obstáculos é a própria formação acadêmica dos nossos operadores de direito que, desde a

²³⁷ Ibid., p. 81.

²³⁸ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2019, p. 07.

²³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2007.

²⁴⁰ Ibid, p. 1-5.

faculdade, são estimulados a priorizar apenas o estudo da solução contenciosa²⁴¹. Além disso, há uma “cultura da sentença”, em que os magistrados preferem proferir uma sentença a tentar uma conciliação por diversos motivos, seja por acúmulo de trabalho, falta de preparo técnico para a conciliação, falta de recursos humanos e materiais e falta de incentivo desde os bancos das universidades.

Assim, é importante que o Estado estimule e organize estes meios alternativos de solução de conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento, controlando-os, tendo em vista que o funcionamento da Justiça depende da correta estruturação de tais serviços.

5.12.2 Modelo Multiportas

Apesar de ser muito utilizado o termo “método alternativo de resolução de conflitos”, esta expressão não pode ser entendida como sendo uma medida acessória, mas sim como mais um método adequado para a resolução de conflitos, em igualdade de importância com o sistema tradicional. Em razão disso, é mais adequado falar-se em “método adequado de resolução de conflitos”.

Com a entrada em vigor dos diversos diplomas normativos apontados, o sistema processual passa a seguir o modelo de Justiça ou Tribunal Multiportas²⁴², em que a atividade jurisdicional estatal não é a única nem a principal opção das partes, existindo outras

²⁴¹ O autor aponta que “é esse o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do Brasil. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas voltadas à solução não contenciosa dos conflitos. Após a Lei n. 9.307, de 1996, que disciplinou melhor a arbitragem, houve algum avanço na área de arbitragem. Não se nota ainda, todavia, um investimento maior na formação e treinamento de profissionais voltados à solução não contenciosa de conflitos, como negociação, conciliação e mediação. (WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 06.*

²⁴² Conforme explica Érica Barbosa e Silva ao tratar deste modelo, “em 1976, Frank E. A. Sander fincou num discurso a base do Sistema de Múltiplas Portas. A publicação posterior dessas ideias se deu no artigo “Varieties of Dispute Processing”, segundo o qual mais portas deveriam ser oferecidas para resolver conflitos, sendo vantajoso para todos haver uma gama de possibilidades, o que realizaria mediante um sistema de Justiça que pudesse fazer triagem e indicasse os mecanismos corretos, partindo das especificidades de cada conflito e considerando os interesses envolvidos. Para tanto, o autor idealizou Centros que concentrariam diversas resoluções, atuantes dentro do Poder Judiciário, e que um funcionário público se vinculasse dessa triagem, direcionando conflito para uma resolução”. (SILVA, Érica Barbosa e. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação**. Tese de Doutorado. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo – USP, 2012, p.55).

possibilidades legítimas para pacificação social. Dentro do tribunal multiportas, as disputas são encaminhadas a diferentes mecanismos de soluções de conflitos (ou portas) mediante critérios definidos pela legislação.

Assim, para cada tipo de litígio existe uma forma mais adequada de solução. A jurisdição estatal é apenas mais uma dessas opções. A análise do caso concreto verificará qual método deve ser adotado primordialmente, para, na hipótese de insucesso, ser adotado o meio litigioso. Conforme explica João Luiz Lessa Neto:

O modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito. No processo civil tradicional a parte é um sujeito passivo, que não se manifesta ou atua no processo. De modo geral, apenas fala através de seu advogado, por petições escritas. No modelo multiportas ela tem a chance de falar diretamente, de expor suas preocupações, objetivos e interesses, para que possa diretamente construir a solução de seu conflito. Adotar este modelo é uma alteração na própria lógica tradicional de atuação do Poder Judiciário perante a sociedade. As perspectivas que se descortinam têm sentido e alcance democrático²⁴³.

O modelo multiportas traz diversas vantagens, já que a parte litigante assume o protagonismo da solução de seu problema, com maior comprometimento e responsabilização acerca dos resultados. Além disso, a utilização de tais métodos leva à maior eficiência do Poder Judiciário, que passa a analisar apenas os casos mais complexos, quando inviável a solução por outros meios ou quando as partes assim o desejassem.

No entanto, existem diversos desafios, conforme pontua João Lessa Neto, tanto de ordem estrutural, quanto educacional e cultural, que devem ser superados para a efetiva implantação do modelo multiportas. Com efeito, toda a estrutura para a realização das sessões de mediação e conciliação deve ser disponibilizada. Além disso, é preciso preparar os operadores do direito desde a faculdade, além de capacitar adequadamente os terceiros facilitadores. Por fim, é necessário modificar o “pré-conceito” que existe de que a adoção de tais métodos não seria tão nobre quanto uma decisão judicial.

Dentre os principais métodos alternativos autocompositivos mais utilizados no sistema brasileiro destacam-se a negociação, a conciliação e a mediação.

A negociação é o meio pelo qual as partes chegam a uma solução sem que seja necessária a intervenção de um terceiro, sendo um método já muito utilizado no sistema

²⁴³ LESSA NETO, João. **O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!**, Revista de Processo, vol. 244/2015, p. 427 - 441, Jun. /2015.

processual. É possível, no entanto, o auxílio de profissional especialmente capacitado para o desenvolvimento de negociações, denominada negociação assistida. Por este método, as próprias partes apresentam propostas colaborativas, em que existem concessões mútuas, mas que no final é mais vantajoso do que uma decisão judicial em que normalmente um ganha e o outro perde.

Por sua vez, tanto a conciliação quanto a mediação são métodos em que há a participação de um terceiro facilitador.

A conciliação, prevista desde a Constituição do Império de 1824, ocorre por meio da atividade de um terceiro, que tem como finalidade incentivar, facilitar e auxiliar as partes a se autocomporem, apresentando soluções, mas sem forçar qualquer acordo. O conciliador investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para a sua solução, estimulando as partes para a realização de um acordo. Este método é indicado para a solução rápida e objetiva de conflitos superficiais, que não envolvem prévio relacionamento entre as partes.

Por fim, a mediação é um método consensual voluntário em que o terceiro facilitador auxilia as partes em conflito a restabelecerem o diálogo investigando seus interesses reais, através de técnicas próprias e fazendo com que as próprias partes criem as melhores opções. Assim, o objetivo principal não é acordo, mas que as partes voltem a se dialogar²⁴⁴.

É um procedimento colaborativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes, que pode eventualmente resultar em um acordo diante do envolvimento das partes. Existe confidencialidade do discutido, havendo uma visão mais prospectiva de como fazer para evitar que a motivação do evento passado volte a ser manejada como foi e como tentar manter as relações.

²⁴⁴ Para Érica Barbosa e Silva, “a conciliação difere da mediação por ter objetivo específico. Nesse sentido, “a diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial. Na mediação, as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo” (SILVA, Érica Barbosa e. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo – USP, 2012, p. 137).

O mediador deve facilitar a comunicação, buscando estabelecer um diálogo cooperativo e respeitoso, fazendo com que as partes se ouçam, encorajando a troca de informações, bem como ajudá-las a examinarem seus interesses e suas necessidades.

No tocante aos litígios estruturais, a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos se mostra muito adequada, pois permite que as próprias partes cheguem a um acordo sobre as questões que, muitas vezes são complexas e demandam um planejamento estruturado para a sua resolução²⁴⁵. O Projeto de Lei nº 8.058/2014 prevê, no capítulo IV, a possibilidade de utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias. O artigo 11 dispõe que as partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito à arbitragem ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais. O parágrafo primeiro permite que o magistrado proponha às partes a utilização de tais métodos a qualquer tempo. Esta previsão se coaduna com o artigo 3º do Código de Processo Civil, que estimula a utilização de tal sistema a todo momento.

Apesar de o projeto prever a possibilidade de utilização da mediação, nos conflitos estruturais, pelas suas características, provavelmente serão utilizadas mais a negociação e a conciliação, não existindo, em regra, prévio relacionamento entre as partes que demandem a utilização de técnicas de mediação.

Além disso, é possível, também, a utilização da arbitragem, prevista pela Lei nº 9.307/96, espécie de heterocomposição, em que o conflito é decidido por um terceiro, o árbitro, sendo um procedimento informal e flexível, pactuado pelas partes pela cláusula compromissória, de natureza contratual, antes do advento do conflito ou, pela convenção arbitral, de natureza negocial, antes ou depois de o conflito surgir. Só podem ser tutelados direitos patrimoniais disponíveis. Apresenta algumas características como a flexibilidade, a confidencialidade, o sigilo e a celeridade. A sentença proferida faz coisa julgada, não

²⁴⁵ Interessante ressaltar uma das conclusões da pesquisa “ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva”, desenvolvida pela Sociedade Brasileira de Direito Público, que 2ª edição da série Justiça Pesquisa, do Conselho Nacional de Justiça. O estudo aponta que uma das questões é o problema da morosidade do Judiciário e as limitações de sua atuação. Em razão disso, tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública apontam as soluções negociadas, anteriores à judicialização, como o melhor caminho para a resolução de conflitos coletivos. Para muitos, as ações coletivas nunca são a “primeira alternativa, sendo que mecanismos como inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta acabam sendo priorizados. No entanto, para outros, “apenas a ACP é capaz de empregar o polo passivo, especialmente quando se trata do poder público ou algum agente poderoso causador do dano”. Os próprios magistrados confirmam esta percepção, já que 81,7% reconhecem que o processamento e julgamento das ações coletivas são mais complexas que as individuais. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>. Acesso em 10 mai. 2019.

cabendo a revisão pelo Judiciário, exceto no caso de desrespeito a alguma garantia constitucional ou regra de ordem pública.

O projeto ainda aponta que, quando se tratar de direito passível de transação, a audiência de mediação ou conciliação será obrigatória (§2º do artigo 11). O Código de Processo Civil também prevê, em seu artigo 334, a obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação e mediação, exceto se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual e, quando não for admitida a autocomposição.

O artigo 12, do projeto, no mesmo sentido do Código de Processo Civil, admite a possibilidade de transação pelas partes sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos a qualquer momento. O acordo, ouvido o Ministério Público ou o Defensor Público, se for o caso, poderá ser judicial ou extrajudicial. No dispositivo seguinte, há a possibilidade de as partes celebrarem termo de ajustamento de conduta, que tem natureza jurídica de transação, conforme prevê o parágrafo único do artigo 12.

5.13 Cumprimento das decisões e sua efetividade

A decisão estrutural é aquela que busca implementar uma reforma estrutural em uma organização ou instituição, objetivando a concretização de um direito fundamental ou a realização ou correção de uma determinada política pública.

Uma das dificuldades do processo coletivo estrutural é justamente a execução da sentença. Tendo em vista que as decisões tomadas na fase de conhecimento devem ser abertas e flexíveis para o sucesso da demanda, a fase de cumprimento apresenta desafios. O julgador deve conhecer as causas dos problemas e estabelecer um planejamento de cumprimento. No entanto, quais os parâmetros que devem ser adotados? Como definir até que ponto a tutela jurisdicional deve ir? E, como realizar o controle da atuação jurisdicional?

Neste sentido, em pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) em 2017 sobre as ações coletivas, foi apurado que, no Brasil, existe uma percepção generalizada e reiterada sobre os problemas ocorridos nesta fase²⁴⁶. Além disso, percebe-se

²⁴⁶ Questionamos os juízes sobre como eles avaliavam a estrutura disponível ao Judiciário para (i) executar as decisões judiciais em sede de processos coletivos e (ii) acompanhar as decisões sobre políticas públicas. A avaliação foi negativa nas duas indagações. Para execução das decisões judiciais em ações coletivas, 59,3%

uma dificuldade no acompanhamento e fiscalização não só pelo magistrado, mas também por membros do Ministério Público e da Defensoria Pública tanto em razão da ausência de mecanismos institucionais voltados ao acompanhamento quanto pela dificuldade de cobrar o próprio Poder Público pelo cumprimento das decisões. Além disso, há, ainda, a pouca participação da sociedade civil em tal fase.

Primeiramente, é necessário se definir, de forma clara, os limites do litígio em questão para que possam ser adotadas as melhores medidas para o seu enfrentamento. Para tanto, é essencial que as partes tragam as informações necessárias, que podem ser tanto por manifestação escrita quanto pela realização de uma audiência, privilegiando-se a oralidade. Eduardo José da Fonseca Costa aponta que os dados podem ser obtidos em uma audiência preliminar entre as partes, em que ao réu é permitido expor a possibilidade real e concreta para a implantação da política pública. A presença das partes permite a discussão entre elas possibilitando, inclusive, a elaboração de um cronograma²⁴⁷.

Com o conhecimento da realidade, deve-se verificar quais os meios aptos para possibilitar a reorganização de um sistema, com a determinação de um planejamento com as atividades que deverão ser feitas. Este planejamento é de extrema importância, já que a reforma estrutural demanda, em muitas situações, a realização de diversas etapas para a pacificação do conflito. Ademais, à medida em que as decisões vão sendo implementadas, surgem outras questões e entraves, de modo que, em muitos casos, não se dimensiona, de início, todo o problema existente. Conforme ressalta Sérgio Cruz Arenhart,

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,

dos entrevistados consideraram como insuficiente a estrutura existente. Ao todo, para aproximadamente 95% dos magistrados ouvidos, a estrutura do Judiciário não é adequada em alguma medida. Quando as decisões judiciais envolvem políticas públicas, o cenário é ainda mais crítico: 80,1% dos entrevistados responderam que a estrutura existente é insuficiente para acompanhar a implementação de tais decisões. Para 98,5% dos respondentes, a estrutura é insatisfatória de alguma maneira. Além disso, dificuldades na execução foram o segundo problema mais apontado pelos magistrados. Estes números expressam perfeitamente a realidade que pudemos conhecer por meio das entrevistas qualitativas e análise dos casos emblemáticos. Ou seja, uma vez que as ações coletivas têm se ocupado de políticas públicas, é forçoso melhorar a fiscalização do cumprimento das decisões. Pesquisa “ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva” desenvolvida pela Sociedade Brasileira de Direito Público, que integra 2ª edição da série Justiça Pesquisa, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-aco-es-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>. Acesso em 10 mai. 2019.

²⁴⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro de 2012, p. 25-56.

surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida²⁴⁸.

