

**CAROLINE DE CAMARGO SILVA VENTURELLI**

**Processos estruturais: alternativa prestacional para limitar o ativismo  
judicial**

Dissertação de Mestrado 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 a orientação do Professor Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2023**

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.

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Venturelli, Caroline de Camargo Silva  
Processos estruturais: alternativa prestacional  
para limitar o ativismo judicial ; Caroline de  
Camargo Silva Venturelli ; orientador Ricardo de  
Barros Leonel -- São Paulo, 2023.  
159f.  
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito Processual) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2023.

1. Processos estruturais. 2. Ativismo judicial.  
3. Processos coletivos. 4. Processos complexos. I.  
Leonel, Ricardo de Barros, orient. II. Título.

---

Nome: VENTURELLI, Caroline de Camargo Silva

Título: Processos estruturais: alternativa prestacional para limitar o ativismo judicial

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovada em:

Banca Examinadora

Professor(a) Dr(a).

\_\_\_\_\_

Instituição:

\_\_\_\_\_

Julgamento:

\_\_\_\_\_

Professor(a) Dr(a).

\_\_\_\_\_

Instituição:

\_\_\_\_\_

Julgamento:

\_\_\_\_\_

Professor(a) Dr(a).

\_\_\_\_\_

Instituição:

\_\_\_\_\_

Julgamento:

\_\_\_\_\_

Professor(a) Dr(a).

\_\_\_\_\_

Instituição:

\_\_\_\_\_

Julgamento:

\_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por tudo.

Ao Professor Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel pela confiança, ajuda, disposição e, sobretudo, pela aprovação no Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sem a qual este trabalho nunca seria viabilizado.

À minha mãe Sonia, minha irmã Camila e meus bichinhos de estimação, pela já sabida atenção e incondicional companhia.

Aos amigos e amigas pela força.

Porque o Senhor é o nosso Juiz; o Senhor é o nosso legislador; o Senhor é o nosso rei, ele nos salvará (Isaías 33,22).

## RESUMO

VENTURELLI, Caroline de Camargo Silva Venturelli. *Processos estruturais: alternativa prestacional para limitar o ativismo judicial*. 2023. 158f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

Os processos estruturais, sendo aqueles que visam reformar uma instituição ou uma política pública, ganharam destaque nos Estados Unidos, sobretudo pelo aspecto do direito material, qual seja, a defesa e implementação de direitos civis em favor dos negros, que sofriam com a segregação racial em ambientes comuns, como escolas e no uso de meios de transportes. Contudo, atacados pelo viés ativista, vez que os juízes criavam decisões que mais se aproximavam de normas de viés legislativo, além de tais autoridades corporificarem papéis de administradores de políticas governamentais, os processos estruturais têm sobrevida no âmbito da análise dos processos complexos, pois envolvem temas difíceis, múltiplas partes e interesses, e conseqüentemente, soluções diversas, a depender da postura do juiz ao conduzir o procedimento. O trabalho enfrenta a teoria do ativismo judicial, bem como do processo coletivo, para analisar como o processo estrutural vem sendo tratado pela doutrina processualística, com o fim de superar a ideia de ativismo, subjacente à tipologia. Por fim, o procedimento cooperativo e dialogado surge como alternativa aos processos estruturais, para mitigação de posturas ativistas do juízo.

Palavras-chave: Direito processual civil. Processos estruturais. Processos complexos. Ativismo judicial

## ABSTRACT

VENTURELLI, Caroline de Camargo Silva Venturelli. *Structural litigation: an alternative to mitigate judicial activism*. 2023. 158f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

Structural litigation, that aimed at reforming an institution or a public policy, gained prominence in the United States, especially from the aspect of material law, that is, the defense and implementation of civil rights in favor of blacks, who suffered from racial segregation in common environments, such as school and means of transport. However, attacked by the activist bias, since the judges created decisions that were closer to norms of legislative bias, in addition to such authorities embodying roles of administrators of government policies, the structural litigation survives in the context of the analysis of complex litigation, as they involve difficult issues, multiple parties and interests, and consequently, different solutions, depending on the judge's attitude when conducting the procedure. The work faces the theory of judicial activism, as well as the collective litigation, to analyze how the structural litigation has been treated by the procedural doctrine, in order to overcome the idea of activism, underlying the typology. Finally, the cooperative and dialogic procedure emerges as an alternative to the structural litigation, to mitigate activist postures of judgment.

Keywords: Procedure law – structural litigation – complex litigation – judicial activism.

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. PROCESSOS ESTRUTURAIS: INSPIRAÇÃO E EXPERIÊNCIA NORTE – AMERICANA.....</b>	<b>13</b>
2.1. CONTEXTO.....	13
2.2. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO NOVO MODELO PROCESSUAL.....	25
2.3. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E PANORAMA DO PROCESSO ESTRUTURAL NORTE-AMERICANO.....	29
2.4. TUTELA ESTRUTURAL – ESPECIFICIDADES SOB O PONTO DE VISTA INTERPRETATIVO DO DIREITO.....	32
2.5. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A EFETIVIDADE DA TUTELA ESTRUTURAL NOS ESTADOS UNIDOS.....	36
2.6. A POLÊMICA DO ATIVISMO NO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	39
2.7. ÓBICES AO USO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO DIREITO NORTE-AMERICANO: INTROMISSÃO EM OUTROS RAMOS DE PODER.....	41
2.7.1. Subjetivismo que enfraqueceu o Poder Judiciário.....	44
2.8. ABORDAGENS PARA APLICAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NORTE-AMERICANO.....	47
2.9. ALTERNATIVAS AO USO DO PROCESSO ESTRUTURAL NOS ESTADOS UNIDOS – TENDÊNCIA EXPERIMENTALISTA.....	50
2.10. CONCLUSÕES PARCIAIS .....	53
<b>3. O MODELO DE PROCESSO ESTRUTURAL BRASILEIRO.....</b>	<b>55</b>
3.1. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO CATEGORIA DOS NOVOS TIPOS DE PROCESSOS COMPLEXOS CONTEMPORÂNEOS.....	55
3.2. CONTEXTO DO PROCESSO BRASILEIRO.....	58
3.3. CONFIGURAÇÃO DOUTRINÁRIA DO PROCESSO E DA TUTELA ESTRUTURAL NO BRASIL.....	63
3.4. O INSTRUMENTAL APLICÁVEL AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS.....	65
3.5. PARADOXO: O USO DO MODELO INDIVIDUAL EM LIDES POTENCIALMENTE ESTRUTURAIS.....	69



3.6.	O PROCESSO ESTRUTURAL E O ATIVISMO JUDICIAL.....	72
3.6.1.	Conceito de ativismo e limitadores à atividade jurisdicional no plano material.....	72
3.6.2.	Causas do ativismo judiciário no Brasil.....	76
3.6.3.	Outros rumos dados pela teoria construtivista para a reforma estrutural.....	80
3.7.	PROBLEMA DO ORÇAMENTO PÚBLICO.....	83
3.7.1.	Proposta para a vinculação orçamentária nos processos estruturais.....	87
3.8.	A REGULAÇÃO E A GOVERNANÇA A SERVIÇO DO PROCESSO ESTRUTURAL BRASILEIRO.....	90
3.9.	PROCESSO ESTRUTURAL COMO EVOLUÇÃO CONTEXTUAL DO VELHO MODELO DE LITÍGIO.....	92
3.10.	CONCLUSÕES PARCIAIS.....	95
<b>4.</b>	<b>PERPECTIVAS E TENDÊNCIAS DO PROCESSO ESTRUTURAL BRASILEIRO.....</b>	<b>97</b>
4.1.	REPENSANDO O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO PARA OS LITÍGIOS COMPLEXOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	97
4.2.	ADOÇÃO DO MODELO COOPERATIVO E PARTICIPATIVO NO PROCESSO ESTRUTURAL.....	102
4.2.1.	Combinação de métodos.....	107
4.3.	APERFEIÇOAMENTO, CONSTRUÇÃO E USO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS.....	113
4.3.1.	Representação e Participação.....	114
4.3.2.	Pedido.....	116
4.3.3.	Ambiente processual colaborativo: Audiências diferenciadas.....	119
4.3.4.	Formação de juízos universais estruturais.....	121
4.3.5.	Produção probatória: novas abordagens.....	122
4.3.6.	Medidas urgentes.....	124
4.3.7.	Decisão parcial de mérito.....	125
4.3.8.	Retenção de jurisdição.....	127
4.3.9.	Execução negociada.....	128
4.4.	APLICAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NO BRASIL.....	129
4.4.1.	Caso da COVID-19.....	130
4.4.2.	Caso Raposa Serra do Sol.....	131
4.4.3.	Caso do rompimento das barragens de Brumadinho.....	135

4.4.4. Os casos de reserva de vagas em creches municipais e outros direitos fundamentais – a contrarreforma.....	139
4.5. COMPATIBILIZANDO O PROCESSO ESTRUTURAL COM O ESTADO DE DIREITO NO BRASIL.....	141
4.6. DIFICULDADES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NO BRASIL.....	144
4.7. <i>DE LEGE FERENDA</i> : O NOVO MODELO PROCESSUAL ESTRUTURAL NO BRASIL.....	146
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>151</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>153</b>



## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho faz, primeiramente, uma imersão no tema dos processos estruturais e da tutela correspondente, em consonância à doutrina norte-americana, para buscar seu desdobramento histórico e os resultados alcançados naquela sociedade, e se o seu formato se mantém ao longo do tempo.

Nesse compasso, é útil investigar se o tipo utilizado nos Estados Unidos para implementação dos direitos civis foi bem-sucedido e se a experiência da reforma estrutural norte-americana pode ser considerada válida no Brasil.

O processo estrutural, famoso por causa dos direitos civis, por sua vez, não se resume ao trato do direito material social, mas é tipo que sobrevive porque apresenta em seu bojo demandas difíceis, cujo procedimento deve ser pensado no novo contexto das relações humanas, desvinculado do clássico modelo adversarial e sendo preferível o esquema coletivo ao individual.

Nessa toada, o conceito e a abordagem do ativismo judicial são trabalhados ao longo dos estudos, sob o ponto de vista do processo estrutural norte-americano e no brasileiro, para relacionar as ideias ao tipo de procedimento adotado e qual a solução mais viável para sua mitigação.

Ao longo dos estudos, constata-se que o processo estrutural pode ser categorizado como um processo complexo, pois segundo a doutrina de Richard Marcus, caracteriza-se pela dificuldade de solução do tema tratado. Tal ocorre, seja porque há vários desfechos possíveis, seja pela multiplicidade de partes ou, mesmo, pelo conteúdo financeiro, de grande monta.

Na segunda e terceira partes do trabalho se dá maior enfoque aos processos estruturais e o tratamento que recebem em autorizada doutrina processualista nacional, sobretudo no âmbito dos processos coletivos, cujas preocupações de aperfeiçoamento são semelhantes às aquelas relativas ao processo estrutural.