A execução de uma sentença decorrente de um conflito estrutural normalmente demanda a implementação de obrigação de fazer e não fazer, já que a tutela esperada nesse tipo de procedimento é a reestruturação de alguma política pública, ou a realização de condutas tendentes à alteração de um estado de fato, ou de algum comportamento institucionalizado. Neste sentido, o cumprimento de sentença condenatória de obrigação de fazer ou não fazer está previsto nos artigos 536 e seguintes e no artigo 814 do Código de Processo Civil e, no âmbito coletivo, no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. O objetivo é que o executado cumpra os mandamentos judiciais²⁴⁹, não sendo cabível a simples conversão em perdas e danos, como ocorre, muitas vezes, no processo civil tradicional.

Ademais, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil prevê uma cláusula geral de atipicidade dos meios para qualquer tipo de obrigação, seja ela de fazer, não fazer, entregar coisa, e até de pagar quantia, permitindo que o juiz imponha as medidas necessárias para o cumprimento da decisão proferida, com o objetivo de possibilitar a efetividade da execução.

O juiz, neste momento, assume um papel estratégico, pois deve assumir uma postura ativa²⁵⁰. As decisões devem ser flexíveis, pois a situação fática pode se modificar ao longo do tempo, sendo necessária a ampla participação não apenas das partes, mas também da sociedade. Ademais, conforme bem ressalta Eduardo José da Costa Fonseca²⁵¹, nem

²⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. Acesso em 21 abr. 2018.

²⁴⁹ Conforme ressalta Eduardo José da Fonseca Costa ao analisar o artigo 461 do CPC/73, que “nota-se que todos esses instrumentos são essencialmente coercitivos. Nem por isso têm se mostrado suficientes para compelir o Poder Público a cumprir o comando sentencial. Não raro, na execução de sentenças condenatórias de implantação de políticas públicas, o roteiro é repetitivo: o juiz fixa um prazo intuitivo, o prazo é extrapolado, o Ministério Público protesta, o juiz fixa multa diária, o réu pede mais prazo, as multas acumulam-se até cifras milionárias e a obrigação de fazer continua sendo descumprida ou cumprida de forma parcial ou insatisfatória. Pior: esse acúmulo infundável de multas é cobrado da pessoa jurídica de direito público, não do agente político ou do servidor resistente, o que acaba sangrando o Erário e, com isso, prejudicando a manutenção de serviços públicos essenciais (embora seja razoável admitir-se o redirecionamento das astreintes contra os terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a efetivação da tutela, contanto que a adoção da medida seja precedida do devido processo legal)” (COSTA, Eduardo José da Fonseca, op. cit., p. 28).

²⁵⁰ Conforme aponta Edilson Vitorelli, “à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão” (VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 533).

²⁵¹ FONSECA, Eduardo José da Costa. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro de 2012.

sempre o Estado deixa de implantar uma política pública porque não deseja agir para tanto. Em algumas situações, há limitações orçamentárias ou amarras administrativas que o impedem de rapidamente cumprir a decisão. Por isso, o planejamento feito por todos os envolvidos é de extrema importância.

Desirê Bauernamm enumera alguns requisitos que devem ser observados pelo magistrado neste momento. Em primeiro lugar, a medida executória deve levar em consideração os objetivos do legislador. Ademais, o custo da medida deve ser verificado, observando a legislação referente ao orçamento público. Por fim, as medidas adotadas demandam um diálogo com a população e com os outros ramos do governo²⁵².

O cumprimento da decisão relacionada a políticas públicas envolve principalmente o Poder Público, que deve deverá apresentar um planejamento exequível, com base em dados concretos, com o cronograma de execução, considerando os custos envolvidos, a ser discutido e aprovado pelas partes envolvidas. O autor também assume papel relevante, pois deve auxiliar na elaboração do planejamento e na real fiscalização de sua execução. É essencial que haja o real comprometimento das partes envolvidas²⁵³.

Na Argentina, por exemplo, Roberto Omar Berizonce relata que, no conhecido caso “Beatriz Mendoza”, conforme será melhor estudado no próximo item, a *Corte Suprema de*

²⁵² BAUERNAMM, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 288/290.

²⁵³ José Eduardo da Fonseca Costa, ao tratar da execução negociada aponta que: Para que se consiga um cronograma negociado desse tipo, recomenda-se, dentre outras coisas: (i) que o juiz da causa se reúna as sós com cada uma das partes para ouvir suas posições, identificar interesses subjacentes comuns e contrapostos, simular algumas alternativas de acordo e interromper a audiência quando a conversação se mostrar hostil ou obstruída (na técnica da mediação, essa reunião privada é chamada de “cáucus”); (ii) a instauração de rodadas de negociação para a discussão dos temas e de cada uma das etapas do cronograma; (iii) a presença não apenas dos advogados, do Ministério Público e dos representantes legais dos entes envolvidos, mas também dos responsáveis técnicos encarregados internamente do cumprimento de cada etapa do cronograma; (iv) a consulta eventual a terceiros especialistas - nomeados pelo juiz como peritos, ou intervenientes na qualidade de *amici curiae* - para a ampliação das informações imprescindíveis; (v) a possibilidade democrática de participação não só das partes e dos auxiliares da justiça, mas dos setores da sociedade interessados na implantação da política pública, fazendo-se, assim, com que a relação processual assuma uma estrutura polifônica e transponha a bilateralidade autor-réu (já que, no Estado Social e Democrático de Direito, construído para uma sociedade fragmentária e pluralista, as experiências institucionais conquistam maior legitimidade - de natureza tópica, sublinhe-se - à medida que se estruturam sob canais de controle e participação direta dos destinatários da ação governamental); (vi) a possibilidade de os presentes usarem na audiência mapas, planilhas, gráficos, plantas, desenhos, estudos, rascunhos, orçamentos, croquis, vídeos, fotografias, retroprojetores, slides, quadros, lousas, telas para Power Point, propostas, comentários e toda sorte de recursos audiovisuais necessários à explanação técnica de suas perspectivas; (vii) a possibilidade de eventual interrupção da audiência para a realização de inspeção judicial nos locais de instalação das estruturas que serão necessárias à implantação da política; (viii) a reserva de um espaço amplo e informal para acolher com conforto os presentes, facilitar o diálogo entre eles e comportar toda a estrutura física acima sugerida.)” (FONSECA, Eduardo José da Costa. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro de 2012, p. 35).

Justicia de la Nación determinou aos Estados envolvidos a apresentação de um plano integrado e completo, baseado no princípio da progressividade, a fim de que os objetivos fossem alcançados de modo gradual através de metas projetadas em um cronograma. Francisco Verbic, após interessante estudo sobre o caso²⁵⁴, traça alguns apontamentos sobre as sentenças neste tipo de litígio:

*La denominación “estructural” de las sentencias dictadas en estos procesos vine dada por el hecho que, por su intermedio, los tribunales de justicia se involucran en la gestión de estructuras burocráticas y asumen cierto nivel de supervisión sobre políticas y prácticas institucionales de diversa índole. Es importante destacar que, como regla general, en este tipo de sentencias los jueces no fijan analíticamente y por anticipado todos y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo por el demandado para satisfacer la pretensión actora reconocida en la decisión. En cambio, lo que Suelen hacer es indicar los resultados que la ejecución debe producir y, a todo evento, establecer los criterios generales que deben respetarse al efectos.*²⁵⁵

A decisão judicial no tocante aos litígios estruturais não se limita a resolver o conflito do passado, mas se projeta no futuro e habitualmente tende a influir em políticas públicas do setor afetado, seja para propor novas ou diferentes práticas institucionais ou modificações nas estruturas burocráticas, que vão muito além do caso em questão. A sentença consagra uma obrigação jurídica indeterminada, de valor político e tem como finalidade chamar a atenção para um debate público sobre o tema. Berizonce conclui que:

*En ese sentido la jurisdicción asume una función remedial, porque la decisión está encaminada más hacia la búsqueda de “remedios” para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el conflicto de base con criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa*²⁵⁶.

Além disso, após a sentença, o diálogo continua e se aprofunda para facilitar o cumprimento do que foi decidido. No processo coletivo para a defesa de interesse público, a etapa da execução só se finaliza quando o objetivo é alcançado, o que muitas vezes, demora²⁵⁷, já que normalmente é necessária uma etapa de planejamento, fixando-se

²⁵⁴ BERIZONCE, Roberto Omar. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017.

²⁵⁵ VERBIC, Francisco. Ejecución de Sentencias en Litigios de Reforma Estructural em la República Argentina Dificultades Políticas y Procedimentales que inciden sobre La Eficacia de estas Decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. Trabajo previamente publicado em Argentina (XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias Generales y Ponencias Seleccionadas, Septiembre de 2013), p. 65.

²⁵⁶ BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 269.

²⁵⁷ Neste sentido, explica Owen Fiss que “por outro lado, a fase de execução no processo judicial estrutural está muito longe de ser esporádica. Ela tem um começo, talvez um meio, porém não tem fim – bem, quase não

objetivos, etapas de execução e prazos correspondentes para a consecução dos objetivos almejados.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014 prevê que o planejamento será objeto de debate entre os envolvidos (artigo 18, §2º) e homologada a proposta, será periodicamente avaliada pelo juiz, podendo ser revista, caso se revele inadequada (§3º). O artigo 21, por sua vez, permite que o julgador, de ofício ou a requerimento das partes, altere a decisão na fase de execução, ajustando-a ao caso concreto. Tal previsão se coaduna com as peculiaridades do litígio estrutural, já que no decorrer do cumprimento do planejamento, as medidas adotadas podem se mostrar inadequadas. A imutabilidade de um eventual acordo não trará real efetividade no processo.

Nada impede, no entanto, que sejam celebrados acordos parciais entre as partes sobre aspectos dos conflitos. O processo estrutural normalmente envolve diversas questões e caso algumas delas possam ser resolvidas, já é possível a realização de uma avença, possibilitando o seu consequente cumprimento. A queda das barragens em Brumadinho, em Fundão, e em Mariana/MG ilustram bem esta situação, já que os desastres ocasionaram diversas consequências, desde destruição de cidades, poluição dos rios, mortes, de modo que é possível a realização de ajustes sobre partes dos conflitos.

Francisco Verbic explica que a efetividade das sentenças relacionadas a conflitos estruturais passa por dois tipos de dificuldades: a política, relacionada à necessidade de relação com outros Poderes para o seu cumprimento e da alegação de falta de legitimidade do Judiciário para impor decisões relacionadas a políticas públicas; e, a procedimental, diante da ausência de regulamentação adequada processual no tocante a tais conflitos. Para o autor, o que diferencia os conflitos estruturais dos coletivos em geral é justamente o modo como se dá a implementação da decisão e o remédio utilizado para tanto. Para tentar minimizar a dificuldade política é importante que a decisão seja tomada após uma ampla discussão, com publicidade, participação e consenso. No tocante à dificuldade procedimental, nas causas “Mendoza” e “Verbitsky”²⁵⁸ foram utilizados alguns mecanismos,

tem fim. Envolve uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição; não se refere à implementação de uma medida judicial já concedida, mas à concessão ou forma da medida. A tarefa não é declarar quem está certo ou errado, nem calcular o total de danos ou proferir uma decisão destinada a fazer com que um ato isolado deixe de ser praticado. A tarefa consiste na eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais” (FISS, Owen. *As formas da justiça*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 145).

²⁵⁸ Este caso tratou da situação carcerária na Argentina. Em síntese, em 15 de novembro de 2001, Horário Verbitsky, na qualidade de diretor do “Centro de Estudios Legales e Sociales” (CELS), impetrou *habeas corpus*

como a delegação da execução a um tribunal inferior, o estabelecimento de comitês de controle e supervisão com a participação do terceiro setor e da comunidade, a intervenção de organismos públicos específicos para controlar certos aspectos técnico da execução e a geração de mesas de trabalho para avançar nas soluções consensuais.

A execução requer ideias estratégicas. Conforme ressalta Owen Fiss,

Estratégia requer *insight*, não conhecimento técnico. A sua compreensão das questões estratégicas também não será reforçada por uma audiência de prova realizada antes da entrada do decreto. Os julgamentos estratégicos que são necessários para tornar um remédio eficaz pertencem às deliberações provadas do juiz, e, como resultado, esta característica do empreendimento corretivo pode muito bem colocar a autoridade do juiz a ainda outro teste²⁵⁹.

5.13.1 Mecanismos para auxiliar o cumprimento

Na execução das sentenças relacionadas a litígios estruturais, alguns interessantes instrumentos podem ser utilizados para auxiliar em sua efetividade. Dentre eles, destaca-se a possibilidade de utilização dos denominados *special masters*, que podem ser definidos como auxiliares do juízo para o cumprimento da decisão. Normalmente este trabalho é realizado por um terceiro independente ou uma assessoria técnica independente, pertencente a órgãos públicos ou privados, que se ocupe do cumprimento da sentença, sempre em comunicação estreita com o juiz e sob seu comando. Esta ferramenta se mostra bastante interessante nos litígios estruturais, já que normalmente os magistrados não possuem amplo conhecimento sobre todas as questões postas.

corretivo e coletivo (HCCC) perante o Tribunal de Cassação da Província de Buenos Aires em favor da população carcerária da região diante da violação dos direitos humanos decorrentes da superlotação e das péssimas condições dos estabelecimentos prisionais. O Tribunal, no entanto, rejeitou liminarmente a medida, julgando-se incompetente para conhecer o feito, em razão de sua natureza não individual e da impossibilidade de substituição dos juízes vinculados ao caso concreto. O autor interpôs recurso, mas a decisão foi mantida pela Corte Suprema da Província de Buenos Aires. Assim, interpôs recurso extraordinário federal perante a Corte Suprema de Justiça da Nação. A Corte, de início, convocou duas audiências públicas, foi apresentado informe atualizado sobre a quantidade de presos e condições dos presídios e, em seguida, manifestaram os *amici curiae* e o Procurador-Geral da Nação. Assim, em 03 de maio de 2005, a Corte aceitou o recurso e reconheceu a grave violação aos direitos humanos das pessoas custodiadas, legitimando a atuação do Poder Judiciário na correção da política pública em questão, que deveria se limitar à fixação de pautas e metas para a superação do problema, com um planejamento, diálogo entre os envolvidos e participação da sociedade civil. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corporus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em 08 nov. 2019.