Outrossim, verifica-se que o procedimento adotado no processo estrutural diz muito sobre a conduta ativista do juiz, por isso, se propugna que o modelo do processo estrutural, além de caber no molde do processo coletivo brasileiro, deve preferir o procedimento colaborativo, dialogado e construído, na medida do possível, por consensos, para que a decisão judicial seja implementada e efetivada, superando o mero simbolismo e a visão construtivista, que se contenta com efeitos indiretos provocados por processos estruturais.

Assim, o trabalho extrai do entendimento doutrinário algumas ferramentas e mecanismos processuais que poderão ser considerados para utilização procedimental, à luz do princípio da adequação das formas.

Por fim, o estudo do processo estrutural no contexto brasileiro é de utilidade, para que se possa perquirir se se insere na sociedade complexa da atualidade, à luz dos instrumentos processuais disponíveis em território nacional e as perspectivas de aperfeiçoamento legislativo.

Esses os traços do presente trabalho.

## 2. PROCESSOS ESTRUTURAIS: INSPIRAÇÃO E EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Inegavelmente, a concepção de processos estruturais chegou ao Brasil por influência do Direito norte-americano, apesar da família da *common law* ser diversa daquela adotada no Brasil, que seguiu tradição romano-germânica, com influência do direito da Europa Continental.

Os processos estruturais ganharam destaque no solo norte-americano pelos temas que tratavam, sobretudo, problemas de grande repercussão e complexidade, como são os direitos civis, com destaques para a causa segregacionista.

Não é possível que o trabalho seja desenvolvido sem que seja considerada a abordagem dos processos estruturais do século XXI nos Estados Unidos da América, pátria onde se defendem, como no Brasil valores e direitos de vertente legal e constitucional, mas no qual há, como em qualquer outro local, impedimentos ou mora para sua efetivação.

Se os governos e o legislador não conseguem, aos olhos da sociedade, implementar certos direitos, se recorre ao Poder Judiciário para que este Poder intente reformas que não foram realizadas, e, o instrumento que surge, assim, como presumível solução, são os processos estruturais, objeto da dissertação.

### 2.1. CONTEXTO

Há relativo consenso doutrinário em apontar a origem dos litígios de natureza estrutural como norte-americana, em meio ao contexto social e político que emergiu, marcadamente, o movimento dos direitos civis, trazendo à tona questões segregacionistas a partir dos anos 1950, ensejando reações no Poder Judiciário, que passou a proferir decisões judiciais diferenciadas, bem como atuando de forma atípica.

Nesta esteira, pode-se afirmar que sendo a história americana marcada pelo preconceito, em meio ao segregacionismo, é que houve ascensão, por assim dizer, dos processos e tutela de natureza estrutural<sup>1</sup>.

Os processos estruturais estão incluídos no que se denomina *complex litigation* ou litígios complexos, cujo paradigma são os casos de viés constitucional que buscavam a reforma

---

<sup>1</sup> VIOLIN, Jordão. **Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A experiência Norte-Americana na Resolução de Litígios Policêntricos.** Doutorado em Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 8.

de várias instituições públicas, como as escolas, presídios e cadeias, hospitais de doenças mentais e burocracia previdenciária. Muitos dos direitos derivavam do âmbito legislativo e da regulação administrativa<sup>2</sup>.

Nesta toada, é relevante que se diga terem tido os processos estruturais destaque na seara dos direitos civis, e a lembrança histórica do contexto da sociedade americana e o relacionamento entre os negros e brancos, se faz necessária, para o desenvolvimento das ideias.

A história conta que figuras ilustres americanas eram proprietárias de escravos e, por isso, livrar-se da cultura escravocrata não foi fácil, mesmo após a abolição formal da escravidão<sup>3</sup>.

Temas como o sistema escolar dual e a doutrina do *separate but equal* fizeram com que questões relativas à transformação do ambiente social especialmente hostil aos negros, tivessem atenção nas Cortes judiciais, iniciando-se a discussão sobre a reforma estrutural no Poder Judiciário.

Diga-se, reforma estrutural significando a tentativa de, por meio do processo judicial, o Poder Judiciário buscar efetivar valores constitucionais através da operacionalização da burocracia<sup>4</sup>.

Relembre-se que a doutrina *separate but equal* teve como fonte histórica o caso *Roberts v. City of Boston, 59 Mass. 198, 200 (1849)* que foi levado à Corte de Justiça de Massachusetts em 1849 por Charles Sumner (um homem eloquente, erudito e que em breve se tornaria senador

---

<sup>2</sup> MARCUS, Richard L; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. **Complex Litigation. Cases and materials on advanced civil procedure**. 5. ed. West, 2010, p. 3.

<sup>3</sup> O autor cita que Thomas Jefferson, um dos mais eloquentes defensores da liberdade individual, era proprietário de escravos. James Madison, cuja liderança durante a Convenção Constitucional rendeu o título de “Pai da Constituição”, era proprietário de escravos. John Rutledge, que elaborou a primeira definição de poder legislativo, representava proprietários de escravos. A fortuna de George Washington vinha, em grande medida, do trabalho de escravos. Dos quinze representantes mais proeminentes, sete eram produtores rurais, cujas atividades dependiam da mão-de-obra escrava. As referências sobre o assunto podem ser encontradas: MARSHALL, Thurgood. Commentary: Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution. **Harvard Law Review**, v. 101, n. 1, p. 1-5, nov. 1987, p. 2; LEVESQUE, George A. Slavery in the ideology and politics of the revolutionary generation, 1750-1783. **Harvard Law Journal**, v. 30, p. 1051-1065, 1987, p. 1059; ROBINSON, Donald L. **Slavery in the structure of American Politics: 1765-1820**. New York: Norton Publishers, 1979, p. 209; LEVESQUE, George A. Slavery in the ideology and politics of the revolutionary generation, 1750-1783. **Harvard Law Journal**, v. 30, p. 1051-1065, 1987, p. 1056. In VIOLIN, Jordão. Processos Estruturais, p. 8-9, notas 8-10.

<sup>4</sup> FISS, Owen. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003, p. 2. Também FISS, Owen. As formas de Justiça. In: WATANABE, Kazuo (*et al*) (*org*). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 120. Burocracia no sentido de uma forma organizacional que tem sua autoridade recebida de uma fonte política externa e que deve organizar pessoas e interesses para produzir um resultado. A definição não inclui somente o Estado e agências governamentais, mas outras instituições em relação às quais a *structural injunction* é frequentemente direcionada, como administração prisional, escolas e hospitais de saúde mental. In EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. **Yale Law Journal**, vol. 99, n° 8, June 1990, p. 1984.

e inimigo da escravidão) junto ao Chief Justice Shaw, e combinou seu pleito por Sarah Roberts à “era da civilização” e ao apelo pela abolição da segregação escolar em Boston.

O pleito foi deduzido em ação de declaração de inconstitucionalidade da prática de segregação em escolas estaduais, vez que todos os cidadãos estavam sujeitos a uma proposição - igualdade do homem perante a lei - e que diante da 14ª Emenda, toda forma de discriminação em instituições civis ou políticas eram condenáveis.

Dizem Leonardo W. Levy e Harlan B. Phillips que, por meio século, Boston manteve escolas para uso exclusivo de crianças de cor, sendo a primeira do tipo estabelecida em 1798, já que as crianças negras não poderiam frequentar escolas públicas por causa do preconceito existente. As primeiras instituições para negros não foram financiadas pelo Estado de Boston, mas por filantropos brancos, sendo assumidas em 1815 pelo Estado que instituiu a segregação, estabelecendo educação primária separada para negros.

A doutrina *separate but equal* foi chancelada pela Suprema Corte, pois ficou reconhecida a atribuição do comitê escolar para instituir a segregação, permitindo a implementação dos direitos dos cidadãos com base na raça, sendo que tal solução demonstrou que a discriminação, em um mundo de igualdade de direitos, não era proibida, mas razoável. Assim, se tornou uma justificação constitucional para a segregação racial nas escolas americanas<sup>5</sup>.

Pois bem. Mais tarde, abolida a escravidão em meados do século XIX<sup>6</sup>, mais exatamente em 6 de dezembro de 1865, com a inserção da 13ª Emenda<sup>7</sup> na Constituição americana, notáveis mudanças foram sentidas social, legal e judicialmente, pois os afrodescendentes poderiam exercer os direitos civis, como o de propriedade, liberdade de contratar, além dos direitos políticos básicos, como o sufrágio<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> LEVY, Leonard W., PHILLIPS, Harlan B. The Roberts Case: Source of the “Separate but Equal” Doctrine. **The American Historical Review**, vol. 56, nº 3, 1951, p 510-518. JSTOR, [www.jstor.org/stable/1848435](http://www.jstor.org/stable/1848435) . Acesso em 20 de jan. de 2021.

<sup>6</sup> Leslie V. Tischauser ensina que a 13ª Emenda foi incluída na Constituição ao final da Guerra Civil americana, cujo objetivo era a definitiva secessão de 11 Estados da União e a permanência da escravidão com a supremacia branca. Abraham Lincoln foi à guerra para preservar a União e dar cabo à escravidão, o que ocorreu, com a deflagração da 13ª Emenda. Esta foi ofuscada, pouco depois com o advindo das leis *Jim Crow*, que objetivavam negar a liberdade e igualdade do mesmo grupo que havia conquistado a liberdade, ou seja, os afro-americanos. In TISCHAUSER, Leslie Vincent. **Jim Crow Laws: Landmarks of the American Mosaic**. Greenwood: Santa Barbara, California; Denver, Colorado; Oxford, England. 2012, p. XI.

<sup>7</sup> Em 8 de abril de 1864, o Senado americano deu o passo crucial rumo à abolição constitucional da escravidão. Por meio de uma forte coalisão de 30 Republicanos, 4 Democratas dos estados de fronteira (*four border-state Democrats*) e 4 Democratas da União, passou a emenda por 38 votos a 6, que aboliu a escravidão norte-americana. Disponível em [https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Senate\\_Passes\\_the\\_Thirteenth\\_Amendment.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Senate_Passes_the_Thirteenth_Amendment.htm). Acesso em 12 de jan. de 2021. O texto da 13ª Emenda está disponível em <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-13/>. Acesso em 12 de jan. de 2021.

<sup>8</sup> TISCHAUSER, Leslie Vincent. *Jim Crow Laws (...)*, p. 94.



Um ponto relevante é que a escravidão havia sido abolida primeiramente nos estados do Norte, tendo sido uma das causas da Guerra da Secessão<sup>9</sup>. Conte-se que, juridicamente, com a escravidão ruiu o precedente *Dred Scott v. Stanford*, 60 U.S. 393 (1857), considerado um dos casos mais infames da História americana, já que a Suprema Corte declarou, na oportunidade, que a Constituição não incluía pessoas negras no conceito de cidadão, fossem eles livres ou escravos, legitimando o *status* senhorial, afastando o pedido de tutela declaratória em processo judicial, formulado por Dred Scott, que buscava a condição de cidadão no seu Estado de origem<sup>10</sup>.