²⁵⁹ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. Quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 37.

Esta figura foi criada pela jurisprudência norte-americana, sendo, posteriormente, regulamentada pela *Rule 53*²⁶⁰, que prevê a faculdade de as Cortes designarem este auxiliar em diversas situações. Neste sentido, ressalta Verbic:

²⁶⁰ *Rule 53. Masters Primary tabs*

(a) *Appointment.*

(1) *Scope. Unless a statute provides otherwise, a court may appoint a master only to:*

(A) *perform duties consented to by the parties;*

(B) *hold trial proceedings and make or recommend findings of fact on issues to be decided without a jury if appointment is warranted by:*

(i) *some exceptional condition; or*

(ii) *the need to perform an accounting or resolve a difficult computation of damages; or*

(C) *address pretrial and post trial matters that cannot be effectively and timely addressed by an available district judge or magistrate judge of the district.*

(2) *Disqualification. A master must not have a relationship to the parties, attorneys, action, or court that would require disqualification of a judge under 28 U.S.C. §455, unless the parties, with the court's approval, consent to the appointment after the master discloses any potential grounds for disqualification.*

(3) *Possible Expense or Delay. In appointing a master, the court must consider the fairness of imposing the likely expenses on the parties and must protect against unreasonable expense or delay.*

(b) *Order Appointing a Master.*

(1) *Notice. Before appointing a master, the court must give the parties notice and an opportunity to be heard. Any party may suggest candidates for appointment.*

(2) *Contents. The appointing order must direct the master to proceed with all reasonable diligence and must state:*

(A) *the master's duties, including any investigation or enforcement duties, and any limits on the master's authority under Rule 53(c);*

(B) *the circumstances, if any, in which the master may communicate ex parte with the court or a party;*

(C) *the nature of the materials to be preserved and filed as the record of the master's activities;*

(D) *the time limits, method of filing the record, other procedures, and standards for reviewing the master's orders, findings, and recommendations; and*

(E) *the basis, terms, and procedure for fixing the master's compensation under Rule 53(g).*

(3) *Issuing. The court may issue the order only after:*

(A) *the master files an affidavit disclosing whether there is any ground for disqualification under 28 U.S.C. §455; and*

(B) *if a ground is disclosed, the parties, with the court's approval, waive the disqualification.*

(4) *Amending. The order may be amended at any time after notice to the parties and an opportunity to be heard.*

(c) *Master's Authority.*

(1) *In General. Unless the appointing order directs otherwise, a master may:*

(A) *regulate all proceedings;*

(B) *take all appropriate measures to perform the assigned duties fairly and efficiently; and*

(C) *if conducting an evidentiary hearing, exercise the appointing court's power to compel, take, and record evidence.*

(2) *Sanctions. The master may by order impose on a party any non contempt sanction provided by Rule 37 or 45, and may recommend a contempt sanction against a party and sanctions against a nonparty.*

(d) *Master's Orders. A master who issues an order must file it and promptly serve a copy on each party. The clerk must enter the order on the docket.*

(e) *Master's Reports. A master must report to the court as required by the appointing order. The master must file the report and promptly serve a copy on each party, unless the court orders otherwise.*

(f) *Action on the Master's Order, Report, or Recommendations.*

(1) *Opportunity for a Hearing; Action in General. In acting on a master's order, report, or recommendations, the court must give the parties notice and an opportunity to be heard; may receive evidence; and may adopt or affirm, modify, wholly or partly reject or reverse, or resubmit to the master with instructions.*

(2) *Time to Object or Move to Adopt or Modify. A party may file objections to—or a motion to adopt or modify—the master's order, report, or recommendations no later than 21 days after a copy is served, unless the court sets a different time.*

Estos oficiales de la Corte son funcionarios que operan bajo la dirección del tribunal que dictó la decisión, a quien e ben acudir tanto para rendir cuentas de su actuación como para obtener la remoción de cualquier obstáculo que encuentren en el cumplimiento de su cometido y exceda los poderes que le fueran otorgados para actuar. Si bien resulta un recurso de carácter excepcional, la utilización de estos auxiliares aparea importantes ventajas para los magistrados ya que -sin perder el poder de dirección y control sobre el asunto- impide que su tarea cotidiana resulte absorbida por la gestión que exige el cumplimiento de la decisión²⁶¹.

Edilson Vitorelli aponta que estes auxiliares normalmente são estudiosos, como professores de universidade ou ex-juízes, com grande conhecimento em ações coletivas ou na área específica relacionada ao caso, exercendo uma variedade de funções. A nomeação destes auxiliares pode ser para diversas funções, desde a obtenção de um acordo, em papel análogo ao de um conciliador, ou sua revisão depois de pronto ou, na fase de execução, para auxiliar o juiz com as providências e decisões necessárias para implementá-lo. O autor aponta, também, que os *special masters* podem ser utilizados para supervisionar a produção de provas, presidir audiências e fazer relatórios ou recomendações ao juízo sobre as questões discutidas²⁶².

(3) *Reviewing Factual Findings. The court must decide de novo all objections to findings of fact made or recommended by a master, unless the parties, with the court's approval, stipulate that:*

(A) *the findings will be reviewed for clear error; or*

(B) *the findings of a master appointed under Rule 53(a)(1)(A) or (C) will be final.*

(4) *Reviewing Legal Conclusions. The court must decide de novo all objections to conclusions of law made or recommended by a master.*

(5) *Reviewing Procedural Matters. Unless the appointing order establishes a different standard of review, the court may set aside a master's ruling on a procedural matter only for an abuse of discretion.*

(g) *Compensation.*

(1) *Fixing Compensation. Before or after judgment, the court must fix the master's compensation on the basis and terms stated in the appointing order, but the court may set a new basis and terms after giving notice and an opportunity to be heard.*

(2) *Payment. The compensation must be paid either:*

(A) *by a party or parties; or*

(B) *from a fund or subject matter of the action within the court's control.*

(3) *Allocating Payment. The court must allocate payment among the parties after considering the nature and amount of the controversy, the parties' means, and the extent to which any party is more responsible than other parties for the reference to a master. An interim allocation may be amended to reflect a decision on the merits.*

(h) *Appointing a Magistrate Judge. A magistrate judge is subject to this rule only when the order referring a matter to the magistrate judge states that the reference is made under this rule.*

Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_53. Acesso em 07 nov. 2019.

²⁶¹ VERBIC, Francisco. Ejecución de Sentencias en Litigios de Reforma Estructural en la República Argentina Dificultades Políticas y Procedimentales que inciden sobre La Eficacia de estas Decisiones In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 75.

²⁶² LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 572.

O artigo 18 do Projeto de Lei n° 8.058/2014²⁶³ prevê a possibilidade de nomeação de um comissário, que faria o papel do *special masters*. O juiz não tem condições de acompanhar pessoalmente todos os passos da execução, que normalmente, nesses processos, é longa e desenvolvida em várias etapas.

Verbic destaca que esta é uma interessante ferramenta, mas deve haver mecanismos de supervisão e controle adequados, já que “los tribunales pueden delegar funciones pero no responsabilidad”²⁶⁴.

Além da utilização do *special masters*, é possível a utilização das audiências públicas e *amicus curiae* também na fase de execução, permitindo o amplo diálogo pela sociedade no planejamento da execução.

Outra interessante ferramenta é a criação de grupos de assessoramento. Ao analisar o caso da Ação Civil Pública de Criciúma, Sérgio Cruz Arenhart aponta a criação de um Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo, formado por técnicos das partes e por sujeitos externos, com a função de propor estratégias, métodos e técnicas orientados para a recuperação ambiental, bem como de acompanhar a execução dos planos acordados. Ademais, as decisões proferidas deveriam ser tomadas por consenso de todos, auxiliando na redução da litigiosidade interna do processo²⁶⁵.

É possível também a aplicação de multas no caso de descumprimento das decisões judiciais ou fases do planejamento. No entanto, para que haja real efetividade, o interessante é que a astreinte não seja cobrada do ente executado, mas da autoridade responsável pela execução. Isto aconteceu no caso “Mendoza”, em que as multas não foram cobradas do Estado, mas sim do presidente da ACUMAR, que era responsável pelo cumprimento da decisão. A previsão e aplicação de sanções para a hipótese de descumprimento, especialmente pessoais ao agente público, são essenciais. Sanções ao ente público não surtem os mesmos resultados, especialmente quando os agentes responsáveis têm mandatos

²⁶³ “Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências”.

²⁶⁴ VERBIC, Francisco. Ejecución de Sentencias en Litigios de Reforma Estructural en la República Argentina Dificultades Políticas y Procedimentales que inciden sobre La Eficacia de estas Decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 77.

²⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 486.

por prazo certo. Além de sanções aplicáveis no processo, é sempre possível, se for o caso, de ajuizamento de ações de improbidade²⁶⁶.

Por fim, para garantir a publicidade e controle popular, é interessante a criação de plataformas eletrônicas, permitindo o constante acompanhamento de todos que assim queiram.

Neste sentido, Desirê Bauermann, ao tratar dos *injunctions* nos Estados Unidos, ressalta a necessidade da atividade criativa do julgador ao apontar que, neste país, os tribunais agiram para permitir que as medidas fossem efetivamente tomadas. Assim, dentre diversas medidas, nomearam interventores para acompanharem a correção da instituição sob intervenção, organizaram comitês populares e nomearam funcionários do próprio governo para atuarem como interventores judiciais, desempenhando função de auxiliares do juízo²⁶⁷.

A execução é a fase mais difícil e desafiadora do processo estrutural, pois, para que seja efetiva, é preciso que a fase de conhecimento tenha tramitado de forma adequada, com uma decisão final bem elaborada, bem como que haja real vontade das partes em enfrentar uma longa caminhada para a transformação da realidade social. Normalmente há um grande esforço para a obtenção da sentença, mas a execução é negligenciada. No entanto, no tocante aos litígios estruturais, deve haver uma mudança de mentalidade, já que esta fase é essencial para a pacificação efetiva. Por isso é essencial a realização de um planejamento, que pode ser revisto a qualquer tempo, e a constante fiscalização das partes. Só assim o processo terá a efetividade aguardada.

Ressalte-se que a duração razoável do processo é garantia assegurada constitucionalmente e significa que o processo deve transcorrer em tempo adequado à complexidade do caso. Não significa que o processo deva transcorrer no menor tempo, pois este tem um tempo mínimo para transcorrer. Não há como se eliminar o transcurso mínimo necessário para que se instrua, postule e julgue. Esse tempo, no entanto, não é uma regra exata, variando conforme a complexidade do caso. A duração razoável do processo normal e adequada limita-se às dilações necessárias à efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

²⁶⁶ O artigo 21 do Projeto de Lei 8.058/2014 assim prevê que: “se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município”.

²⁶⁷ BAUERNAMM, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 290.

A complexidade do processo pode justificar o retardamento, como no caso de uma execução relacionada a políticas públicas, que, diante de certas complexidades, não pode ser resolvida em um pagamento ou em uma obrigação simples de fazer ou não fazer.

5.14 Experiências na jurisprudência no Brasil e no exterior

Neste capítulo serão analisados alguns casos que trataram de conflitos estruturais relacionados a políticas públicas, suas características, desafios e resultados positivos ou negativos no tocante à implementação das decisões.

Os dois primeiros casos tratam de recuperação de áreas ambientais degradadas decorrentes da ação poluidora de décadas, sendo um na Argentina e outro no Brasil. O objetivo é a análise de algumas decisões, com ênfase no rumo tomado no cumprimento das decisões e as dificuldades desta fase processual.

Os dois casos seguintes, ainda em fase de conhecimento, foram escolhidos por algumas peculiaridades interessantes. A ADPF 347 trata de um litígio estrutural, qual seja, a política carcerária no país, mas foi iniciada por uma ação constitucional no Supremo Tribunal Federal, o que difere das anteriores e levanta questões sobre o órgão adequado para se iniciar a discussão de tais questões, bem como o modo como se dará a concretização de tais decisões.

Por fim, o último caso analisado é uma ação civil pública recentemente proposta pelo Ministério Público Federal, que tem como objetivo a reestruturação da política de fiscalização das barragens de mineração do país, trazendo, como fundamentos jurídicos, a doutrina do conflito estrutural.

5.14.1 Caso “Beatriz Mendoza”

O caso “Beatriz Mendoza” foi proposto por um grupo de pessoas que viviam perto do Rio La Cuenca Matanza-Riachuelo, na Argentina²⁶⁸. Este rio sofria de severa

²⁶⁸ Autos completos disponíveis em <https://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>. Acesso em 10 de out 2019.

contaminação decorrente de séculos de poluição²⁶⁹. A ação foi apresentada na instância originária contra o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires, 44 empresas na zona e 14 Municípios da Província de Buenos Aires.

O litígio não envolvia apenas um grupo de pessoas ou uma área específica pública, mas a contaminação do rio influenciava na vida de cerca de cinco milhões de pessoas e envolvia questões relacionadas não apenas à sua navegabilidade, mas de infraestrutura sanitária, saúde, vida, trabalho e qualidade de vida.

Antes da demanda, houve algumas tentativas governamentais para tentar solucionar o problema, como, por exemplo, a criação do “Comité Ejecutor de Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo”, formado por integrantes dos três principais Estados afetados para a implementação de um plano de gestão ambiental. Este comitê não obteve sucesso, de modo que foi proposta a ação em questão.

Foram realizados diversos pedidos, a saber: (a) reparação dos danos ambientais decorrentes da contaminação do rio; (b) criação de um fundo público para a reparação dos danos individuais homogêneos das vítimas; (c) obtenção de uma ordem para que o Poder Executivo continue com a execução do Plano de Gestão Ambiental de Manejo do Rio; (d) implementação de medidas urgentes para atender a saúde da população ribeirinha; (e) impedir que as empresas se tornem insolventes a fim de evitar efetivas execuções em futuras condenações judiciais.

A primeira sentença foi proferida em 20/06/2006, em que a Corte Suprema de Justicia de la Nación - CSJN determinou o seguimento apenas em relação às pretensões coletivas, sendo que as individuais, relacionadas às pessoas afetadas, deveriam ser propostas por ações individuais.

²⁶⁹ Conforme explica Francisco Verbic, “La Cuenca Matanza Riachuelo tiene 64km. De largo y 35km. De ancho, alcanzando una superficie total de 2.250 km. cuadrados. En esta región residen más de 5.000.000 de personas, lo cual representa aproximadamente unos 13% de la población de toda la República Argentina. De ese número de personas, más de la mitad carecen de acceso a un sistema de cloacas, una tercera parte carece de acceso a agua potable, y 500.000 residen en asentamientos sumamente precarios sobre el margen del río. De acuerdo con relevamientos oficiales, hasta el 28 de febrero de 2011 se han empadronado 19.727 industrias radicadas en la zona. En lo que hace a la contaminación propiamente dicha, en el curso de agua se encontraron 8.500 toneladas de hierro, 67 barcos abandonados, 17 cascos de barcos hundidos, contaminantes químicos (tales como arsénico, cadmio, plomo, mercurio, cromo y cianuro) y contaminantes orgánicos (en particular, hidrocarburo, DDT y coliformes) (VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 290).

Mesmo com deficiências na inicial, a Corte não rechaçou de plano a demanda, como seria de costume em litígio tradicional, mas ordenou uma série de medidas instrutórias e ordenatórias com o objetivo de avançar no processo. A Corte determinou que: as empresas demandadas trouxessem informações sobre diversos aspectos do caso; que os três Estados e o Conselho Federal do Meio Ambiente apresentassem um plano integrado sobre o que poderia ser feito para a resolução da questão; a realização de uma audiência pública para que fosse discutido o plano apresentado; e, oportunidade de emenda da inicial pela parte autora.

Em 30 de agosto de 2006, foi proferida nova decisão, em que foram resolvidas questões relacionadas à intervenção de terceiros, elaborado um regramento para a realização da audiência pública. Uma segunda audiência pública ocorreu em 20 de fevereiro de 2007 para que os três principais Estados informassem sobre alguns pontos, quais sejam: as medidas que já tinham sido adotadas e cumpridas no tocante à prevenção, recomposição e auditoria ambiental; a avaliação do impacto ambiental exigida das empresas demandadas; e, as ações tomadas em relação ao setor industrial e em relação à questão dos cuidados e prevenção da saúde.

A CSJN determinou, ainda, a participação da Universidade de Buenos Aires (UBA) como auxiliar do juízo para a análise e realização de observações sobre o plano de recuperação apresentado pelos réus, tendo sido realizada outra audiência pública para a discussão dos planos apresentados e das observações da Universidade.

Em 24/08/06, o “Defensor do Pueblo de la Nación” requereu a ampliação da demanda para incluir quatorze Municípios no polo passivo, o que foi negado pela Corte que, no entanto, permitiu o ingresso do defensor como terceiro para participar da discussão. Em 30/08/06, sete associações civis manifestaram interesse, mas a Corte, após analisar o estatuto delas, só permitiu que quatro delas participassem como terceiros.

Neste momento, o processo contava, no polo ativo, com quatorze lesados, o defensor e quatro associações civis e, no polo passivo, quarenta e quatro empresas, o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires e a Cidade Autônoma de Buenos Aires, o que tornava o processo bastante complexo. Em 20 de março de 2007, a Corte decidiu por limitar a intervenção de terceiros diante de um pedido de ingresso de uma associação e setenta indivíduos lesados. A Corte aceitou a intervenção, mas decidiu que não aceitaria o ingresso de mais ninguém, já que os direitos estavam devidamente representados nos autos. Por fim, os quatorze Municípios acabaram sendo incluídos no polo passivo.

Relevante, ainda, citar a criação da ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo) pela Lei n° 26.168²⁷⁰, uma organização governamental criada cinco meses após a sentença de 20 de junho de 2006, orientada especificamente para regulamentar, controlar e fomentar atividades na região da bacia hidrográfica Matanza-Riachuelo. A mesma lei criou um Fundo de Compensação Ambiental para ser administrado pela ACUMAR e destinado prioritariamente para a proteção dos direitos humanos e para a prevenção, mitigação e recomposição dos danos ambientais²⁷¹.

A sentença principal foi proferida em 08 de julho de 2008, em que a CSJN condenou a ACUMAR, o Estado Nacional, a Cidade de Buenos Aires e a Província de Buenos Aires a tomarem diversas medidas para recompor o meio ambiente e evitar que fossem produzidos maiores danos no futuro. Esta decisão se aproxima das denominadas *structural injunctions*

²⁷⁰ARTICULO 1° — Créase la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

La Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo ejercerá su competencia en el área de la Cuenca Matanza Riachuelo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los partidos de Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría, La Matanza, Ezeiza, Cañuelas, Almirante Brown, Morón, Merlo, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente y General Las Heras, de la provincia de Buenos Aires.

Integración. Reglamento.

ARTICULO 2° — La Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo estará compuesta por OCHO (8) integrantes, entre ellos el titular de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, quien ejercerá la presidencia.

Los restantes integrantes serán TRES (3) representantes del Poder Ejecutivo nacional, DOS (2) representantes de la provincia de Buenos Aires y DOS (2) representantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo dictará sus reglamentos de organización interna y de operación. Consejo Municipal.

ARTICULO 3° — Créase en el ámbito de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo un Consejo Municipal integrado por un representante de cada Municipio de las jurisdicciones comprendidas, cuyo objeto será el de cooperar, asistir y asesorar al Ente.

Comisión de Participación Social.

ARTICULO 4° — Créase en el ámbito de la autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, una Comisión de Participación Social, con funciones consultivas. Esta Comisión estará integrada por representantes de las organizaciones con intereses en el área. Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122769/norma.htm>, Acesso em 15 out. 2019.

²⁷¹ Conforme establecido pelo artigo 9: ARTICULO 9° — Créase un Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo y será destinado prioritariamente a la protección de los derechos humanos y a la prevención, mitigación y recomposición de los daños ambientales. Este Fondo de Compensación estará integrado por:

- a) Las asignaciones presupuestarias incluidas en la Ley Anual de Presupuesto que efectúe el Gobierno nacional;
- b) Los fondos recaudados en concepto de multas, tasas y tributos que establezcan las normas;
- c) Las indemnizaciones de recomposición fijadas en sede judicial;
- d) Los subsidios, donaciones o legados;
- e) Otros recursos que le asigne el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;
- f) Créditos internacionales”.

Disponible em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122769/norma.htm>. Acesso em 15 out. 2019.

norte americanas. A sentença ressaltou que a decisão se orientava para o futuro, em uma visão prospectiva:

El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevar los a cabo.

Así mismo, dado el carácter definitivo de esta sentencia, el proceso de ejecución debe ser delegado en un juzgado federal de primera instancia, a fin de garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su cumplimiento²⁷².

Na decisão, foram fixadas apenas as diretrizes do programa de implementação da decisão, que deveria ser formulado pelas próprias partes, que tinham conhecimentos técnicos para tanto²⁷³.

O item 17 da decisão estabeleceu os objetivos do programa, quais sejam: (i) a melhoria da qualidade de vida dos habitantes da região; (ii) a recomposição do rio; e (iii) a prevenção dos danos²⁷⁴. Além disso, determinou a organização de um sistema de informação pública pela internet com todos os dados atualizados.

Ademais, a decisão, resumidamente, determinou: a realização de inspeções em todas as indústrias da bacia hídrica Matanza-Riachuelo para se controlar a emissão de poluentes; o asseguramento das medidas necessárias para erradicação e controle de lixões, legais ou clandestinos, na região da bacia, evitando a criação de novos; a obrigação de

²⁷² Sentença obtida no site https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/07/2008_07-mendoza-c-ena-y-ots-s-dac3b1os-y-perjuicios-orden-estructural-de-recomposicion.pdf. Acesso em 15 out. 2019.

²⁷³ *Los criterios generales fijados por la Corte fueron precisados como integrantes de un "programa" que fue considerado como necesario para garantizar la eficacia en la implementación de la sentencia. Las principales características del contenido de dicho programa fueron resumidas por la CSJN en los siguientes términos: "un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control"* (VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 298).

²⁷⁴ Conforme estabeleceu a decisão: *Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Autoridad de Cuenca deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles. El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.* Sentencia del 08/07/2008, p. 16. Obtida em https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/07/2008_07-mendoza-c-ena-y-ots-s-dac3b1os-y-perjuicios-orden-estructural-de-recomposicion.pdf. Acesso em 15 out. 2019.

informação sobre a finalização da etapa de limpeza do rio; e, o estabelecimento de um plano sanitário e expansão dos serviços de água potável.

Francisco Verbic aponta duas questões sobre a decisão. A primeira é que foram estabelecidos prazos entre trinta dias e um ano para o cumprimento das medidas que, posteriormente se mostraram inadequados diante da complexidade da questão. Ademais, foi imposta uma multa diária para o presidente da ACUMAR, estabelecendo a responsabilidade pessoal do funcionário²⁷⁵.

Por fim, a Corte delegou o processo de execução da sentença à Justiça Federal de Primeira Instância de Quilmes, que foi autorizada a tomar as medidas necessárias para assegurar o cumprimento da decisão, inclusive controlar as decisões tomadas pela ACUMAR. A delegação foi necessária diante da complexidade da tramitação do feito, da agenda da Corte e da necessidade de relação mais próxima entre o magistrado e as partes²⁷⁶.

5.14.1.1 A fase de execução

Para o cumprimento da decisão, a CSJN estabeleceu um sistema de monitoramento e controle sobre a execução da sentença. A Corte também designou o “Defensor del Pueblo de la Nación” como coordenador de um grupo que englobava as diversas organizações não governamentais.

Em 07/07/2009, o juiz responsável pela execução determinou que os entes que compunham a ACUMAR, ou seja, o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires e a Cidade de Buenos Aires assegurassem os recursos necessários para o efetivo cumprimento

²⁷⁵ VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**, Juspodivm: Salvador, 2017, p. 299-300.

²⁷⁶ Conforme decisão proferida em 19 de dezembro de 2012, “A los fines de garantizar la efectividad en el cumplimiento de la sentencia, esta Corte estableció una serie de reglas precisas. Identificó las fuentes de contaminación y fijó un programa de objetivos y plazos específicos para cada fuente y globales para todo el sistema. Puso a cargo de la ACUMAR la responsabilidad prioritaria de cumplir con el plan de saneamiento; predeterminó índices objetivos para el control periódico de los resultados; estableció criterios de transparencia en la información; habilitó la participación ciudadana en el control del cumplimiento con la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación y de las organizaciones no gubernamentales interesadas en la tutela del ambiente; además, encomendó el control presupuestario del programa a la Auditoría General de la Nación”.

da decisão. A Cidade Autônoma de Buenos Aires interpôs recurso extraordinário alegando que esta responsabilidade seria apenas do Estado Nacional, mas a pretensão foi rechaçada.

Em 06/04/2010, a CSJN determinou que os entes públicos apresentassem, de forma conjunta, um informe detalhando a evolução do cumprimento da sentença. O documento apresentado, no entanto, não cumpriu os requisitos impostos pelo Tribunal, de modo que este determinou novamente a intimação dos entes para que complementassem o informe, detalhando toda a execução feita até aquele momento.

Em 10/08/2010, ou seja, transcorridos dois anos da sentença, a CSJN voltou a intervir no assunto diante de diversos descumprimentos injustificados das decisões do juiz de primeira instância, permitindo a aplicação de sanções aos funcionários públicos responsáveis.

Em 16/03/11, foi realizada uma audiência pública pela CSJN com todas as partes envolvidas. Em 19/04/11, foi proferida uma nova sentença em que a Corte estabeleceu expressamente que competia à ACUMAR apresentar as informações sobre o avanço do plano de recuperação da região.

Diversas outras decisões foram proferidas no tocante à fiscalização do cumprimento da execução, tendo sido realizada diversas audiências e elaboração de informes²⁷⁷. Ademais, em 2012, a execução foi redirecionada a outros dois juízes federais para facilitar o cumprimento da decisão. O cumprimento da sentença já tem mais de dez anos e, apesar de terem ocorrido avanços na recuperação, ainda não teve o seu término.

Interessante a decisão proferida em 07 de junho de 2018, decorrente de pedidos formulados pelas empresas constantes no polo passivo para a inclusão de diversas outras que se instalaram nos locais afetados durante os anos após o início da demanda e que não estão contribuindo para a recuperação do local. Este é um dos problemas da execução nos litígios estruturais, já que, a sua execução longa pode propiciar mudanças fáticas na situação, como

²⁷⁷ Neste sentido, apontou a decisão de 19 de dezembro de 2012, “*Sin perjuicio de ello, este Tribunal celebró varias audiencias públicas para controlar la ejecución del plan (resoluciones del 6 de abril de 2010, 24 de mayo de 2010, 10 de agosto de 2010, 17 Y 22 de febrero de 2011, 19 de abril de 2011, 14 de agosto de 2012, y 18 Y 26 de septiembre de 2012). 3°) Que los informes brindados por la ACUMAR, las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, los intendentes de varios de los municipios involucrados y el Defensor del Pueblo de la Nación en las audiencias realizadas los días 11 y 25 de octubre y 1° de noviembre del corriente año, han permitido constatar progresos en el cumplimiento del plan. Esos informes también han puesto de manifiesto que los avances realizados traen aparejadas nuevas y complejas problemáticas, cuyo apropiado abordaje torna inconveniente que la ejecución del pronunciamiento de este Tribunal continúe en manos de un solo magistrado*”.

no caso em tela²⁷⁸. Para resolver a questão, a Corte determinou à ACUMAR que informe a relação das empresas que são consideradas agentes contaminantes para analisar o polo passivo. Esta medida, no âmbito do processo civil tradicional, não é usual, já que o título executivo já foi formado. No entanto, a não inserção, de alguma forma, dos demais poluidores, não permitirá a completa recuperação da região, especialmente diante da ausência de mecanismos coercitivos aplicados aos demais que constam no polo passivo.

O caso apresentado demonstra um claro exemplo de um litígio estrutural, complexo, policêntrico, com diversas violações de direitos, sem que fosse identificado um infrator específico. Foram realizadas diversas audiências públicas e utilizados organismos para auxiliarem nas informações técnicas. Do mesmo modo, a sentença de 2008 determinou a realização de um planejamento, aproximando-se do conteúdo das *structural injunctions*. Para Francisco Verbic²⁷⁹, a ausência de regulamentação adequada na Argentina é um empecilho para a solução mais adequada de conflitos como o de “Mendoza”. No entanto, o caso demonstra que é possível a sua tramitação, utilizando-se os instrumentos processuais existentes, desde que haja vontade principalmente do julgador para tanto.