Por sua vez, uma das consequências do pós-guerra foi a abolição formal da escravidão, por meio da promulgação da 13ª Emenda, resultando em derrota às pretensões dos estados sulistas americanos.

Outra consequência jurídica do final da Guerra Civil, além da promulgação da 13ª Emenda, foi a vinda das 14ª e 15ª Emendas<sup>11</sup>, cujos teores declaravam cidadãos todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, além do voto universal sem distinção quanto à origem, cor ou características pessoais, respectivamente, que são denominadas as emendas da Reconstrução<sup>12</sup>, inaugurando a era da igualdade de direitos entre brancos e negros.

---

<sup>9</sup> Segundo o historiador Daniel Neves, a Guerra de Secessão ou Guerra Civil Americana (a maior da história do país) aconteceu entre os anos de 1861 e 1865, entre os estados do norte e o sul. A grande divergência envolvia o debate do modelo de sociedade que seria implantado nos novos territórios americanos. Os sulistas defendiam a extensão do trabalho escravo, enquanto os nortistas eram favoráveis à abolição. Os sulistas se renderam, por uma série de fatores, em abril de 1865 e conseqüentemente, houve consolidação da abolição da escravidão em todo o país com a promulgação da 13ª Emenda Constitucional, com início da reconstrução e a reintegração do sul à União. In SILVA, Daniel Neves. **O que foi a Guerra de Secessão?** Brasil Escola. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-foi-guerra-secessao.htm>. Acesso em 15 de jan. de 2021. Também, MARTIN, André. *Guerra de Secessão*. In MAGNOLI, Demétrio (org.). **História das Guerras**. 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 218-220.

<sup>10</sup> Dred Scott era um escravo que voluntariamente foi levado do Missouri (escravocrata) para o Illinois e para a Louisiana, onde a escravidão não era permitida. Retornando para seu estado de origem, Dred Scott ajuizou ação na Justiça Federal requerendo o reconhecimento de seu *status* de cidadão livre. Na Suprema Corte ficou decidido que ele não era pessoa, mas propriedade. Mesmo julgando a incompetência da Justiça Federal para exame do pleito, ponderou, no mérito, que havendo duas cidadanias, uma estadual, atribuída pela Constituição do Estado e com eficácia somente nos limites territoriais e outra nacional, atribuída pela Constituição Federal, a lei de Illinois não seria oponível a outro Estado da Federação. Assim, livre em um Estado, sua reentrada em outro escravocrata o faria novamente um escravo. BURT, Robert A. *The Constitution in conflict*. Boston: Harvard University Press, 1992, p. 193. Sustentando que, apesar de criticável, *Dred Scott* foi uma decisão em sintonia com os valores majoritários da época, v. GRABER, Mark A. *Dred Scott and the problem of constitutional evil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 28. Referências e comentários da nota extraídos de VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais (...)*, p. 14-15 e nota 39.

<sup>11</sup> Texto da 14ª Emenda, disponível em <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-14/>. Acesso em 19 de jan. de 2021. Texto da 15ª Emenda, disponível em <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-15/>. Acesso em 19 de jan. de 2021.

<sup>12</sup> Tratou-se do período em que foram promulgadas as 13ª, 14ª e 15ª Emendas à Constituição norte-americana, abolindo-se formalmente a escravidão, positivando-se o princípio da igualdade. In VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais (...)*, p. 8.

No entanto, pouco tempo após a abolição da escravidão norte-americana, a situação geral do *status* dos negros começava a piorar, particularmente nos estados do Sul, vez que estes demonstravam aversão à igualdade real entre brancos e negros, ensejando práticas restritivas de direitos e exploração econômica contra os afrodescendentes. A Constituição norte-americana de 1787 não se mantinha fiel ao ideal igualitário, pois artigos remanesciam com apontamentos racistas<sup>13</sup>, e davam fundamento à segregação.

Assim foi. O período de 1865 a 1870 representou a criação e ascensão da *Ku Klux Klan* (KKK) que perseguia, aterrorizava e agredia a população negra e os brancos que a apoiava, sendo que em período de três anos, os membros da KKK assassinaram diversas autoridades e cidadãos negros<sup>14</sup>.

Tal ideologia segregacionista, ainda, deu azo à promulgação de leis locais, denominadas da era *Jim Crow*<sup>1516</sup> que, vigorando a partir de 1881 até 1964, sob o manto da abolição constitucional, foram produzidas para não contradizer, nem explícita nem frontalmente, os *standards* constitucionais que consagravam a igualdade de direitos para os negros.

---

<sup>13</sup> Jordão Violin aponta que é possível visualizar fundamento para distinção entre brancos e negros na Constituição Americana de 1787, apesar de as palavras “escravos” ou “escravidão” jamais nela constarem. Três enunciados normativos implicitamente reconheciam e legitimavam a prática, como o Artigo I, Seção 2, Cláusula 3 que definia o número de cadeiras na Câmara dos Deputados em razão do número de “pessoas livres” em cada Estado, excluídos os indígenas em reservas; o Artigo I, Seção 9, Cláusula 1 que proibia o Legislativo federal de interferir na “importação de pessoas” até 1808, e admitia a tributação dessa atividade, e, por fim, o Artigo IV, Seção 2, Cláusula 3 impunha aos Estados a restituição de qualquer “pessoa mantida a serviço ou trabalho” que escapasse para outro Estado, ainda que, no Estado de destino, a lei proibisse a escravidão. *Ibid.*, p. 8.

<sup>14</sup> Entre eles, um deputado federal negro do Arkansas e três deputados estaduais negros da Carolina do Sul, além do cometimento de outros crimes contra negros, empreendidos em verdadeiras “caçadas” em diversos Estados americanos. In VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais*, p. 19.

<sup>15</sup> As leis *Jim Crow*, legitimadas pela *State Action Doctrine*, permaneceram em vigor durante o período de 1881 a 1964 em 26 estados nos Estados Unidos da América e separavam os cidadãos americanos em raças. Tais leis criaram a segregação *de jure*. Na maior parte das cidades, estados no Norte e no Sul, as pessoas viviam em vizinhanças segregadas e frequentavam escolas para brancos ou para negros. Apesar da Emenda 13<sup>a</sup> na Constituição, as regras de direito ou leis *Jim Crow* estavam por detrás da segregação legal, e, impunham pesadas multas e punições contra pessoas que as violavam ou contrariassem regras segregacionistas. In TISCHAUSER, Leslie Vincent. *Jim Crow Laws (...)* p. XI.

<sup>16</sup> *Jim Crow* era um personagem estereotipado interpretado por Thomas Dartmouth Rice. Expressões faciais, sotaque e comportamento eram exagerados com o intuito de ridicularizar *Jim Crow*. A fama do personagem rendeu a Rice viagens pelos Estados Unidos e Londres, inaugurando um gênero da cultura popular norte-americana, o *minstrelsy*. Com a repercussão, o personagem passou a designar pejorativamente os negros. *Jim Crow* representou o regime jurídico da segregação, consequência direta do desmonte das Emendas da Reconstrução. Referências: HUHN, Wilson R. *The Legacy of Slaughterhouse, Bradwell, and Cruikshank in Constitutional Interpretation. Akron Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1051-1080, out. 2009, p. 1077; WOODWARD, C. Van. **The Strange Career of Jim Crow**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 245. In VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais (...)*, p. 25.

Estas leis, *de iure*, seriam o marco regulatório para que, *de fato*, se permitissem e reforçassem as práticas sociais e de privação de direitos civis, políticos e econômicos das pessoas negras<sup>17</sup>.

Assim, as regras segregacionistas ou *Jim Crow*, aplicadas em instituições públicas, permitiam a implementação de políticas públicas diferenciadas ou o sistema dual, como menores investimentos públicos em escolas para crianças negras, gerando grande distorção na qualidade do serviço educativo, se comparadas às escolas para crianças brancas<sup>18</sup>.

O segregacionismo alcançava outras áreas da sociedade, além das escolas, refletido em ações judiciais.

Por exemplo, em *Plessy v. Ferguson 163 U.S. 537 (1896)*, a Suprema Corte analisou a constitucionalidade da lei de Louisiana, que determinava às companhias ferroviárias a disponibilização de acomodações iguais, porém separadas, em alusão à doutrina *separate but equal*, para brancos e negros, sob pena de responsabilização criminal se o passageiro utilizasse o vagão indevido. Plessy arguia a inconstitucionalidade da lei da Louisiana frente à 14ª Emenda, já que a separação da população em duas raças marcaria os negros com rótulo de inferioridade<sup>19</sup>.

Em *Plessy*, a decisão da Corte afirmou que a 14ª Emenda não proibia toda e qualquer diferenciação baseada na cor da pele, tampouco teria imposto a convivência das duas raças em termos insatisfatórios para ambas. A Corte partiu do pressuposto de que o direito seria incapaz de superar o preconceito, então, afirmou que a igualdade social deve ser resultado de afinidades naturais, apreciação mútua e consentimento voluntário, porque se uma raça é socialmente inferior a outra, a Constituição não pode alçá-las ao mesmo patamar.

---

<sup>17</sup> PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processo Estruturais**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 95.

<sup>18</sup> A história americana é rica em exemplos de práticas segregacionistas após a abolição e a promulgação das Emendas da Reconstrução: No caso *United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542, 548 (1876)*, originado do massacre de Colfax, ficou decidido que a 14ª Emenda não teria eficácia entre particulares. O contexto diz sobre as tensões políticas e raciais ocorrentes após as eleições estaduais da Louisiana em 1872, pois tanto democratas (brancos) como republicanos (apoiados pelos negros) reivindicavam a vitória. Em Colfax, interior do Estado, a tensão foi tanta, que um grupo de negros tomou o prédio onde funcionava a administração local e, após três semanas, cerca de 300 homens brancos armados com rifles, revólveres e um canhão foram ao local, e, diante da recusa de rendição, abriram fogo. Houve o indiciamento de 97 pessoas, dentre as quais 8 foram a julgamento e 3 foram condenadas, com reversão das penas na Suprema Corte. Assim, ao afirmar que as emendas da reconstrução não afetariam particulares, *Cruikshank* estabeleceu o precedente que fundamentaria a segregação racial nos 78 anos seguintes. A *State Action Doctrine* deixava clara a ausência de eficácia horizontal das emendas da Reconstrução. In VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais*, p. 21-22 e nota 71.

<sup>19</sup> VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais (...)*, p. 26.

Assim, a obrigatoriedade da segregação, desde que razoável, seria exercício legítimo do poder de polícia dos Estados e a prática, respaldada pelos usos, costumes e tradição locais, tinha por objetivo promover o conforto dos usuários, a paz e a ordem pública.

*Plessy* dava respaldo jurídico à segregação racial<sup>20</sup>, reafirmando a doutrina *separate but equal* surgida em *Roberts v. City of Boston*<sup>21</sup>. Mariela Puga observa que, negando relações de causa e efeito, além das estruturais, o caso *Plessy* legitimou a prática segregacionista, mantendo as fronteiras da Justiça no mesmo lugar<sup>22</sup>.