5.14.2 “ACP do carvão” – ACP 93.80.00533-4

As principais reservas de carvão estão localizadas no sul do país, nos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, sendo que em Santa Catarina, a exploração teve início em 1895. No entanto, a exploração do minério até o início da década de 90 não seguia os rígidos controles ambientais, o que acabou gerando grandes passivos ambientais.

Em 1993, o Ministério Público Federal propôs a ação civil pública (autos nº 93.80.00533-4) em face da União, do Estado de Santa Catarina, das mineradoras e de seus sócios gerentes em um total de vinte e quatro réus e requereu a condenação deles à realização de um projeto de recuperação dos danos provocados ao meio ambiente, decorrentes da

²⁷⁸ Sentença de 07 de junho de 2018, “*Que la situación de las industrias radicadas en la Cuenca -incluso de las que aquí aparecen como demandadas- se ha modificado desde que se inició la causa hasta el presente, por fusión, compra, o erradicación de las industrias emplazadas originariamente en el territorio; incluso hubo sucesivos cambios en la nómina de las industrias calificadas como agentes contaminantes, y de políticas de control y fiscalización, de parte de la ACUMAR, en relación a las mismas, con la particularidad que esta misma Autoridad de Cuenca constituyó un programa de control diferenciado en relación a las empresas de mayor relevancia ambiental*”.

²⁷⁹ VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 287/316.

atividade de mineração realizada no período de 1972 a 1989, que causou danos às terras e às bacias hidrográficas da região, bem como à saúde da população. Os sócios foram incluídos na demanda em razão da administração culposa de seus empreendimentos e, a União, pela responsabilidade omissiva de fiscalização.

Após devida instrução probatória, em janeiro de 2000, foi proferida sentença condenando os réus a apresentarem, no prazo de seis meses, um projeto de recuperação da região para ser executado em três anos “contemplando itens previstos no projeto PROVIDA, para o fim de reconstituir as áreas que serviram de depósitos de rejeitos, mineradoras a céu aberto e minas abandonadas, bem como realizar o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d’água, além de outras obras necessárias a amenizar os danos sofridos pela população”²⁸⁰. Ademais, foi cominada multa coercitiva e estabelecida medida sub-rogatória, no caso de inércia, de contratação, às expensas dos condenados, de terceiro para a elaboração e execução do projeto. Por fim, determinou que as mineradoras se adequassem às normas de proteção ambiental, no prazo de sessenta dias, bem como que os órgãos de proteção ambiental e de fiscalização de mineração apresentassem relatório de fiscalização de todas as minas em atividade naquela região.

Os réus interpuseram recursos de apelação em face de referida decisão, sendo que o Tribunal Regional Federal, em julgamento realizado em 22 de outubro de 2002, excluiu do polo passivo os sócios das empresas, uma mineradora e o Estado de Santa Catarina, mantendo a condenação em relação aos demais. Ademais, ampliou para dez anos o prazo para a recuperação das bacias hidrográficas e lagoas, mantendo no mais o cronograma estabelecido pela sentença²⁸¹.

²⁸⁰ TRF da 4ª Região, Apelação nº 2001.04.01.016215-3/SC, fls. 03, Disponível em <https://www.trf4.jus.br/trf4/>, acesso em 10 set. 2019.

²⁸¹ ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. MINERAÇÃO. DANOS CAUSADOS. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO POLUIDOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA UNIÃO.

I - Inocorrência de cerceamento pelo indeferimento de prova, porquanto a responsabilidade do poluidor é objetiva, prescindindo da prova de culpa, constituindo-se o dano e o nexos causal fatos notórios conforme elementos comprobatórios encartados nos autos do inquérito civil público.

II - Incidência do artigo 1518 do Código Civil que consagra a responsabilidade solidária dos causadores do dano. Possibilidade de regresso com fulcro no artigo 1524 do Código Civil.

III - A responsabilidade civil da União na espécie segue a doutrina da responsabilidade subjetiva, traduzida na omissão - “faute du service”. Hipótese em que provada a ineficiência do serviço fiscalizatório. Responsabilidade solidária do ente estatal com o poluidor.

IV - Reconhecimento da improcedência da ação em relação ao Estado de Santa Catarina pois, anteriormente à Constituição Federal de 1988, a competência administrativa em relação às jazidas, minas e demais recursos minerais era privativa da União Federal, nos termos do artigo 168 da CF/67. A norma inserida na Lei nº 6.938/81 conferindo competência ambiental aos Estados-membros deve ser interpretada em consonância com

Inconformados, os requeridos interpuseram recursos especiais, parcialmente providos pelo Superior Tribunal de Justiça em 22 de setembro de 2007²⁸². Foram, ainda, interpostos recursos extraordinários, não conhecidos pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal²⁸³. Assim, a demanda transitou em julgado em 18 de agosto de 2014.

5.14.2.1 Execução da decisão

a Constituição. Hipótese em que restou comprovado que após 1988, o Estado de Santa Catarina, através da FATMA, teve intensa atuação em prol do meio ambiente.

V - Não estando consagrada expressamente na lei vigente à época dos fatos a teoria da desconsideração da personalidade jurídica independente de culpa dos sócios das empresas, a improcedência da ação em relação aos sócios é medida que se impõe em face da ausência de prova da culpa *lato sensu*.

VI – Improcedência da ação em relação à *rè* Nova Próspera S.A. pela aplicabilidade da Lei das Sociedades Anônimas que em seu artigo 233, parágrafo único, dispõe sobre a responsabilidade única do vendedor quando afastada a solidariedade através de contrato.

²⁸² RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.

2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.

3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia.

4. Havendo mais de um causador de **um mesmo dano ambiental**, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se **diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais**, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexos causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local.

5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento "abuso de direito"; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da *disregard doctrine* não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária.

7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível.

8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte.

(Resp 647.493/SC. Rel. Min. João Otávio Noronha. J. 22.05.07, DJU 22.10.07, p. 233).

²⁸³ STF, 2ª Turma. RE 612.592-AgR/SC, Rel. Ricardo Lewandowski. DJE 27.06.14.

A sentença proferida em primeira instância deferiu a antecipação de tutela, permitindo a execução provisória da sentença. Tendo em vista a complexidade da matéria, o cumprimento da decisão foi desdobrado em várias fases, posteriormente desdobradas também em vários procedimentos autônomos, um para cada réu condenado²⁸⁴.

A primeira fase do cumprimento da sentença perdurou de 2000 a 2004 e foi marcada pela presença de alguns problemas no tocante ao delineamento da extensão da área a ser recuperada e os projetos de recuperação das áreas degradadas.

Na segunda fase, de 2004 a 2005, o Ministério Público Federal, o Ministério do Meio Ambiente e o Departamento Nacional de Produção Mineral, através de seus técnicos, detectaram que a recuperação das áreas não estava sendo executada da forma como deveria. Assim, foram coletadas informações que permitiram projetar as medidas a serem adotadas pelas executadas a curto, médio e longo prazo.

Na terceira fase, que perdurou de 2006 a 2009, foi exigida dos executados a apresentação de projetos conforme a padronização apontada pelo Ministério Público Federal. Cabe ressaltar que, em 2007, foi instituído o Grupo Técnico de Assessoramento à Execução da Sentença (GTA), composto por representantes técnicos das partes²⁸⁵, que se reúne para discussão dos relatórios de monitoramento quando convocado pelo magistrado, pelo Ministério Público Federal ou por seus membros com o objetivo de se tentar buscar o máximo de consenso dentro dos debates técnicos que envolvem o cumprimento da sentença. Caso isso não seja atingido, a questão é levada ao juiz para que este decida.

São atribuições de tal grupo: integrar os dados de indicadores ambientais coletados; elaborar relatórios técnicos periódicos, destinados ao Juízo e sujeitos a ampla divulgação, avaliando a evolução dos indicadores ambientais; propor ações tendentes à plena recuperação ambiental, nos termos previstos na sentença; propor sequência de prioridades na execução de ações de recuperação; propor alterações nos indicadores ambientais, e plano

²⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 109.

²⁸⁵ A composição do GTA se deu da seguinte forma: cada uma das partes do processo judicial (MPF, União e carboníferas) indicaria 1 (um) a 3 (três) representantes. Além disso, o Sindicato das Indústrias da Extração do Carvão Mineral no Estado de Santa Catarina (SIECESC), o Serviço Geológico do Brasil (CPRM), a Fundação do Meio Ambiente (FATMA), o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e os Comitês das Bacias Hidrográficas dos rios Araranguá, Urussanga e Tubarão, também teriam direito a indicar de 1 (um) a 3 (três) representantes ao GTA.

de monitoramento quando entende-las necessárias; e, responder eventuais questionamentos do Juízo.

Além disso, foi elaborada uma “proposta de indicadores ambientais e plano de monitoramento para as áreas degradadas pela mineração no Estado de Santa Catarina”, que permitiu acompanhar a situação de poluição e serviu de base para a elaboração de relatórios de monitoramento pelos técnicos do GAT.

Diante deste trabalho, foi possível a celebração de dezenove acordos com os réus, de modo que, em razão deles, 73% das áreas atingidas passaram a ter um cronograma de atividades para a recuperação, com a execução até 2020.

A última fase do cumprimento da sentença busca a implementação de tais planos e cronogramas, primando pelo contato direto do magistrado com técnicos, pelo conhecimento *in loco* das áreas e das obras de recuperação, pela realização de audiências públicas para a busca de consenso, mas também pela aplicação de multas relacionadas a atrasos nas obras após vistorias.

Esta ação coletiva ilustra bem um litígio estrutural, que demandava toda a reestruturação da atividade mineradora que estava trazendo diversos prejuízos, principalmente para o meio ambiente e para a população local. O julgador, em uma atividade inovadora e criativa, verificou que a simples condenação tradicional não traria resultados, sendo que foi necessária a realização de um planejamento com o estabelecimento de metas e fiscalização a longo prazo que, inclusive, ainda não terminou.

Apesar de a primeira fase da execução ter sido marcada por problemas, as demais foram conduzidas de forma a permitir a melhor recuperação das áreas deterioradas. Esta ação demonstra que, apesar da inexistência de legislação processual específica, é possível que os conflitos estruturais possam ser adequadamente tutelados no atual sistema processual, especialmente no Código de Processo Civil de 2015, já que a demanda foi proposta na vigência do Código anterior.

5.14.3. Questão Carcerária - ADPF nº 347

A situação carcerária no Brasil é bastante problemática. A superlotação e as condições degradantes dos estabelecimentos penitenciários são notórias, tratando-se de uma

questão que atinge a todo o país, havendo, na realidade, um quadro de falência total do sistema²⁸⁶. Não existe o cumprimento de uma das finalidades da pena que é a ressocialização, sendo que este problema, além de toda a violação aos direitos fundamentais dos presos, ainda causa insegurança aos próprios funcionários dos estabelecimentos e à coletividade em razão do risco de fugas e do alto índice de reincidência. Conforme explica Ana Paula Barcelos, o “tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”²⁸⁷.

Importante destacar que a política carcerária envolve não apenas questões referentes às condições físicas das penitenciárias ou à superlotação destas, mas também direitos relacionados à integridade física e psíquica, segurança, saúde, higiene, educação e trabalho dos presos, ou seja, uma gama de direitos sociais que estão ligados ao mínimo existencial, necessários para garantir uma existência digna dessas pessoas que se encontram sob a custódia do Estado.

Assim, diante da patente omissão ou, no mínimo, da clara ineficiência do Estado para atuar nesta política, é possível a intervenção do Judiciário, que também tem a função de poder contramajoritário²⁸⁸, para a proteção desse grupo vulnerável.

Ao longo dos anos, diversas ações coletivas já foram propostas por legitimados em que os Tribunais reconheceram, em sua fundamentação, a realidade carcerária dramática, mas concluíram que não podiam interferir na questão utilizando argumentos como a separação dos poderes, a reserva do possível e a discricionariedade administrativa.

Analisando alguns dos diversos julgados existentes sobre o tema, no Recurso Extraordinário nº 365.299/SC, julgado em 16 de novembro de 2005, o ministro Relator Carlos Velloso monocraticamente negou provimento ao recurso do Ministério Público de

²⁸⁶ A situação desumana das penitenciárias é notória e generalizada. No Recurso Extraordinário nº 592.581, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou haver atualmente um quadro de falência total do sistema, com situações de “servícias, torturas, abusos sexuais, execuções sumárias, ausência de serviços básicos de saúde, higiene, alimentação, etc.”, sendo um “verdadeiro depósito de pessoas”. Aponta, também, que estes fatos foram comprovados por diversos relatórios, inspeções e mutirões realizados.

²⁸⁷ BARCELOS, Ana Paula. Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo** n. 254, 2010 – Biblioteca Digital – Fórum de Direito Público.

²⁸⁸ Conforme expõe Francisco Verbic, (...) *las vías judiciales colectivas actúan como una verdadera herramienta de la participación ciudadana en el control de la cosa pública y como un canal de acceso al diálogo institucional con ciertos grupos desaventajados que buscan tutelar derechos vulnerados por acciones u omisiones estatales. Gs que, por razones de diversa índole, muchas veces no encuentran espacios adecuados para la discusión y resolución de sus problemas en la órbita de los poderes mayoritarios.* (VERBIC, Francisco. Ejecución de Sentencias en Litigios de Reforma Estructural en la República Argentina Dificultades Políticas y Procedimentales que inciden sobre La Eficacia de estas Decisiones. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 70).

Santa Catarina que, em ação civil pública, objetivava a conservação de estabelecimento penitenciário. Em sua fundamentação, o então Relator destacou que “quem detém o poder de priorizar verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários aprovados pelo Legislativo”.

Este argumento, a princípio, é correto desde que o Poder Público cumpra os mandamentos constitucionais, especialmente os objetivos previstos no artigo 3º da Constituição Federal. No momento em que a Administração não observa o determinado pelo ordenamento jurídico, cabe ao Judiciário intervir justamente para que isto ocorra, não existindo, assim, intervenção indevida. Owen Fiss, quando trata das *structural injunctions*, aborda a questão dos custos, especialmente na questão carcerária:

As *structural injunctions* que determinam a construção de instalações de detenções adicionais terão claramente um impacto significativo sobre o Erário. Assim como as ordens que restringem a tortura e o encarceramento solitário. Em todos estes casos, o resultado será um aumento nos tributos ou uma realocação de recursos públicos que agora estão sendo gastos em transporte e educação. As consequências orçamentárias de uma medida estrutural devem ser reconhecidas, mas não constituem uma razão suficiente para impedir o uso desse instrumento. Elas deveriam, ao invés disso, ser vistas como o preço do constitucionalismo. A Constituição promete que as instituições do Estado serão operadas de uma certa maneira – digamos, sem castigos cruéis e não usuais e com o devido processo legal – e o Estado deve vir com os recursos necessários para cumprir essa promessa. A injunção estrutural baseia-se não na crença de que uma atividade estatal (prisões) é mais digna do que outra (transporte ou educação), mas na opinião de que todas as instituições estatais, até mesmo as prisões, devem operar dentro dos limites da Constituição²⁸⁹.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também não intervinha quando a questão era sobre política carcerária. Na apelação nº 994.06.045878-5, julgada em 29 de julho de 2010, o desembargador Relator José Santana deu provimento ao recurso da Fazenda Pública para julgar improcedente a ação civil pública proposta em razão da superlotação na cadeia pública de São Pedro. Em sua fundamentação, o relator destaca que a superlotação é um problema que atinge diversos estabelecimentos prisionais, dependendo de ações conjuntas do Poder Público. Afirma, ainda, que não cabe definir prioridades em substituição à atividade administrativa, especialmente diante da questão da reserva do possível²⁹⁰.

²⁸⁹ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. Quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36.

²⁹⁰ Ementa: Ação Civil Pública. Ação ajuizada pelo Ministério Público em face do Estado de São Paulo. Carência de ação não configurada. Administrativo. Superlotação em cadeia pública. Pedido de remoção de presos excedentes ao número de lotação da cadeia pública e reforma no estabelecimento. Providências submetidas à discricionariedade administrativa. O controle amplo, compreendendo atos decorrentes de atividade administrativa, não significa que possa o Judiciário, nas hipóteses referidas, modificar os critérios subjetivos que nortearam esses atos, operando uma substituição à vontade administrativa, através de eleição de

Posteriormente, na apelação nº 0005357.09.2008.8.26.0445²⁹¹, julgada em 07 de fevereiro de 2011, o desembargador Relator Franco Cocuzza negou provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo que requeria, em ação civil pública, a interdição parcial da Cadeia Pública de Pindamonhangaba em razão de sua superlotação. Em sua fundamentação, o relator aponta que se trata de uma questão complexa, que depende de ações conjuntas do Poder Público, envolvendo recursos financeiros, construções de novos presídios, dentre outras medidas e cita o julgado analisado anteriormente.

No mesmo sentido, na Apelação nº 9100760-86.2009.8.26.000, julgada em 06 de março de 2013, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso da Fazenda Pública para julgar improcedente a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que requeria a interdição da Cadeia Pública Feminina de Brotas em razão da precária situação do prédio. Em sua fundamentação, o desembargador Relator Rebouças de Carvalho aponta o princípio da separação dos poderes e transcreve uma decisão do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que entende ser o assunto uma questão sistêmica e complexa, que não poderia ser abordada de forma isolada²⁹².

Interessante notar que esses mesmos argumentos são rejeitados pelos Tribunais quando se trata de proteção de outros direitos sociais que não dos presos, como direito à saúde, educação, moradia, dentre outros.

outros critérios. A questão carcerária não foi tratada de forma expressa e determinada do Constituinte Federal, não se referindo, portanto, a “direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”, pelo que inviável a “judicialização” de sua solução. Sentença reformada. Recurso provido para julgar improcedente o pedido. (TJSP, Apelação n. 994.06.045878-5, Desemb. Relator José Santana, j. 29.07.2010)

²⁹¹ Ementa: APELAÇÃO ação civil pública falta de interesse processual afastada superlotação carcerária, pleiteando que a Administração abstenha-se de receber detentas, bem como a transferência do número excedente inadmissibilidade discricionabilidade do Poder Executivo a questão é complexa, visto que a simples transferência de presas e a abstenção de receber novas detentas não resolverá o problema da superlotação carcerária Recurso parcialmente provido, para afastar a falta de interesse processual, e julgar a ação improcedente. (TJSP, apelação nº apelação nº 0005357.09.2008.8.26.0445, Desemb. Relator Franco Cocuzza, j. 07.02.2011).

²⁹² Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA- Interdição da Cadeia Pública Feminina de Brotas, transferência de presas, reformas que visam à melhoria das condições de saúde e higiene, tudo sob pena de multa diária em caso de descumprimento – Possibilidade - Embora a fiscalização e a apreciação de eventual pedido de interdição de estabelecimento prisional caibam ao Juízo das Execuções Criminais, não se trata de competência exclusiva e, portanto, não afasta a atuação do Ministério Público Carência da ação não configurada - Cerceamento de defesa inócua Provas coligidas aos autos suficientes para a inteligência da questão, sendo prescindível a colheita de outras - Rejeição. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Mérito - Alegação de impossibilidade da imposição de obrigação ao Executivo pelo Judiciário - Não pode o Poder Judiciário determinar ao Executivo o cumprimento das medidas impostas na r. sentença, o que importa em ofensa ao princípio da separação dos poderes - Precedentes do C. STJ - Sentença reformada - Recurso provido. (Apelação nº 9100760-86.2009.8.26.0000, Desemb. Relator Rebouças de Carvalho, j. 06/03/2013).

A reserva do possível, conforme já pontuado, não pode ser alegada no caso de violação do mínimo existencial, como ocorre no caso da questão carcerária. Por outro lado, os julgadores têm razão ao afirmar que se trata de um quadro generalizado e não pontual, demandando uma atuação ampla do Poder Público para a reorganização de todo o sistema, já que a simples interdição do local e transferência de presos de uma unidade superlotada para outra em igual situação não resolverá efetivamente o problema.

Diante de tamanha complexidade da questão, verifica-se que os Tribunais tinham dificuldades para aceitar a intervenção do Judiciário para a correção da política pública existente. No entanto, em dois julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, este cenário parece prestes a drasticamente se modificar.

5.14.3.1. O Recurso Extraordinário nº 592.581

O Supremo Tribunal Federal, em 13 de setembro de 2015, julgou o Recurso Extraordinário nº 592.581, decorrente de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul requerendo que fossem realizadas obras no Albergue Estadual de Uruguaiana²⁹³. Ao analisar o recurso, o ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski traça um histórico, apontando que desde a época da Constituição da República já havia problemas na política carcerária e que atualmente há um quadro de falência total, comprovado por diversos relatórios, inspeções e mutirões realizados. Reconhecido o

²⁹³ Ementa: 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).

problema fático, aponta que o princípio da dignidade humana permite a intervenção judicial para que o seu conteúdo mínimo seja assegurado. Refuta o relator, também, o argumento de que não seria cabível a intervenção do Poder Judiciário sob a alegação de discricionariedade da Administração Pública ou de separação dos poderes, tendo em vista que o mínimo não é garantido a estas pessoas. Quanto à reserva do possível, contumaz alegação da Fazenda Pública, o relator denuncia que há verbas no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, sendo que os recursos estão sendo contingenciados, já que não existe vontade política para a implementação de políticas públicas referente ao tema.

No tocante a esta última questão, diante da existência de recursos, é incabível a alegação, pela Fazenda Pública, da reserva do possível. Neste sentido, Marco Antonio da Costa Sabino explica em sua tese de doutoramento:

É preciso que se faça um importante esclarecimento: toda a discussão a respeito da aplicação da cláusula da reserva do possível se faz assumindo situações em que, de fato, o Estado não disponha de recursos financeiros para adjudicar ao jurisdicionado o direito postulado. Se esses recursos existem e há omissão estatal que permita a intervenção judicial em assuntos típicos dos Poderes majoritários, então jamais se haveria falar em reserva do possível²⁹⁴.

Em razão disso, o acórdão fixou a tese de que:

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 para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º inciso 49 XLIX da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.

Este julgado representa uma mudança bastante significativa, similar ao que o Judiciário já vem fazendo no controle de outras políticas públicas, já que reconheceu a possibilidade de intervenção judicial, o que incentivará os magistrados e Tribunais a julgarem de forma diversa outros processos sobre o assunto referentes à defesa de outros direitos fundamentais das pessoas sob a custódia do Estado.

5.14.3.2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347

²⁹⁴ SABINO, Marco Antonio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. São Paulo: Juruá, 2016, p. 214.

O Supremo Tribunal Federal está enfrentando outro caso bastante relevante que, do mesmo modo, sinaliza uma mudança no entendimento então presente nos Tribunais. O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 requerendo o reconhecimento, pelo Tribunal, do Estado de Coisas Inconstitucionais quanto ao sistema carcerário no Brasil e a determinação de adoção de providências em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos.

Para retratar o cenário fático incompatível com o texto constitucional, foram expostas as condições degradantes dos presos, em que são violados diversos preceitos como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, além da inobservância de diversos Tratados Internacionais²⁹⁵. Esta situação decorreria de falhas estruturais e atos omissivos e comissivos de todos os Poderes em todos os níveis, federal, estadual e municipal.

O ministro Relator Marco Aurélio, ao analisar a medida cautelar da ação, inicia a sua fundamentação apontando dados alarmantes, como o fato de o Brasil ter a quarta maior população carcerária do mundo, havendo no país um déficit de 354.244 vagas²⁹⁶. Diante disso, afirma que se trata de um quadro generalizado, em que quase todos os Estados têm problemas dos mais diversos referentes à política carcerária.

A responsabilidade pelas falhas estruturais, que causa tanto a violação sistemática dos direitos quanto à perpetuação e o agravamento da situação, conforme explica o Relator, é atribuída aos três Poderes, tanto da União como dos Estados e do Distrito Federal. No legislativo, há a ausência de legislação e de tentativa de modificação da situação, decorrente da sub-representação parlamentar dos presos, sendo estes uma minoria socialmente desprezada. No poder executivo, é constatada a inércia das autoridades, diante da falta de vontade política, bem como o contingenciamento de recursos contidos no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). Por fim, no Judiciário, existe a denominada “política do

²⁹⁵ Dentre os Tratados Internacionais violados, pode-se citar os artigos 5º, 6º e 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; artigos 7º, 9.3 e 10 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; artigos 5º e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigo 16 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes.

²⁹⁶ Conforme aponta o Relator, “a população carcerária, maioria de pobres de negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 296.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento”.

encarceramento”, o que também agrava a situação da superlotação dos estabelecimentos prisionais.

Em razão disso, os bloqueios políticos e institucionais permanecerão se não houver uma intervenção judicial. Em razão disso, cabe ao Supremo Tribunal Federal, com função contramajoritária, a proteção de grupos minoritários e vulneráveis²⁹⁷. Conforme pontua o relator:

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.

O ministro, assim, concluiu que:

(...) apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos²⁹⁸.

O relator reconheceu, assim, no julgamento da medida cautelar, o Estado de Coisas Inconstitucionais no sistema penitenciário brasileiro. Mas o que significa essa declaração?

5.14.3.3. O Estado de Coisas Inconstitucionais

A doutrina do Estado de Coisas Inconstitucionais foi utilizada pela primeira vez na Colômbia, em 1997, com a chamada “*Sentencia de Unificacion (SU)*”. Um dos casos mais paradigmáticos de sua utilização foi o da superlotação das penitenciárias do país, em que a Corte verificou tratar-se de um problema estrutural, que envolvia diversos Poderes e

²⁹⁷ Conforme explica Owen Fiss, “a reforma estrutural que visa instituições totais – presídios e hospícios – deve ser compreendida em termos de falha legislativa, ou mais propriamente negligência legislativa. Essas instituições são destinadas a remover as pessoas do corpo político e a intervenção judicial deve ser vista mais como um catalisador do majoritarismo do que um inimigo deste (FISS, Owen. As formas da justiça. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 125).

²⁹⁸ STF. Medida Cautelar da ADPF 347, p. 31. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 11 abr. 2016.

autoridades, o que demandaria uma reestruturação em todo o sistema para a sua resolução e não apenas a imposição de alguma obrigação de fazer ou não fazer a alguma autoridade específica.

Berizonze afirma que:

O Tribunal pergeño la doctrina del 'estado de cosas constitucional', según la cual la violación de los derechos fundamentales puede ser el resultado de fallas estructurales en la prestación de un servicio, y no simplemente de arbitrariedad cometida por un funcionario estatal, en cuyo caso se requiere de una acción mancomunada de varios poderes, incluyendo el Judicial, para resolver el problema y de esa manera proteger las garantías demandadas (sentencias SU-559 de 1997 y SU 225 de 1998)²⁹⁹.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em artigo escrito sobre o tema, aponta que alguns pressupostos devem estar presentes para o seu reconhecimento, como a vulneração sistêmica e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas e a prolongada omissão ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura³⁰⁰. Para a resolução de referido quadro, é imprescindível a adoção de medidas estruturais envolvendo todos os poderes, que podem depender de alocação de recursos, correção de políticas públicas existentes ou de formulação de novas políticas. Além disso, o autor destaca que existe uma potencialidade de congestionamento da justiça, casos todos os que tiverem os seus direitos violados ingressem individualmente no Poder Judiciário.

Presentes os requisitos, a Corte constata a existência de um litígio estrutural, já que um amplo número de pessoas é atingido por esta situação, sendo necessária a adoção de remédios estruturais voltados à formulação e à execução de políticas públicas. Conforme ressalta Campos³⁰¹:

Ao adotar tais remédios, cortes cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. Cortes engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural [4], justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais. O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos,

²⁹⁹ BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés publico. **Revista de Derecho Procesal**. Buenos Aires, n. 2, 2011. p. 20.

³⁰⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 11 abr. 2016.

³⁰¹ Ibid. Acesso em 11 abr. 2016.

temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.

O Estado de Coisas Inconstitucionais não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, mas conforme já destacado, foi reconhecida pelo ministro Mauro Aurélio na ADPF nº 347 ao analisar a situação carcerária no país. O Relator pontuou que a declaração não autoriza o Supremo Tribunal Federal a substituir o legislativo ou o executivo, devendo ser superados os bloqueios institucionais sem afastar os poderes no momento da formulação e da implementação de soluções. Ademais, para o sucesso da medida, o julgador deve proferir decisões flexíveis e monitorar a execução, agindo como um verdadeiro coordenador.