Neste contexto perturbador, isto é, de segregacionismo social, há eclosão do *Civil Rights Movement*<sup>23</sup> que tem como uma das suas causas a deflagração de processos estruturais e a correspondente tutela, voltados à reforma de uma instituição ou política pública, como em *Brown v. Board of Education*, que alterou a racionalidade judicial do período, em particular, delimitando a competência judicial, partindo da distinção entre violações sociais *de iure* e violações sociais *de facto*, reservando-se a atividade jurisdicional a intervir somente em relação às primeiras violações (*de iure*)<sup>25</sup>.

Assim, se chega ao marco importante dos processos estruturais com *Brown*<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 26-27.

<sup>21</sup> Vide anotações em notas 14 a 17. Leonard W. Levy e Harlan B. Phillips aduzem que em *Plessy*, a Suprema Corte acolheu a opinião do Chief of Justice Shaw, como precedente para reafirmar a constitucionalidade da doutrina *separate but equal*. In LEVY, Leonard W., PHILIPS, Harlan B. The Roberts Case, p. 518.

<sup>22</sup> PUGA, Mariela. *La litis estructural (...)*, p. 115. A doutrina *separate but equal* permitia, portanto, que Estados e distritos designassem as escolas com os dizeres “whites-only”, “negroes-only”. In ROTHSTEIN, Richard. *Brown v. Board at 60. Why have we been so disappointed? What have we learned?* Economic Policy Institute. Disponível em <https://www.epi.org/publication/brown-at-60-why-have-we-been-so-disappointed-what-have-we-learned/>. Acesso em 01º de fev. de 2021.

<sup>23</sup> O Movimento dos Direitos Civis americano foi uma luta por justiça e igualdade para os afro-americanos, que ocorreu nos anos 1950 e 1960. Foi conduzido, dentre outros integrantes, por Martin Luther King, Malcolm X e Little Rock Nine. Tradução livre. Disponível em <https://www.history.com/topics/civil-rights-movement>. Acesso em 20 de jan. de 2021. Também em <https://www.britannica.com/event/American-civil-rights-movement>. Acesso em 20 de jan. de 2021.

<sup>24</sup> O movimento eclodiu com uma causalidade que é objeto de amplo consenso, qual seja, o julgamento de *Brown* pela Suprema Corte. Desde *Plessy*, 60 anos haviam se passado. O *Civil Rights Movement* foi impulsionado por diversos fatores, como a insustentabilidade de *Jim Crow* a partir dos anos 1950, a criação de importantes organizações civis, como a NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), o despertar artístico e literário da cultura negra nos anos 1920 e 1930, a migração massiva desta população para grandes centros urbanos do norte, o surgimento da classe média negra, capaz de consumir e de produzir ideias nos campos acadêmico, artístico e político, etc. In VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais*, p. 29.

<sup>25</sup> PUGA, Mariela. *La litis estructural (...)*, p. 98.

<sup>26</sup> A segregação *de iure* estava em violação a preceitos constitucionais e à própria ordem judicial proveniente da Suprema Corte, que declarou normas locais inconstitucionais. In PINDER, Kamina Aliya. *Reconciling Race-Neutral Strategies and Race-Conscious Objectives: The Potential Resurgence of the Structural Injunction in Education Litigation*. *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, vol. 9, nº 2, June 2013, p. 251-252.

<sup>27</sup> Linda Brown carrega o sobrenome de seu pai – Oliver Brown - que inspirou a denominação das ações levadas à Suprema Corte americana. A menina negra morava próxima a uma escola elementar para brancos – a Summer Scholl -, mas junto com sua irmã se deslocava para outra escola destinada a alunos negros, a Monroe Scholl, em Topeka, no Kansas, a quilômetros de sua casa. Com a ajuda do advogado Thurgood Marshall, a família de Linda processou a Board of Education. Crianças de outros estados sofriam o mesmo calvário de Linda e, por isso, quando seu caso chegou à Suprema Corte, os processos foram reunidos. Relato de Linda Brown disponível em United

Em 17 de maio de 1954, foi apreciado pela Suprema Corte norte-americana um conjunto de quatro demandas reunidas na instância suprema<sup>2829</sup> promovidas por quase duzentas famílias contra quatro estados diferentes - Delaware, Carolina do Sul, Kansas e Virginia -, processadas sob o procedimento das *class actions*<sup>30</sup> e denominadas *Brown v. Board of Education*.

Em resumo, as ações reunidas versavam sobre o seguinte:

No Delaware (*Belton v. Gebhart – Bulah v. Gebhart*) foram dois os casos submetidos à corte local, tendo como enfoque a alteração da lei estadual, uma vez que em Delaware a segregação era existente, sendo o nível das escolas para negros muito inferior às escolas para brancos. Na corte local, reconheceu-se a possibilidade de os nove autores frequentarem escolas para brancos, mas a decisão, com efeitos *interpartes*, não rompeu com a segregação em Delaware, mantendo a legislação e a doutrina *separate but equal* inalteradas. Os feitos foram juntados ao caso *Brown*, para apreciação conjunta na Suprema Corte<sup>31</sup>.

Na Carolina do Sul (*Briggs v. R.W. Elliott*), a NAACP<sup>32</sup> patrocinou caso de vinte estudantes negros que buscavam igualdade de condições na vida escolar. A corte distrital declarou que as escolas para negros eram demasiadamente inferiores quando comparadas às voltadas aos brancos, sendo que os prédios, os equipamentos escolares básicos, os salários dos professores, dentre outros, eram muito desiguais, e ordenou que os réus imediatamente equalizassem os problemas. Por outro lado, a mesma corte negou a admissão dos estudantes negros em escolas destinadas aos brancos durante o programa de equalização. O caso foi levado à Suprema Corte para juntar-se à *Brown*<sup>33</sup>.

---

States Courts: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/brown-board-education-re-enactment.pdf>. Acesso em 05 de ago. de 2021.

<sup>28</sup> Mariela Puga diz que o caso *Bolling v. Sharpe* 347 U.S. 497 (1954) foi decidido no mesmo dia e sentido que *Brown*, com fundamento na cláusula do devido processo que invalidou uma norma segregacionista emanada no Congresso Federal para a capital do país, afastando-se a 14ª Emenda, aplicável aos Estados. In *La litis estructural (...)*, p. 93.

<sup>29</sup> As demandas foram reunidas porque tinham como pano de fundo a 14ª Emenda, ou a admissão das crianças negras nas escolas públicas de suas comunidades, em base não segregacionista. Disponível em Nystrom Herff Jones Education Division [http://www.ushistoryatlas.com/era9/USHacom\\_PS\\_U09\\_brown\\_R2.pdf](http://www.ushistoryatlas.com/era9/USHacom_PS_U09_brown_R2.pdf). Acesso em 17 de fev. de 2021.

<sup>30</sup> A *class action* ou ação de classe é um procedimento de demanda judicial no qual um grupo de pessoas é representada por alguma(s) outra(s) pessoa(s) do próprio grupo, para apresentar uma demanda coletiva, de acordo com distintas alternativas processuais previstas na legislação. Atualmente, os requisitos para ajuizamento de demanda coletiva estão regulamentados pela Regra Federal de Procedimento Civil, nº 23 dos Estados Unidos, além das legislações locais sobre este tipo de ação. In *La litis estructural (...)*, p. 93.

<sup>31</sup> Informações extraídas do sítio eletrônico *Brown Foundation*. Disponível em <https://brownvboard.org/content/brown-case-belton-v-gebhart>. Acesso em 2º de fev. de 2021.

<sup>32</sup> National Association for the Advancement of Colored People. Antes de *Brown*, o Kansas havia vivido onze tentativas judiciais frustradas, entre 1881 a 1949, para alterar o modelo segregacionista escolar. *Brown* chegou como uma estratégia pensada pelos líderes da comunidade afro-americana que reuniram esforços para alterar o sistema educacional. In *Brown Foundation*. Disponível em <https://brownvboard.org/content/brown-case-brown-v-board>. Acesso em 02º de fev. de 2021.

<sup>33</sup> Disponível em <https://brownvboard.org/content/brown-case-briggs-v-elliott>. Acesso em 2º de fev. de 2021.

No Kansas (*Brown v. Board of Education*), a ação envolveu a participação de um grupo de treze pais de estudantes que pretendiam matricular seus filhos em escolas para brancos. A demanda foi pensada pelo presidente da NAACP para desafiar a doutrina do *separate but equal* e, administrativamente, persuadir os oficiais escolares de Topeka a integrar as escolas segregadas. Tendo sido infrutíferas as tentativas administrativas, a ação foi ajuizada. A corte distrital concordou que a segregação escolar tinha um efeito adverso sobre as crianças negras e contribuía para um senso de inferioridade. No entanto, manteve a doutrina *separate but equal*, arraigada no Poder Judiciário desde o julgamento de *Plessy*<sup>34</sup>. O caso foi levado à Suprema Corte.

Em Virginia (*Bolling, et. al. V. c. Melvine Sharpe, et. al.*), a corte distrital negou o pleito de onze estudantes que buscavam matricular-se na *John Philip Sousa School*, destinada para brancos e de ótima estrutura, situada em moderno edifício. O pleito se iniciou por meio da tentativa de líderes locais, inclusive da igreja, de busca de melhores condições para os estudantes negros e a matrícula nesta instituição de ensino, que fora negada.

A demanda se juntou a *Brown* na Suprema Corte, garantindo-lhe sucesso posterior<sup>35</sup>, assim como *Davis, et. al. V. Davis, et. al. V County School Board of Prince Edward County*<sup>36</sup>, que envolveu cento e dezessete estudantes negros, que tiveram pleitos para ingresso em escolas para brancos negados em Virginia.

Com efeito, decidiu-se na Suprema Corte pela inconstitucionalidade da prática de segregação racial nas escolas públicas (primárias e secundárias), por violação do princípio da igualdade perante a lei, em outros termos, a prática da segregação racial contrariava a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos<sup>37</sup>.

As ações, portanto, ganharam veredito declaratório de inconstitucionalidade, chegando à Suprema Corte por meio do controle difuso<sup>38</sup>.

Jordão Violin comenta que ao enfrentar os casos, o Tribunal definiu a questão nos seguintes termos: “a segregação de crianças em escolas públicas, com base unicamente na raça, assegurada a igualdade de instalações e outros fatores ‘tangíveis’, priva as crianças do grupo

---

<sup>34</sup> In History.com Editors. Disponível em [https://www.history.com/topics/black-history/brown-v-board-of-education-of-topeka#section\\_2](https://www.history.com/topics/black-history/brown-v-board-of-education-of-topeka#section_2). Acesso em 01º de fev. de 2021.

<sup>35</sup> Disponível em <https://brownvboard.org/content/brown-case-bolling-v-sharpe>. Acesso em 2º de fev. de 2021.

<sup>36</sup> Disponível em <https://brownvboard.org/content/brown-case-davis-v-prince-edward-county>. Acesso em 2º de fev. de 2021.

<sup>37</sup> PUGA, Mariela. La litis estructural (...), p. 92.

<sup>38</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: Oops...It’s still moving! **University of Miami Law Review**, vol. 58, n. 1, October 2003, p. 154.

minoritário de iguais oportunidades educacionais?” no que respondeu: “Nós acreditamos que sim”<sup>39</sup>. Este conjunto de demandas ficou conhecido como *Brown I*<sup>40</sup>.

Observe-se, no entanto, que o julgamento na Suprema Corte se deu em circunstâncias específicas, pois segundo Robert McCloskey<sup>41</sup>, o período em que Brown foi julgado na instância suprema é denominado “terceira grande era da história judicial” (1937-1959), marcado pelos direitos civis, isto é, importava o relacionamento dos indivíduos com o governo (eficácia vertical dos direitos fundamentais).

Os americanos resistiam às tentativas de inibição do direito de liberdade de expressão, sobretudo por causa da doutrina nazista alemã de Adolf Hitler e sua perigosa implementação. Assim, esta repulsa provocou um sentimento de insatisfação e culpa a respeito do caminho de discriminação de raça que a América vinha sustentando. A imagem do totalitarismo era contrária à ideia de liberdade e, por isso, a América precisava tornar-se líder do ideal da liberdade.

Historicamente, nos anos 1930 e 1940 a Suprema Corte começava a focar no problema do exercício dos direitos civis. A partir de 1937, a Corte trabalhava o papel judicial que melhor serviria para o novo propósito, já que doutrinas antigas, forjadas para atender pleitos do passado, precisavam ser reconstruídas, como a cláusula do devido processo legal, alterada nos idos de 1880 e 1890.

Os juízes tinham que repensar o papel da Corte na política norte-americana, ter um *modus operandi* que a habilitasse a defender os novos valores, dando-lhes efetividade, mas, simultaneamente, ter ciência dos limites do controle judicial.

O tema dos direitos civis era o que, indubitavelmente, tornaria a Corte moderna e, por isso, de rigor que empreendesse a correção dos erros e traduzisse sua convicção moral em limitações constitucionais, já que os direitos civis eram a essência do governo democrático e a Corte tinha que preservá-los.

Neste período, a Corte procura aplicar instrumentos interpretativos para mitigar conteúdos repressivos de legislações e assegurar que as leis fossem expressas claramente. E, no que tangia à discriminação racial, foi mais empreendedora e confiante em anunciar suas ordens,

---

<sup>39</sup> VIOLIN, Jordão. Processos Estruturais, p. 30.

<sup>40</sup> Mariela Puga ensina que houve, pelo menos, três instâncias do caso *Brown*. A primeira sentença foi ditada em 17 de maio de 1954 sob o número 347 U.S. 483 e a ela que se refere como *Brown I*. In PUGA, Mariela. La litis estructural (...), p. 93.

<sup>41</sup> MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. Fifth Edition Revised by Sanford Levinson. The University of Chicago Press: 2010, passim. Também em History.com Editors. Disponível em [https://www.history.com/topics/black-history/brown-v-board-of-education-of-topeka#section\\_2](https://www.history.com/topics/black-history/brown-v-board-of-education-of-topeka#section_2). Acesso em 01º de fev. de 2021.

formando doutrina mais consistente em proteger os direitos de minorias. O alvo para proteção mútua do sistema de valores e igualdade racial assumiu um lugar especial por três razões.

Primeiro, porque a perseguição à base da raça foi um dos mais gratuitos males do totalitarismo. Outra, porque os negros sofriam injustiças diante da implementação dos direitos e privilégios em relação aos demais. As 14<sup>a</sup> e 15<sup>a</sup> emendas passaram a assegurar, originariamente, o direito dos negros.

Por último, os juízes da Corte estavam convencidos de que a América era o símbolo do mundo livre e se inseria como nação dos não-brancos (“*non-white*”) na arena mundial. Então, a Suprema Corte teria que percorrer este caminho, para, dentre outras questões, ser financiada pelo governo nacional, especialmente, pelo presidente.

A discriminação e a política da Corte poderiam ter choque com segmentos significantes da nação, mas não majoritários. A interpretação do caso *Plessy v. Ferguson* (1896) ainda sustentava o segregacionismo. Assim, nos anos 1950 ainda seria pressionada a ir adiante, para superar *Plessy*.

Marcante, neste contexto, foi a vinda de Earl Warren para a Suprema Corte em 1954, em substituição a Fred Vinson, vez que este fator histórico aponta para uma possível e crucial habilidade de Warren para obter a unanimidade de votos em *Brown*, significando o alcance e vitória da corrente defensora de decisões liberais e garantidoras dos direitos civis no meio dos anos 1950. A composição liberal da Corte, assim, garantia os 5 votos para causas como *Brown*.

Houve, portanto, clara interferência externa na composição da Suprema Corte para que *Brown* tivesse êxito e por meio deste caso, houve mudança de paradigma das decisões na Suprema Corte representadas em *Plessy*<sup>42</sup> e *Slaughterhouse*<sup>43</sup>, iniciando um novo ciclo histórico no tema da tutela e dos processos estruturais, vez que a inconstitucionalidade declarada em

---

<sup>42</sup> Segundo Jordão Violin: “*Plessy* foi uma continuação da *ratio* desenvolvida em *Slaughterhouse* e em *Cruikshank*. Tal qual esses precedentes, *Plessy* teve imensa repercussão. Até 1900, a única norma segregacionista adotada pela maior parte dos Estados do Sul exigia a separação de vagões de trem. Nos dez anos seguintes, todos os Estados do sul aprovaram leis segregacionistas envolvendo ônibus urbanos. Até 1920, o número de leis e as hipóteses de segregação cresceram de modo a tornar impossível uma compilação exaustiva. Não apenas Estados, mas também municípios aprovaram normas segregacionistas”. In VIOLIN, Jordão. Processos Estruturais, p. 27. Lembre-se de *Roberts v. City of Boston*, 59 Mass. 198, 200 (1849), em âmbito estadual. In LEVY, Leonard W., PHILIPS, Harlan B. *The Roberts Case*, p. 510.

<sup>43</sup> *Slaughterhouse* foi um conjunto de ações decididas em 1873, no qual a Suprema Corte decidiu que a cláusula de igualdade não garantiria um direito geral à não-discriminação e assim, o precedente restringiu a Reconstrução. Envolvia a reforma sanitária no Estado de New Orleans, que determinou o fechamento de todos os açougues e concedeu o monopólio de 25 anos a uma empresa para abater animais fora da área urbana. Os açougueiros prejudicados e autores da ação impugnaram tal ato com base no direito à igualdade previsto na 14<sup>a</sup> Emenda. As ações foram julgadas improcedentes, pois para a Suprema Corte, a norma questionada veiculava uma limitação razoável à livre iniciativa para proteção da saúde pública, sendo legítimo o exercício do poder de polícia pelo Estado. A Suprema Corte afastou a incidência do direito à igualdade no caso concreto, interpretando-o com âmbito restrito à igualdade racial. In VIOLIN, Jordão. Processos Estruturais, p. 20-21.



*Brown* não se referia a uma lei nacional, mas a leis estaduais e locais que representavam maiorias comunitárias, cujo âmbito de aplicação se localizava predominantemente nos estados do sul<sup>44</sup>.

De acordo com Cindy Vreeland, *Brown v. Board of Education* é uma referência social, pois a integração forçada das crianças nas escolas teve um papel chave na luta pela igualdade racial. Judicialmente, a Suprema Corte atribuiu às cortes federais um empreendimento de profunda reconstrução social<sup>45</sup>, quando da implementação da decisão de caráter estrutural proferida na instância suprema.

Sendo paradigma, *Brown* inaugurou um novo período, chamado por Van Woodward como 2ª Reconstrução<sup>46</sup>.

Apesar de não ter sido *Brown* o caso que erradicou o segregacionismo nos Estados Unidos, superou *Plessy*, pois afastou a doutrina *separate but equal* no ambiente escolar. Neste sentido, assinala David O'Brien, foi a partir de *Brown* que a legalidade da segregação racial começou a ruir<sup>47</sup>.

O que interessa contemplar neste assunto, é o fato que a partir dos anos 1950 se constata, sob a doutrina de Owen Fiss, uma revolução legal, vez que as cortes federais começaram a processar *class actions*<sup>49</sup> desafiando supressão de direitos em face de diversos grupos, causada pelas instituições governamentais locais e estaduais, e, em resposta, o Judiciário foi instado a reestruturar tais instituições públicas de acordo com os comandos constitucionais vigentes, por meio de tutela estrutural ou *structural injunctions*<sup>50</sup>.

Quanto ao formato coletivo, Abram Chayes discorre que as *class actions* foram moldadas como um instrumento de reivindicação de grupos de interesses lesados por ações de governos ou de burocracias corporativas. Em 1966, as *Federal Rules of Civil Procedure* foram

<sup>44</sup> PUGA, Mariela. La litis estructural (...), p. 134.

<sup>45</sup> VREELAND, Cindy. Public (...), p. 280.

<sup>46</sup> WOODWARD, C. Van. **The Strange Career of Jim Crow**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 134/135. Citado por VIOLIN, Jordão. **Processos Estruturais**, nota 99, p. 31. A obra de Woodward – *The Strange Career of Jim Crow*” foi considerada por Martin Luther King como a Bíblia histórica do movimento dos direitos civis. In POOLE, Alex H.; *The strange career of Jim Crow Archives: Race, Space and History in the Mid-Twentieth-Century American South*. **The American Archivist**, vol. 77, n. 1, 2014, p. 24.

<sup>47</sup> O'BRIEN, David M. *Precedent and courts apud SARLET*, Info Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018, p. 33.

<sup>48</sup> A Suprema Corte declararia inconstitucionais também a segregação em ônibus (*Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956)), nos campos de golfe (*Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955)), e praias públicas (*Mayor of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955)). In VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais*, p. 31, notas 100, 101 e 102.

<sup>49</sup> De acordo com Richard Marcus, a *class action* é um dos principais ingredientes dos processos complexos, tais como os estruturais. MARCUS, Richard L. The agenda-setter for complex litigation. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 149 n. 5, 2001, p. 1258.

<sup>50</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction (...), p. 143.

alteradas e pareciam perfeitamente adaptadas para objetivos dos litigantes reformistas, nas searas social e política, usadas em litígios envolvendo segregação escolar, direitos civis, dentre outros<sup>51</sup>.

Assim, como em *Brown*, a *class action*<sup>52</sup> permitiu que disputas individuais, que antes não chegavam às cortes, fossem levadas por grupos de modo mais prático, já que o impacto em lides agregadas é muito maior e não se justificava em lides meramente individuais, servindo como um veículo para reivindicar direitos sociais e instrumento para executar políticas constitucionais e estatutárias<sup>53</sup>.