Dos pedidos cautelares formulados, foram deferidos dois, quais sejam, a determinação de realização de audiências de custódia, que já era prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica, promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92³⁰²) e o descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), bem como a proibição de novos contingenciamentos. Foi, também, deferida uma cautelar de ofício requerida pelo ministro Luís Roberto Barroso para que Governo Federal e os Estados, especificamente o de São Paulo, encaminhem ao relator informações sobre a situação prisional.

A decisão ora analisada representa um passo muito importante para a modificação do dramático quadro carcerário no país diante da intervenção judicial. Conforme bem ponderam os professores Ada Pellegrini Grinover e Paulo Henrique dos Santos Lucon:

A ADPF 347 vem nos lembrar que o controle judicial de políticas públicas não é uma patologia do Judiciário, mas uma realidade social, política e cultural, que o direito processual e o ordenamento jurídico como um todo não podem ignorar, sob pena de falhar nas suas funções de justiça e pacificação social. O processo para o controle das políticas públicas exige um procedimento adequado com comandos abertos, sucessivos, concatenados e pautados no diálogo, porque, em síntese, procura resolver em coordenação com todos os envolvidos um problema de interesse público que exige uma solução estrutural e que se realizada ao longo do tempo³⁰³.

³⁰² “Artigo 7º. Direito à liberdade pessoal:

(...)

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

³⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **ADPF 347 e o controle judicial de políticas públicas**. Artigo publicado na folha de São Paulo em 28 set. 2015. Disponível em: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em 09 jun. 2016.

No entanto, o simples reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais não é suficiente para a resolução dos conflitos, já que a parte mais complexa é justamente a fase de cumprimento das decisões judiciais. Conforme ressalta Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁰⁴, na experiência colombiana, o caso da superlotação carcerária não obteve efetivos avanços justamente em razão do insucesso na fase de execução, tendo a Corte Colombiana proferido decisões sem qualquer acompanhamento ou diálogo entre as partes envolvidas. Isto porque, como destacam Marco Félix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha, “as relações sociais, culturais, políticas e econômicas não são alteradas pelo simples fato de existir uma decisão judicial que direcione para um lado oposto ou diferente”³⁰⁵.

5.14.3.4 O órgão adequado para analisar o litígio estrutural

O caso analisado foi iniciado por uma ação constitucional diretamente no Supremo Tribunal Federal, o que acende uma discussão sobre qual o órgão seria adequado para analisar o litígio estrutural.

Marco Félix Jobim defende que o Supremo Tribunal Federal seria o órgão adequado para a análise de referidos conflitos. Para o autor, permitir que qualquer juiz pudesse decidir a questão acabaria por inflacionar ainda mais o Judiciário, com risco de decisões desconectadas, o que seria diferente se a Corte Constitucional ficasse responsável por este papel³⁰⁶.

No entanto, o próprio autor, em artigo posterior, modificou o seu entendimento, entendendo que não se pode permitir que apenas o Supremo Tribunal Federal analise os conflitos estruturais:

Em que pese todos os julgados acima terem sido julgados pelo Supremo Tribunal Federal, é inegável que há casos que, antes mesmo de chegar à Corte, passa por tribunais ou juízes inferiores ou, acaba indo direto pelo modelo abstrato que também dispomos em solo brasileiro. Sabendo disso, já não há mais espaço para atribuir ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade única de *structural litigation*, mas a de, sabendo do fato de que não só é ele hoje legítimo para tanto, tentar

³⁰⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 11 abr. 2016.

³⁰⁵ JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 576.

³⁰⁶ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19 e seguintes.

definir parâmetros de construção de uma teoria desses litígios estruturais que se anunciam cada vez mais no Brasil³⁰⁷.

Realmente, reservar à Corte Constitucional a competência exclusiva para a resolução dos conflitos seria inviável por diversas razões. O Supremo Tribunal Federal é um órgão de proteção da Constituição Federal, que, em tese, não analisa fatos, o que dificultaria na análise das múltiplas questões fáticas que normalmente envolvem os conflitos estruturais. Realizar todos os atos certamente também atrasaria a agenda da Corte para o julgamento de outros casos igualmente relevante.

Além disso, na fase de execução, dificilmente não seria enviada para a primeira instância para dar concretude aos comandos. O juiz de primeira instância está mais perto dos conflitos, tendo mais recursos para a melhor análise do processo, tanto na fase de conhecimento, quanto na fase de execução. Tanto que a medida cautelar foi proferida em 2015 e, apesar dos benefícios da decisão proferida, especialmente no tocante às audiências de custódia³⁰⁸, não há previsão para o seu julgamento e subsequente planejamento de como esta reestruturação será realizada.

5.14.4 Ação civil pública referente à política de mineração no país

Diante dos recentes desastres ocorridos em Mariana e Brumadinho, em abril de 2019, o Ministério Público Federal propôs uma ação civil pública com pedido de tutela provisória de urgência em face da União e da Agência Nacional de Mineração – ANM para a adoção de “medidas estruturais para a revisão da política federal de aprovação,

³⁰⁷ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 464.

³⁰⁸ Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. Durante a audiência, o magistrado analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Poderá ser analisado eventuais ocorrências de torturas, maus tratos ou outras irregularidades. Conforme dados do CNJ, na esfera estadual, desde janeiro de 2015, foram realizadas 550.134 audiências no país, resultando em 304 prisões domiciliares, 220.144 liberdades concedidas, 329.692 decretações de prisões preventivas. Ademais, 23.217 foram encaminhados para o serviço social e foram relatados torturas ou maus tratos em 30.408 casos. O Estado de São Paulo foi o que mais realizou audiências de custódia, num total de 192.438. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC. Acesso em 08 nov. 2019.

licenciamento, operação e fiscalização de barragens, a cargo dos réus” em razão dos desastres ambientais e humanos ocorridos em Minas Gerais nos últimos anos³⁰⁹.

A inicial aponta que a Agência Nacional de Mineração foi criada pela Lei nº13.575/17, sucedendo ao antigo Departamento Nacional de Produção Mineral, na forma de uma autarquia especial, sendo vinculada ao Ministério de Minas e Energia, nos termos do artigo 1º da referida lei. Essa agência tem como finalidade promover o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais no território nacional.

Em 2010 foi editada a Lei nº12.334, que estabeleceu a Política Nacional de Barragens destinadas à acumulação de água para qualquer uso, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cabendo à ANM a função de fiscalização de barragens utilizadas na atividade minerária. Esta agência é responsável desde a autorização da lavra até a fiscalização do empreendimento e das barragens envolvidas na atividade minerária.

A inicial aponta, entretanto, que foi constatada a falta de estrutura para o desempenho dessas atribuições, não dispondo de recursos humanos, materiais e financeiros mínimos.

Em razão disso, tem-se um problema estrutural, em que é necessária a reorganização de toda uma estrutura burocrática. A inicial sustenta ser necessária a tomada de algumas providências como: 1) a apreensão das características do litígio, permitindo a ampla participação de todos os grupos interessados; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, para que esta passe a não se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação, com participação dos grupos afetados, dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, para que sejam abordados aspectos não percebidos ou para que sejam minorados efeitos colaterais imprevistos; e, 6) a implementação do plano revisto, com reinício do ciclo, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado desejado.

³⁰⁹ Inicial obtida no site do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em 10 ago. 2019.

Pontua a inicial que é necessária a migração de um modelo repressivo do Poder Judiciário para um modelo resolutivo e participativo, e, ainda, sustenta que houve violação, pelos autores, do princípio da eficiência e do dever de fiscalização de polícia.

Após a exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos, foi requerida a concessão de tutela antecipada de urgência, especialmente diante dos recentes desastres ocorridos em Minas Gerais³¹⁰, para que fosse determinada à Agência Nacional de Mineração – ANM a realização de inspeção imediata das barragens de mineração em todo o Estado de Minas Gerais; que a União fornecesse os recursos humanos e financeiros necessários à realização desta atividade sendo que, caso não houvesse servidores suficientes, que fossem contratados agentes privados especializados; e, determinada a apresentação, pelos réus, no prazo de cento e oitenta dias, de um plano de reestruturação da atividade de fiscalização de barragens no Brasil. Em sede de tutela definitiva, requereu a condenação das rés a manter, pelo prazo mínimo de dez anos, a contar do trânsito em julgado da decisão, as atividades do plano de reestruturação da atividade de fiscalização de barragens no Brasil, submetendo, a cada seis meses, relatório ao juízo da execução, o qual poderá, em cooperação com as partes e ouvidos, se for o caso, especialistas, alterar as providências determinadas.

Conforme se verifica, trata-se de pedidos próprios de litígios estruturais, sendo que, no caso, apesar da necessidade de algumas atividades para cessar um perigo mais imediato, o foco é o planejamento da fiscalização a longo prazo, que demanda uma reestruturação a cargo dos réus da ação.

5.14.4.1. Acordo realizado

Alguns meses após a propositura da ação, as partes celebraram um acordo, homologado pela 5ª Vara Federal de Minas Gerais³¹¹ visando solucionar a questão, no qual a Agência Nacional de Mineração se comprometeu a realizar os atos de inspeção, vistoria e

³¹⁰ Em 05 de novembro de 2015, ocorreu o colapso da estrutura da barragem de Fundão, de propriedade da Samarco Mineração S/A, localizada no Subdistrito de Bento Rodrigues, no Município de Mariana/MG. Em 25 de janeiro de 2019, houve o rompimento das Barragens B-I, B-IV e B-IV-A da Mina Córrego do Feijão, de propriedade da VALE S/A, no Município de Brumadinho, ocorrido em 25 de janeiro de 2019. O Estado de Minas Gerais, conforme dados da ANM, concentra 51,5% das barragens de mineração do país, referente a 219 (duzentas e dezenove) de um total de 425 (quatrocentos e vinte e cinco) barragens inseridas na PNSB.

³¹¹ Acordo disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo-anm_mpf.pdf. Acesso em 26 out. 2019.

fiscalização das barragens de mineração independentemente de estarem ou não com declaração de condição de estabilidade regular, que foram divididas em três grupos temáticos.

O primeiro grupo abrange as barragens de mineração sem a “Declaração de Condição de Estabilidade” enviada à ANM, situadas em Minas Gerais e que devem ser vistoriadas em até seis meses, com início em trinta dias após a homologação do acordo judicial. O segundo grupo, as barragens com “Declaração de Condição de Estabilidade”, mas com “Dano Potencial Alto” (DPA), também situadas em Minas Gerais, que devem ser vistoriadas em até dez meses, prorrogáveis, iniciando-se no prazo de noventa dias após a homologação judicial. Por fim, o grupo das barragens sem “Declaração de Condição de Estabilidade”, situadas em outros estados, com prazo para conclusão de quatorze meses, iniciando-se em cento e oitenta dias após a homologação do acordo.

Foi, ainda, acordada a contratação de diversos materiais e serviços, que foram listados no documento assinado, ficando a União responsável por dotar o Setor de Segurança de Barragens de Mineração da agência com quarenta servidores públicos efetivos adicionais, sendo vinte até 2020 e mais vinte até 2021. Além disso, será viabilizada a contratação emergencial de assessoria técnica especializada na fiscalização de barragens, para auxiliar na fiscalização e aquisição de equipamentos.

A agência comprometeu-se a elaborar um plano de reestruturação da atividade de fiscalização de barragens em todo o território nacional, contemplando medidas estruturais para o planejamento e gestão do setor em curto, médio e longo prazos. Foram estabelecidos diversos prazos para o cumprimento do cronograma, com a garantia de que a União providenciará os recursos orçamentários e financeiros para viabilizar a execução do acordo.

O litígio apresentado continha características estruturais, sendo que, neste caso, não foi necessário o trâmite longo para a prolação de uma sentença. Conforme apontado, a solução conciliada é sempre a mais adequada, seja pelo tempo quanto pela pacificação mais adequada do conflito.

No caso, o acordo abarca vários aspectos, como recursos materiais, humanos e econômicos, contemplando um planejamento detalhado e longo para tentar a solução dos problemas verificados. A execução deverá ser fiscalizada pelas partes durante todo o período, cabendo, se necessário, adaptações e mudanças de acordo com as consequências

fáticas do cumprimento de cada meta. Este caso é bastante importante, pois sinaliza uma mudança de mentalidade dos envolvidos para o melhor enfrentamento do problema.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como finalidade estudar os conflitos estruturais relacionados a políticas públicas que apresentam características, que lhes são peculiares e que demandam uma forma de tutela processual diferenciada e mais adequada a essa nova realidade.

Adotando-se a instrumentalidade metodológica, que parte dos conflitos para a obtenção da tutela jurisdicional adequada, iniciou-se o estudo pelo acesso à ordem jurídica justa, em que não se analisa o mero acesso ao Poder Judiciário, mas a adequada pacificação dos conflitos por todos os meios disponíveis. Neste sentido, deve haver uma releitura do conceito de jurisdição, que, atualmente, compreende não apenas a justiça estatal, mas também a justiça arbitral e a justiça consensual, na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social.

Foi analisada a evolução das atribuições do Poder Judiciário no tocante às políticas públicas, estudando-se o seu conceito e os parâmetros para a intervenção do magistrado nesta questão. A Constituição de 1988 previu uma série de direitos sociais, exigindo uma atuação positiva do Estado, por meio das políticas públicas, que nem sempre acontece de forma adequada. Assim, o Poder Judiciário, cumprindo os comandos constitucionais, passa a ter novas atribuições, em um verdadeiro rearranjo da separação dos poderes. Nem toda a intervenção em políticas públicas representará um litígio estrutural, mas se mostrou importante esta análise para a compreensão dos capítulos seguintes. Do mesmo modo, mesmo diante de um processo complexo, que demande a reestruturação de uma organização burocrática, é possível que surjam questões relacionadas ao mínimo existencial e à reserva do possível, devendo o magistrado ponderar, no caso concreto, a melhor solução para a questão.