Com *Brown* e a luta pelos direitos civis, a doutrina capitaneada por Fiss considerou que a reforma estrutural levada a efeito por intermédio das *injunctions* alcançou a sua formulação mais respeitada, tendo sido legitimada nos casos de segregação escolar<sup>54</sup>.

## 2.2. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO NOVO MODELO PROCESSUAL

A *structural injunction* ou tutela estrutural foi desenvolvida como um meio de auxiliar os juízes na efetivação de direitos declarados, sobretudo constitucionais, com o fim de alterar as condições sociais pela reforma estrutural das agências governamentais ou instituições públicas<sup>55</sup>.

A *injunction* nasceu como instrumento legal pertencente a um sistema de Justiça – aquele administrado pelo *chancellor* -, sendo suplementar e criado para proporcionar respostas quando constatada insuficiência no sistema da *common law*. Atualmente, a *injunction* estrutural pretende conviver com o modelo tradicional de processo, não para superá-lo, mas complementando o sistema processual.

Este novo modo de litígio, de reforma estrutural que envolve processo e tutela próprios, constitui um importante avanço no entendimento da sociedade moderna e o papel da

---

<sup>51</sup> CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 28.

<sup>52</sup> Paul J. Mishkin cita o exemplo do caso *Rizzo v. Goode*, que assumiu a forma das *class action* e versava sobre condutas possivelmente inconstitucionais de alguns membros da polícia da Philadelphia, sendo que os demandantes apontavam cerca de 20 violações. A Corte deixou claro que nos centros urbanos violações de direitos ocorrem, mas não poderiam ser persistentes e, por isso, uma revisão dos procedimentos era necessária para tentar-se prevenir futuros abusos. Por isso, a Corte ordenou o estabelecimento de novos procedimentos de acordo com as diretrizes judiciais, como revisão de manuais policiais, uso de linguagem simples etc. In MISHKIN, Paul J. Federal Courts as State Reformers. **Washington and Lee Law Review**, vol. 35, n. 3, 1978, p. 952 e 954-955.

<sup>53</sup> CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 28.

<sup>54</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction (...), p. 143.

<sup>55</sup> EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction (...), p. 1983.

adjudicação nos grandes sistemas políticos<sup>56</sup>. Sendo a adjudicação um processo social que habilita os juízes a darem significado a valores públicos<sup>57</sup>, necessita ser inovado, para que valores constitucionais ganhem relevo<sup>58</sup>.

Assim, há a emergência de um novo modelo de contencioso civil, já que o tradicional fornece uma estrutura cada vez mais inútil, na verdade enganosa, para avaliar a viabilidade ou a legitimidade dos papéis do juiz e do tribunal<sup>59</sup>.

A eliminação das violações de direitos, assim, passa pela reestruturação das organizações que os ameaçam, e a reestruturação do próprio processo tradicional, o que é mirado no processo estrutural, considerado pela doutrina mais recente como parte do que denominado processo complexo.

Nesta tônica, a resolução de questões estruturais que envolvem o exercício de direitos constitucionais e outros litígios de difícil solução, não mais se afinaria ao modelo de resolução de disputa tradicional ou bipolar, que vem dominando toda a literatura.

Esse último modelo não garante a implementação da reforma estrutural e está associado às lides nas quais duas pessoas no estado de natureza reclamam por um pedaço de propriedade, e um terceiro intervém para solucionar a questão. Hoje, o terceiro é personificado e institucionalizado pelas cortes, estranho imparcial, que decide a disputa<sup>60</sup>.

O modelo tradicional, movido por partes privadas, de natureza bipolar<sup>61</sup>, dirigido para determinação de consequências legais de eventos limitados temporalmente, por meio de análise de provas sobre eventos passados, retrospectivo, com impacto *interpartes*, não se mostra suficiente para lidar com temas sensíveis e que afetam uma multiplicidade de partes<sup>62</sup>.

A tipologia vinha sendo criticada pelos realistas desde a segunda guerra mundial, por ser limitada<sup>63</sup>. Também não corresponde ao que vinha sendo objeto de discussão nas cortes, especialmente as de âmbito federal nos Estados Unidos, concernente a tema de direitos constitucionais<sup>64</sup>.

Não basta, para a reforma estrutural, que o juiz se apegue aos esquemas de medidas de compensação, como em causas contratuais, nas quais o autor reclama reparação financeira pela

---

<sup>56</sup> FISS, Owen. Two models of adjudication. **How Does the Constitution Secure Rights**. American Enterprise Institute Constitutional Studies. Robert A. Goldwin e William A. Schambra editors. 1985, p. 37.

<sup>57</sup> FISS, Owen. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003, p. 2.

<sup>58</sup> FISS, Owen. Two models of adjudication (...), p. 36.

<sup>59</sup> MARCUS, Richard L *et al.*, Complex Litigation. (...), p. 3.

<sup>60</sup> FISS, Owen. Two models of adjudication (...), p. 37-38.

<sup>61</sup> MARCUS, Richard L. *et al.*, Complex Litigation. (...), p. 3.

<sup>62</sup> CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 5.

<sup>63</sup> MARCUS, Richard. Public Law Litigation and Legal Scholarship. **University of Michigan Journal of Law Reform**, vol 21, n. 4, 1988, p. 650.

<sup>64</sup> MARCUS, Richard L. *et al.*, Complex Litigation. (...), p. 4.

quebra do combinado, se valendo das regras de responsabilização civil. Tampouco, que o juiz se comporte como árbitro neutro nas interações entre as partes, tendo essas o domínio das questões.

Para lidar com essa tarefa complexa, de tratar de direitos que fogem à reserva privada, portanto, os remédios legais tradicionais - a persecução criminal e a reparação de danos – seriam inadequadas, não se justificando, assim, a subsidiariedade do uso da *injunction* estrutural<sup>65</sup>, na visão de Fiss.

O processo estrutural e sua respectiva tutela buscam atender demandas que vão além da condenação em indenizações, pois a violação de direitos, sobretudo de vertente constitucional, não é resolvida por meio de simples fixação de penas monetárias, mas por ordens judiciais que determinem a reforma de diversas instituições, conformando-as com as previsões constitucionais<sup>66</sup>.

O novo cenário centraliza a *structural injunction* ou tutela estrutural como remédio primário nos conflitos de litígios de natureza pública (*public law litigation*)<sup>67,68</sup>, que se adequa às questões técnicas envolvidas na defesa dos direitos civis e na realização de serviços e provisões governamentais das quais as pessoas crescentemente dependem, a exemplo dos serviços escolares e sua conversão do sistema dual escolar para o sistema unitário, se acomodando à natureza do pleito, e permitindo a supervisão judicial contínua por longos períodos<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Neste sentido clássico, ou seja, a *injunction* tratada como remédio subsidiário: GARNER, Bryan A. *Thomson West. Black's Law Dictionary*. 3. Ed. [S.I: s.n], 2006, p. 357-358. Fiss, no entanto, observa que o modelo de *injunctions* aplicável à defesa dos direitos civis durou até o caso *Littleton* – decisão de 1974 -, na qual a Suprema Corte parece reverter a ideia do recurso à *injunction* como remédio processual primário, incluindo o domínio dos direitos civis. In FISS, Owen M. *The civil rights injunction*, p. 44/45. Os remédios não injuntivos ou *noninjunctive remedies* citados por Fiss são: ação por danos (*damages action*), persecução criminal e defesa criminal. A *injunction* é a maior arma do Chancellor, enquanto os demais remédios existem para ser mais suaves. In *The civil rights injunction*, p. 67-68.

<sup>66</sup> GILLES, Myriam. *An autopsy of the structural reform injunction (...)*, p. 143.

<sup>67</sup> Neste contexto, um novo tipo de processo, o litígio de direito público ou *public law litigation* foi o título designado para enfatizar que em tais casos as cortes federais são instadas a resolver disputas envolvendo a administração de programas públicos ou quase públicos e para reivindicar as políticas públicas previstas nos estatutos governamentais ou nas disposições constitucionais, mediante uso das *structural injunctions*. In CHAYES, Abram. *Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. Harvard Law Review*. Vol. 96, n. 1, November 1982, p. 4

<sup>68</sup> MARCUS, Richard L., *et al.* *Complex Litigation*. (...), p. 4. O autor critica o termo cunhado por Chayes, uma vez que não há uma definição estrita do que seja de interesse público. No extremo, quer-se afastar aplicação de contratos entre particulares deste tipo de disputa, porque envolve interesses privados. Mas, mesmo em seara privada, há legislação de interesse da sociedade que precisa ser aplicada, como a relativa à usura e de setores regulatórios. Assim, é muito difícil a aplicação da dicotomia público e privado. A regulação, por fim, traz um aumento de interesse público no desfecho de litígios “privados”. Assim, haveria interesse público em todo o tipo de litígio. MARCUS, Richard. *Public Law Litigation and Legal Scholarship (...)*, p. 670-671.

<sup>69</sup> FISS, Owen M. *The civil rights injunction (...)*, p. 86-87.

O foco e principal atividade nestes feitos é a apuração dos fatos, em viés prospectivo e de fiscalização, para o juiz determinar quais as medidas hábeis à correção da violação. A fim de evitar as armadilhas de elaborar decisões em águas tão incertas, o juiz frequentemente tenta pressionar as partes a negociar uma solução<sup>70</sup>.

Outrossim, as *structural injunction* representam a mais distinta contribuição para a jurisprudência corretiva norte-americana, desenhada da experiência dos direitos civis, sendo sua maior formulação expressada no caso *Brown*<sup>71</sup>.

Ainda, a *structural injunction* confirmou o movimento legislativo dos anos de 1960, sobretudo o *Civil Rights Act*, de 1964, pois figurou como mecanismo processual novo e fundamental para a promoção da igualdade<sup>7273747576</sup>, terreno este no qual ganhou fama.

Myriam Gilles cita que a reforma estrutural realizada por meio da *injunction* representa a mais visível e, talvez, o exercício mais ambicioso do poder judicial, pois há tentativa de, por meio delas, reconstruir-se o mundo<sup>77</sup>.

Por fim, *Brown* teve grande importância no cenário social<sup>78</sup> e político, e há quem defenda ter promovido a introdução da *structural injunction* no sistema norte-americano com o

<sup>70</sup> MARCUS, Richard. Public Law Litigation and Legal Scholarship (...), p. 651.

<sup>71</sup> FISS, Owen M. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, vol. 78, n. 5, July 1993, p. 965.

<sup>72</sup> Holt v. Sarver em 1970. IN CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 6.

<sup>73</sup> Wyatt v. Stickney envolvendo o Alabama's Partlow State Hospital em 1971. CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 6 e 46.

<sup>74</sup> FISS, Owen. To make the constitution a living truth (...), p. 32.