Para tanto, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal estabelece a inafastabilidade do Poder Judiciário e, no sistema atual, há dois tipos de processos que podem ser utilizados para a tutela dos direitos: o individual, regulado primordialmente pelo Código de Processo Civil; e o processo coletivo, que tem como principais diplomas reguladores a Lei nº 7347/85 (“Lei da Ação Civil Pública”) e a Lei nº 8.078/90 (“Código de Defesa do Consumidor”).

No entanto, as ações individuais não são adequadas para a modificação ou criação de uma política pública, pois a sua tramitação não entende o litígio macro que existe no tocante às políticas públicas, além de aumentar o número de processos no Poder Judiciário, reduzindo, em razão disso, a eficiência e celeridade da prestação jurisdicional. Além disso, é possível que para a mesma situação fática sejam tomadas diferentes decisões com base em diferentes interpretações acerca do ordenamento jurídico em vigor, incentivando a atomização das demandas, que deveriam ser tratadas de maneira molecularizada. Por sua vez, o processo coletivo se mostra o meio mais adequado para o controle judicial de políticas públicas, especialmente no tocante à reforma estrutural, mas são necessários alguns rearranjos, já que nem todo conflito coletivo pode ser considerado estrutural.

Em razão disso, é importante a identificação deste tipo de litígio, que começa a ser estudado a partir da década de 50, com o caso *Brown vs Board of Education*, em que havia diversos feixes de conflitos, marcados pela complexidade e pela multipolaridade. Normalmente, este tipo de conflito envolve diversos aspectos, como no caso da reestruturação do ensino americano, em que vários setores precisam ser modificados, não bastando apenas a possibilidade de abertura de vagas para estudantes negros estudarem juntos com brancos. Estes conflitos não apresentam aspecto bipolar, com caráter retrospectivo e reparatório, marcados pela rigidez formal, mas são mutáveis, de modo que é possível a formação de pretensões futuras em decorrência de modificações fáticas. Ademais, há uma violação sistêmica de direitos, sem que seja identificado um infrator específico, havendo necessidade de se efetivarem valores constitucionais violados por uma determinada prática institucionalizada.

Em razão disso, é necessária uma revisitação dos institutos processuais. No tocante à legitimidade ativa, é importante que o autor seja um representante realmente adequado, que entenda o conflito e realmente atue para a sua melhor solução. Apesar da atuação do Ministério Público como *custos legis* nos conflitos coletivos em geral, é importante que o magistrado possa, no caso concreto, verificar se o representante é efetivamente adequado para proteger os interesses em questão.

Mesmo sendo adequado o legitimado ativo, é essencial que haja um contraditório potencializado, com a ampla participação da sociedade no debate, que pode se dar com a realização de audiências públicas, com a participação de *amicus curiae*, bem como com a possibilidade de intervenção de outros legitimados, contribuindo, assim, para a legitimação democrática das decisões judiciais. Ademais, se mostra importante uma ampliação dos

poderes do juiz, que passa a atuar de forma mais ativa durante o acompanhamento e instrução da causa, afastando-se da passividade do processo civil tradicional.

Os litígios estruturais referem-se a questões fáticas complexas e mutáveis, de modo que, para garantir a efetividade do processo, é necessária a flexibilização do princípio da demanda, desde que haja adequada fundamentação e sempre seja observado o princípio do contraditório, franqueando aos envolvidos o direito de se manifestarem sobre eventuais modificações de pedidos que sejam necessários.

A utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos também se mostra bastante importante, pois permite que as próprias partes cheguem a um acordo sobre as questões que, muitas vezes são complexas e demandam um planejamento estruturado para a sua resolução. Mesmo que seja proferida uma sentença, o constante diálogo entre os envolvidos continuará durante todo o cumprimento da decisão, de modo que se mostra mais adequado que as partes tentem chegar a um acordo logo no início, evitando um trâmite processual longo que, em muitos casos, chegará ao mesmo resultado.

A decisão judicial nos litígios estruturais não se limita a resolver o conflito do passado, mas se projeta no futuro e habitualmente tende a influir em políticas públicas do setor afetado, seja para propor novas ou diferentes práticas institucionais ou modificações nas estruturas burocráticas, que vão muito além do caso em questão. A sentença consagra uma obrigação jurídica indeterminada, de valor político e tem como finalidade chamar a atenção para um debate público sobre o tema.

Além disso, após a sentença, o diálogo continua e se aprofunda para facilitar o cumprimento do que foi decidido. No processo estrutural, a etapa da execução só se finaliza quando o objetivo é alcançado, o que muitas vezes, demora, já que normalmente é necessária uma etapa de planejamento, fixando-se objetivos, etapas de execução e prazos correspondentes para a consecução dos objetivos almejados. O magistrado pode servir-se tanto de um terceiro independente quanto de órgãos públicos ou entidades privadas para o acompanhamento da execução, sempre privilegiando o diálogo entre as partes.

Os casos apresentados no presente trabalho ilustram as características do litígio estrutural. Apesar da ausência de legislação específica, foi possível o seu trâmite diante da postura ativa do magistrado ao entender que o processo estrutural demanda uma modificação da visão tradicional bipolar para uma análise policêntrica da questão.

O sistema da *civil law* e a mentalidade dos operadores do direito ainda demandam a necessidade de elaboração de leis para a aplicação ao caso concreto. Neste sentido, o Projeto de Lei n.º 8.058/2014, que institui o processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, prevê disposições bastante relevantes para o trâmite destes processos estruturais, o que poderá contribuir em muito para o futuro sucesso da intervenção do Judiciário em políticas públicas.

No entanto, na ausência de uma lei específica, verifica-se que é possível a tramitação deste processo no atual sistema processual. Apesar de, ainda, apresentar um caráter bastante bipolar, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe várias inovações que permitem uma maior flexibilização processual, com a condução mais ativa e colaborativa do processo.

Além da legislação, é necessária uma mudança de mentalidade de todas as partes envolvidas, especialmente do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria, pois o sucesso das medidas demanda que haja efetiva vontade de modificação por parte de todos os envolvidos. De nada adianta a edições de leis se não houver efetiva vontade política de mudança, com especialização de pessoal, formação de corpo técnico e estrutura material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2ªed, 3ª tiragem, 2014.
- ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2ª ed., ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. Processo Multipolar, Participação e Representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 423/448.
- _____. Processos Estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 475/492.
- _____. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>, acesso em 21 abr. 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. O que é o devido processo legal? *In*: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 163, set. 2008.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; MATOS, Amanda Melillo de. *Amici curiae* e audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: Uma análise da participação de grupos minoritários à luz da concepção deliberativa de democracia. *In*: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 76-100. Disponível em: <https://www.academia.edu>, acesso em 10 de outubro de 2019.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2^a. ed., 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**. n. 254, 2010 – Biblioteca Digital – Fórum de Direito Público.
- BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 279/301.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: **Garantismo Processual. Garantias Constitucionais aplicadas ao processo**. Coord. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 01/39.
- BERIZONCE, Roberto. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 261/286.
- _____. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. In: **Revista de Processo**. Vol. 190/2010, Dezembro de 2010, p. 43.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 20 mai. 2019.
- BRASIL. **Regulamento n. 737 de 1850**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em 20 mai. 2019.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às Políticas Públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 467/488.

_____. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As Políticas e o direito administrativo**. Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros Editores.

_____. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. V. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

BURGO, Vítor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 73/92.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 8.058, de 2014**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FA567FFF09402BF88FDF03441F2CCE1C.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 11 abr. 2018.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 225/236.

_____. **A efetivação dos 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, 2009.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 3º ed., 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.
- _____. **Vindicating the public interest through the Courts: a comparativist's contribution**. Buffalo Law Review, Vol. 25, 1976.
- _____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- _____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, p. 128/159, São Paulo: RT, jan/mar 1977.
- CARVALHO, Sabrina Nasser de. **Processos Coletivos e Políticas Públicas: Mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática**. São Paulo: Contra Corrente, 2016.
- CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review, vol. 89 (maio/1976), p. 1.281-1.315.
- CHASE, Oscar G. **The Discretionary Power of the Judge in Cultural Context, in Law, culture, and ritual – disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005 p. 72-93.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3. ed. rev. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro de 2012, p. 25/56.
- COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação entre Direito e Processo. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). **O processo em perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 345/370.
- _____. O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal. *In*: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro: GenForense, 1ª ed., 2011, p. 451/466.

- _____. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 449/474.
- _____. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *In*: Carlos Aberto de Salles (coord). **As grandes transformações do processo civil brasileiro – estudos em homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: QuartierLatin: 2009, p. 953/979.
- DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ª ed., 2011, p. 92/124.
- _____. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.
- DERMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileira**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v. 8, n.1: 46-64, jan-apr., 2017.
- DAHL, Robert A. **Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker**. The Supreme Court as a National Policy-Maker, 6 J. Pub. L. 279 (1957). Content downloaded from Hein On line. Acesso em 18 jun. 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. Volumes I e II, 7ªed., São Paulo: Malheiros, 2017.
- FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2015.

FISS, Owen. **Two Models of Litigation**. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em 31 mai. 2018.

_____. As formas da justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 119/168.

_____. Fazendo da Constituição uma verdade viva. Quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 25/51.

_____. **Direito como Razão Pública. Processo, Jurisdição e Sociedade**. Coord. tradução: Carlos Alberto de Salles, Curitiba: Juruá Editora, 2017.

_____. **Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **The Civil Rights Injunction**. Disponível em <https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/injunction.pdf>. Acesso em 14 jul. 2018.

FONSECA, Eduardo José da Costa. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro de 2012.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Processo coletivo e elementos objetivos da demanda**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas** Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 125/150.

_____; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique. Projeto de Lei n. 8.058/2014 – Considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

- WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 609/650.
- _____; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **ADPF 347 e o controle judicial de políticas públicas**. Artigo publicado na folha de São Paulo em 28/09/2015. Disponível em: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em 09 jun 2016.
- _____. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 423/448.
- _____. **Teoria Geral do Processo**. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. São Paulo, Malheiros Editores, 30. ed., 2014.
- _____. **A coletivização das ações individuais após o veto**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em 20 mai. 2018.
- _____. **A Marcha do Processo**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. **O processo: estudos e pareceres**, São Paulo: Perfil, 2005.
- _____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, n.97, São Paulo, jan-mar, 2000, p. 9/10
- _____. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In*: BONATO, Giovanni (Org.). **O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. Os fundamentos da justiça conciliativa. *In*: Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; Lagrasta Neto, Caetano (coords). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1/5.
- _____. Direito processual coletivo. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. V. 2: processo coletivo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremos Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria de litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 449-466.

_____; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 563-582.

Legal Information Institute. Rule 14. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>. Acesso em 03 jul. 2018.

Legal Information Institute. Rule 54. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_54, acesso em 20 jun. 2018.

Legal Information Institute. Rule 53. Disponível em: Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_53. Acesso em 07 nov. 2019.

LESSA NETO, João. *O novo CPC adotou o modelo multiportas!!!E agora?!* **Revista de Processo**, vol. 244/2015, p. 427 - 441, Jun. 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2017.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 7. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 132/135.

_____. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria Geral das Ações Coletivas**. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson, e NERY, Rosa. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. **Gerenciamento do Processo e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2017.

PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Registro em la DNDA: 12/06/2013. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em 15 mai. 2018.

_____. La Litis Estructural em el caso Brown v. Board of Education. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 85/140.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As *Structural injunctions* e o direito processo brasileiro. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, fls. 513/541.

SABINO, Marco Antonio da Costa, **Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios**. São Paulo: Juruá, 2016.

_____. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da Saúde. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 353/386.

SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública**. Tese de Livre Docência, FDUSP, São Paulo, 2010.

_____. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Política públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, 177/191.

_____. Processo Civil de Interesse público. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.193/227.

_____. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública**. Tese de Livre Docência, FDUSP, São Paulo, 2010.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6. ed., 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Maria Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11/53.
- _____. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.
- SADEK, Maria Teresa. Judiciário e Arena Pública. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 01/32.
- SCHOENBROAD, David. **The measure of a injunction: a principle to replace balancing the equities and tailoring at remedy**. *Minnesota Law Review*. N. 627, Apr. 1988. Disponível em https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1243&context=fac_articles_chapters. Acesso em 19 jul. 2018.
- SILVA, Érica Barbosa e. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo – USP, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- _____. O Judiciário e as políticas públicas. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.
- STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. *Georgetown Law Journal*. vol. 79, n. 5, 1991. Content downloaded from Hein Online. <https://heinonline.org>. Acesso em 20 set. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 56. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 224, p. 121-152, out, 2013.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 287/316.

_____. Ejecución de Sentencias en Litigios de Reforma Estructural em la República Argentina - Dificultades Políticas y Procedimentales que inciden sobre La Eficacia de estas Decisiones *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. Trabajo previamente publicado em Argentina (XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias Generales y Ponencias Seleccionadas, Septiembre de 2013).

_____. **Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación**. Derecho Procesal, Anales n. 43, Facultad de Cs Jurídicas y Sociales, UNLP, 2013.

_____. Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina. **Revista de Processo**, vol. 244, junho de 2015.

VIOLAN, Jordão. **Processo Coletivo e Protagonismo Judiciário: o controle de decisões políticas mediante ações coletivas**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2011.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 369/422.

_____. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. vol. 284/2018, p. 333-369, out/2018.

ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 33/72.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1ªed., 2011, p. 309/332.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. Belo Horizonte. Del Rey Editora, 2019.

_____. Controle jurisdicional de políticas públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 1. ed., 2011, p. 213/224.

_____. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, v. 36, p. 381-389, 2011.

_____. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (coords). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6-10.

_____. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel (coords). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135.

_____. **Da cognição no processo civil**. 3ªed. São Paulo: DPJ editora, 2005.

_____. Do objetivo litigioso das ações coletivas: cuidados necessários para sua correta fixação. *In*: MILARÉ, Édís (coord.) **A Ação Civil Pública: Após 25 anos**. V. 1, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 501-508.

- _____. Processo civil de interesse público: introdução. *In*: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, v., p. 15-21.
- _____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**, v. 31, p. 28-35, 2006.
- _____. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A legitimação para agir. **Revista de Processo**, vol. 34/1984, p. 197/206, abr/junho de 1984.
- _____. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo. v. 1, n.1, p. 149-151, 1996.
- _____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461, CPC **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 19/1996. p. 77 – 101. Jul – Set, 1996.