<sup>75</sup> A História legislativa dos direitos civis é rica na proteção de direitos civis. Há diversas legislações de proteção dos direitos civis, como o *Civil Rights Act* de 1866 (Disponível em Federal Judicial Center <https://www.britannica.com/topic/Civil-Rights-Act-United-States-1875>); o *Civil Rights Act* de 1875 (Disponível em <https://www.britannica.com/topic/Civil-Rights-Act-United-States-1875>); o *Civil Rights Act* 1957 (Disponível em Britannica <https://www.britannica.com/topic/Civil-Rights-Act-United-States-1957>); o *Civil Rights Act ou Fair Housing Act* de 1968 (Disponível em Britannica <https://www.britannica.com/topic/Fair-Housing-Act>) e o *Civil Rights Act* de 1991 (Disponível em ScienceDirect <https://www.sciencedirect.com/topics/computer-science/civil-right-act>). Acesso em 17 de fev. de 2021.

<sup>76</sup> O *Civil Rights Act* de 1964 foi um marco para a luta dos direitos civis, especialmente porque houve evidente facilitação do acesso à justiça, pois autorizada a legitimidade extraordinária ao *attorney general* (acumula funções do AGU, Ministro da Justiça e do PGR no Brasil) para ajuizar ações relativas à dessegregação racial nas escolas, além de outras facilidades, como o poder de o juiz valer-se de ordens amplas, baseadas em critérios discricionários, destinadas a combater não apenas um ato isolado, mas um padrão de conduta discriminatório. IN VIOLIN, Jordão. Processos Estruturais, p. 35/36. Referências em SANDERS, Barefoot. The Civil Rights Act of 1964. **Texas Bar Journal**, v. 27, n. 11, dec. 1964, p. 1017. Referências históricas em <https://www.history.com/topics/black-history/civil-rightsact#:~:text=The%20Civil%20Rights%20Act%20of%201964%2C%20which%20ended%20segregation%20in,of%20the%20civil%20rights%20movement>. Também em Britannica. Disponível em <https://www.britannica.com/event/Civil-Rights-Act-United-States-1964>. Acesso em 16 de fev. de 2021.

<sup>77</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction (...), p. 143.

<sup>78</sup> O caso *Brown* tornou o Poder Judiciário mais atrativo para as atividades dos movimentos sociais e encorajou ativistas a adotar uma moldura baseada nos direitos e a estratégia do litígio. Diversas fundações foram criadas no período, como o *Legal Defense Fund* e o *Environmental Defense Fund*, com o fim de financiar demandas para defesa de direitos específicos, com o meio ambiente e a pobreza, ganhar visibilidade política e arrecadar mais fundos. No período, os grupos de defesa de direitos de minorias reconheceram que a Suprema Corte tinha capacidade de afetar mudanças políticas em larga escala, através da linguagem constitucional. In MEYER, David

intuito de promover verdadeira justiça social<sup>79</sup>, além de ter tido o papel de tornar a segregação inconstitucional<sup>80</sup>.

### 2.3. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E PANORAMA DO PROCESSO ESTRUTURAL NORTE-AMERICANO

As *structural injunctions* ou tutela estrutural constituem ordem judicial ou meio formal mediante o qual o Poder Judiciário busca reorganizar uma organização burocrática para trazê-la em conformidade à Constituição<sup>82</sup>. São ordens de fazer ou não fazer de feição corretiva<sup>83</sup>.

Elas são trabalhadas para atender à necessidade de reprimir condutas gerais ou institucionais e não meramente isoladas, sendo um meio de iniciar um relacionamento entre a Corte e as instituições públicas ou privadas envolvidas na violação constatada<sup>84</sup>. A *injunction* pressupõe requerimentos que demonstrem danos presentes e sua persistência no futuro, e busca restringir condições e práticas prejudiciais que violem direitos, por meio da reforma estrutural na via processual<sup>85</sup>.

Assim, é tutela judicial que implica o envolvimento dos tribunais na determinação e implementação da reforma estrutural (que pode ser consubstanciada em políticas públicas ou no comportamento de entes privados), a fim de garantir o cumprimento da legislação vigente, viabilizando a utilização de meios de execução adequados ao caso concreto. As decisões se aproximariam da tutela mandamental brasileira<sup>86</sup>.

---

S. e BOUTCHER, Steven. **Signals and Spillover: Brown v. Board of Education and Other Social Movements. Prepared for delivery at the conference “America’s Second Revolution: The Path to-and-from-Brown v. Board of Education”**, held at the Benjamin L. Hooks Institute for Social Change, University of Memphis, Memphis, Tennessee, March 12/14, 2004, p. 7/9.

<sup>79</sup> No sentido de cumprimento dos direitos previstos na Constituição. Segundo Calmon de Passos, o interesse social ou interesse público é o interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde. CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, v. 01, nº 07, 2000, p. 8.

<sup>80</sup> PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p. 251.

<sup>81</sup> A decisão em Brown II não teve efeito imediato na dessegregação de escolas do sul-americano, já passada uma década da decisão, as escolas de Virginia ainda adotavam um plano de reversão dos efeitos da constituição e das leis que ruíram e que segregavam, adotando a “escolha livre”. Ibid., p. 251.

<sup>82</sup> FISS, Owen M. The allure of individualismo (...), p. 965.

<sup>83</sup> EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction (...), p. 1983.

<sup>84</sup> Veja-se que Fiss não descarta o uso do sistema sancionatório das *injunctions*, pois potencialmente, e em caso de desobediência aos comandos, há a possibilidade de seu uso. No entanto, no modelo descentralizado, deve-se considerar o poder de barganha dos autores para obter um provimento que não seja fundado em termos compensatórios. In FISS, Owen M. The civil rights injunction, p. 76-78.

<sup>85</sup> JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. Structural Reform Visited (...), p. 1399.

<sup>86</sup> PINTO, Henrique Alves. A condução de decisões estruturais pelo Código de Processo Civil de 2015. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processo Estruturais**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 401.

Os processos estruturais podem ser instrumentalizados coletivamente – *class actions*, na moldura do devido processo<sup>87</sup>. Assim, as regras procedimentais devem estar ajustadas para garantir os direitos de participação e de representação dos indivíduos afetados<sup>88</sup>. Esse formato é o mais conhecido para o trato dos processos estruturais, após reunião de ações em *Brown*, que iniciou o ciclo processual por meio de ações declaratórias de constitucionalidade.

No que concerne às *class actions*, é um poderoso instrumento processual que oferece enorme economia de tempo e recursos judiciais, se comparadas ao modelo individual, além de proporcionar oportunidade para novas formas de litígio, limitando o abuso de litigiosidade<sup>89</sup>.

Invenção da *equity*, surgiu da necessidade prática de fornecer meios para defesa de direitos de grupos de indivíduos, unidos por interesses comuns, de verem implementados seus direitos em juízo. Nas categorias existentes atualmente, geram decisões com efeitos vinculantes, sendo de estirpe superior se comparadas às ações individuais ou a outros métodos<sup>90</sup>.

Chayes vislumbrou o uso da tutela estrutural para os casos de litigância que denominou pública, em essência, relativa aos direitos civis e constitucionais. Richard Marcus vê um início de nova era procedimental, pois independente do tema a ser tratado, o processo estrutural, de pungente complexidade, na verdade empreendeu uma alteração de rumo na concepção do rumo procedimental, ensejando o crescimento da supervisão judicial e da promoção por soluções acordadas, melhor dizendo, a doutrina da *public law litigation*, chega para flexibilizar a visão doutrinária e a concepção procedimental vigente, avaliada como insuficiente<sup>91</sup>.

Independentemente da existência de dados estatísticos e empíricos envolvendo os processos estruturais concernentes a direitos sociais ou do sucesso ou derrota da *public law litigation*, o modelo buscado por Chayes persiste como um paradigma para uma nova era<sup>92</sup>.

Assim é o movimento que se percebe na evolução dos remédios estruturais, que vem se descolando do modelo tradicional de responsabilidade, que enseja tutela judicial do tipo “comando e controle”, contendo regras específicas e elaboradas pelo juiz, migrando para uma intervenção de vertente experimentalista, melhor dizendo, com regulação mais flexível, normas com procedimentos que propiciam maior participação das instituições, em consonância à categoria de casos complexos<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> FISS, Owen M. The allure of individualism (...), p. 979.

<sup>88</sup> Ibid., p. 979.

<sup>89</sup> MARCUS, Richard L., et al. Complex Litigation. (...), p. 210.

<sup>90</sup> Ibid., p. 210 e 212.

<sup>91</sup> MARCUS, Richard. Public Law Litigation and Legal Scholarship (...), p. 692.

<sup>92</sup> Ibid., p. 692.

<sup>93</sup> SABEL, Charles F. & SIMON, William H. Destabilization (...), p. 1019.

O juiz é a figura dominante na organização e orientação do caso. Ele não busca apoio somente nas partes e seus advogados, mas também em uma ampla gama de pessoas de fora do elenco do processo, como *masters*, especialistas e pessoal de supervisão. O mais importante é que o juiz de 1ª instância tem se tornado, cada vez mais, um criador e gerente de formas complexas, e por meio de suas decisões, se envolve continuamente na administração do problema estrutural e na implementação da reforma<sup>94</sup>.

O juiz, portanto, tem um papel ativo na formatação do litígio<sup>95</sup>.

A antiga relação adversarial é impregnada com técnicas de negociação e mediação em todos os pontos da disputa<sup>96</sup>.

Na contramão desta quebra de paradigma procedimental, há escola clássica americana, encabeçada por Fiss, que refuta a possibilidade de concessão de tutela estrutural por meios acordados ou concertados (para ele, contratuais), pois compreende a adjudicação como fenômeno dissociado da composição. O principal argumento utilizado é a problemática análise dos efeitos de composição processual, à luz do instituto da representação.

Neste contexto, a insuficiência de representação em acordos daria margem a uma miríade de problemas a serem solucionados. Não podendo conviver o processo com injustiças, os terceiros impactados teriam legitimidade para impugnar decisões lastreadas em acordos, impossibilitando a implementação da tutela *ad infinitum*.

Desta feita, a tutela estrutural de caráter prospectivo afetaria pessoas que nem mesmo tinham relacionamento com a instituição, quando da instauração do processo. São interesses difusos.

Melhor é o processo, para Fiss, com tutela mandamental, voltada à fixação de objetivos, metas e prazos, para mitigar problemas com representação não resolvidos na primeira fase do processo<sup>97</sup>.

Mas, o movimento em torno do gerenciamento processual e do uso de modelos de disputa alternativos parece tendência na seara processual, sobretudo aqueles que envolvem múltiplas partes e lesões a direitos, que ensejam reforma de mérito da instituição enfocada.

---

<sup>94</sup> MARCUS, Richard L; *et al.*, *Complex Litigation*. (...), p. 5.

<sup>95</sup> MORAN, Rachel F. Courts and the Construction of Racial and Ethnic Identity: Public Law Litigation in the Denver Schools. **Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences**, vol. 50, nº 6, 1997. JSTOR, [www.jstor.org/stable/3824358](http://www.jstor.org/stable/3824358). Acesso em 25 de jan. de 2021, p. 20.

<sup>96</sup> MARCUS, Richard L., *et al.*, *Complex Litigation*. (...), p. 5.

<sup>97</sup> FISS, Owen M. The allure of individualism (...). p. 970-971.



## 2.4. TUTELA ESTRUTURAL – ESPECIFICIDADES SOB O PONTO DE VISTA INTERPRETATIVO DO DIREITO

Não se pode escapar das características mais marcantes da tutela estrutural.

Visando alterar a configuração ou promover a reforma de instituições, a tutela, normalmente, em um primeiro nível, procura definir mais claramente os fins da burocracia ou instituição, por meio do encorajamento judicial à internalização dos preceitos constitucionais ou requeridos no processo pela instituição visada, e conseqüente aceitação dos gestores do conceito constitucional ou legal que se busca implementar.

Em um segundo momento ou “nível político”, a tutela pode trazer comandos para que a burocracia ou instituição realize certas tarefas ou seja redesenhada para funcionar de acordo com diretrizes específicas. Nesta sequência, o juiz assegura a implementação de reformas de acordo com a legislação e com a Constituição, sendo a parte final da ordem ou terceiro nível constituído por instruções específicas, reformas e penalidades dirigidas aos agentes responsáveis, caso necessário<sup>98</sup>.

Assim, a tutela estrutural deve funcionar como um sistema de decisões suplementares emitidas pelo juiz, mediante a prolação de novas decisões, sendo possível a fixação de sanções por desobediência (*ordinary contempt sanctions*)<sup>99</sup>. O envolvimento judicial mirando a reconstrução de uma instituição resulta na natureza corretiva das *injunctions* e sua eficácia extraprocessual<sup>100101102</sup>.

Neste sentido, o processo estrutural vem com tutela que contempla sucessivas decisões judiciais com relativo grau de detalhamento, intensa participação dos agentes envolvidos por meio de realização de múltiplas audiências, apresentação de planos e colheita de informações, participação de terceiros, como *amici*, até mesmo a criação de novas agências para implementação da ordem, tornando seu procedimento singular<sup>103104</sup>.

<sup>98</sup> EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction (...), p. 1985.

<sup>99</sup> FISS, Owen M. The civil rights injunction, p. 36.

<sup>100</sup> VREELAND, Cindy. Public Interest Groups, Public Law Litigation, and Federal Rule 24 (a). **The University of Chicago Law Review**, vol. 57, nº 1, 1990, p. 279-310. JSTOR, [www.jstor.org/stable/1599881](http://www.jstor.org/stable/1599881). Acesso em 21 de jan. de 2021. p. 279-280.

<sup>101</sup> CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 5.

<sup>102</sup> PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p. 250.

<sup>103</sup> RENDLEMAN, Doug. The civil Rights injunction (...), p. 201.

<sup>104</sup> FISS, Owen M. The civil rights injunction, p. 92.

A doutrina cita outras medidas (*prophylactic injunctions*) potencialmente úteis para efetivar os direitos violados em processos estruturais, em apoio à implementação da tutela estrutural, como monitoramento e avaliação do cumprimento das decisões judiciais pelas partes e por profissionais diversos; a criação de redes de comunicação e de sistema de notificações entre as partes e a Corte; o treinamento e capacitação de profissionais; sistema de denúncias e relatórios<sup>105106</sup>.

Vê-se que soluções institucionais se encarregam de ações governamentais e, por isso, inevitavelmente envolvem alocação de recursos estatais em grandes quantias. Além disso, questões mais abstratas acabam se tornando altamente relevantes, destoando dos casos tradicionais de natureza individual<sup>107</sup>.

Consequentemente, há risco de que a efetivação da tutela estrutural precipite processos muito prolongados, com adulação judicial e resistência das burocracias<sup>108</sup>.

Outrossim, é possível cogitar que a alta dose de discricionariedade judicial na elaboração de ordens estruturais tira inspiração na *equity*, pois seu conteúdo é imprevisível e, não raramente, distanciado da legislação<sup>109110</sup>. Tal inspiração permitiria que o juiz lide com problemas emergentes, de difícil solução e que vêm sendo negligenciados historicamente<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> Tracy A. Thomas afirma que as medidas profiláticas são tipos de *injunctions* que poderiam ser abrangidas na classificação de Owen Fiss, desenvolvida na obra *The Civil Rights Injunction* de 1978, na qual prevê três categorias: *reparative, preventive e structural*. Consideradas como uma regra doutrinária, as medidas profiláticas vêm sendo desenhadas em casos de assédio e perseguição contra mulheres (...). Atualmente, a evolução das medidas profiláticas está ampliando as ordens das cortes judiciais, pois ao invés de simples declarações de “não faça”, políticas, treinamentos e sanções são endereçados às instituições para combater as violações de direitos. In THOMAS, Tracy A. What’s Happening With Injunctions? The Continued Vitality of Prophylactic Relief. In AALS Remedies Symposium: The Continues Vitality of Prophylactic Relief. **Akron Legal Stuies Research Paper Series**. Work Paper n° 07-03. University of Akron School of Law. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=963232](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=963232) . Acesso em 26 de jan. de 2021, p. 4-6.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 3-4.

<sup>107</sup> MISHKIN, Paul J. *Federal Courts as State Reformers* (...), p. 965.

<sup>108</sup> EASTON, Robert E. *The dual role of the structural injunction* (...), p. 1983.

<sup>109</sup> PINDER, Kamina Aliya. *Reconciling Race-Neutral* (...), p. 251.

<sup>110</sup> O tema das *injunctions* não é inteiramente novo, vez que na Inglaterra, a jurisdição da *equity* original permitia aos oprimidos se esquivarem de seus senhorios imediatos e se dirigirem à consciência soberana. O *chancellor* redirecionava as ações dos queixosos mais fracos e impotentes para receber justiça nos Tribunais de *common law*, para a *equity*. Assim, a analogia da sociedade feudal com o *chancellor* centralizando a prestação pública, apesar de imperfeita, se baseia na mesma premissa da ordem de um juiz federal a favor de um negro, em face de um agente governamental à obediência às *Acts* nacionais. In RENDLEMAN, Doug. *The civil Rights injunction* (...), p. 209/210.

<sup>111</sup> RENDLEMAN, Doug. *The civil Rights injunction* (...), p. 202.

Uma explicação para tal característica de decisões emanadas em processos estruturais é a tentativa de alcançar temas que são de fraca cobertura legislativa, ensejando postura mais ativa e de supervisão do Estado juiz<sup>112</sup>.

Neste sentido, a tutela estrutural ganha um sentido de administração.

Outra justificativa é a expansão dos princípios na estrutura normativa das constituições, conferindo-a como *vis directiva* e, por causa da função promocional do Direito e da necessidade de interpretação de termos com significado indeterminado e dúctil, passando pela ponderação, há abertura de espaço para o ativismo judicial quanto a temas ligados a direitos de estirpe constitucional<sup>113</sup>.

Nos Estados Unidos, importante ter-se como referência que a Teoria do Direito apresentava duas tendências diversas que, segundo Elival da Silva Ramos, rompiam com o pensamento positivista, que enxerga o direito como ele é, dotado de completude e coerência, não o submetendo a uma avaliação valorativa ou ideológica, ou seja, vale a certeza do direito, que é a ideologia fundamental deste movimento<sup>114</sup>.

Tais tendências eram, primeiro, de vertente sociológica que desloca o foco de análise para elementos fáticos do fenômeno jurídico, principalmente para a contribuição das decisões judiciais na conformação pragmática do direito<sup>115</sup>, que nos Estados Unidos traz o realismo jurídico que influencia a teoria e a prática a partir dos anos 1920.

Ele rompe com o posicionamento hierarquizado das fontes do direito no positivismo, tendo a lei e a Constituição como valor máximo, deslocando-se para a jurisprudência o escalão máximo, consubstanciada nas decisões judiciais, enquanto fatos normativos (criadores de direito) primários, passam a ser objeto central da Dogmática, deixando para segundo plano os atos legislativos e as construções doutrinárias<sup>116</sup>.

Diga-se que o realismo jurídico é retomado nos anos 1980 sob a denominação de pragmatismo jurídico, sendo propagado por juízes da Suprema Corte<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p. 250.

<sup>113</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 12.

<sup>114</sup> Ibid., p. 43 e 45.

<sup>115</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial (...), p. 49.

<sup>116</sup> Ibid., p. 49.

<sup>117</sup> Ibid., p. 51.

Quase paralelamente, a jurisprudência sociológica norte-americana se descolava do positivismo, pois assim como o realismo, era crítica do formalismo exacerbado e da priorização do estudo sistemático das decisões judiciais. Esta vertente via o exercício da jurisdição como atividade essencialmente criadora, orientada pelas “exigências da vida”, preconizando a opção pelo método teleológico. Mas aceitava limites ao exercício da criatividade jurisprudencial, como o respeito dos princípios da organização judiciária e a proibição de regulamentação pormenorizada para o exercício de certos direitos<sup>118</sup>.

Assim, se pode concluir, nesta linha, que a tutela estrutural foi influenciada pelo movimento norte-americano que desfocava o positivismo jurídico<sup>119</sup>, para endereçar a teoria do Direito à Dogmática<sup>120</sup> diversa. A tutela estrutural, assim, está no contexto que permitia a ampliação dos poderes dos juízes para prolação de decisões criadas teleologicamente, vez que avançam para a fixação de providências que inovam em temas de competência de outros poderes de Estado, impactando questões orçamentárias e de decisão democrática, porque a Teoria do Direito se vinculava, como visto, a concepções diversas do positivismo jurídico.

Neste rumo, o processo estrutural e a sua tutela - *structural injunction* – acabaram por sofrer reveses pelo exagero das intervenções judiciais, pois inexistente a figura do “juiz herói” capaz de emitir ordens artesanais que convencessem instituições locais e estaduais recalcitrantes à obediência dos ditames constitucionais<sup>121</sup>, especialmente nos processos da *public law litigation*.

---

<sup>118</sup> Ibid., p. 50/51.

<sup>119</sup> Um alerta professado por Elival da Silva Ramos quanto ao positivismo jurídico é a afirmação de que o legalismo positivista não é sua característica elementar, isto é, a primazia da lei. Um dos postulados positivistas é o predomínio das fontes estatais do direito. Assim, está equivocada a visão dos neoconstitucionalistas que afirmam estar superada a concepção positivista do direito por situar a lei (formal) no ápice da hierarquia sistêmica. Ibid., p. 59.

<sup>120</sup> Ciência que lida com normas prescritivas. Ibid., p. 62.

<sup>121</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction (...), p. 145.

## 2.5. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A EFETIVIDADE DA TUTELA ESTRUTURAL NOS ESTADOS UNIDOS

O exemplo de *Brown* é o que melhor demonstra a concreção procedimental de um processo estrutural americano e o uso da tutela estrutural, para analisar se houve resultado prático e efetividade na política de reforma estrutural, no que tange à dessegregação.

Após *Brown I*, vem *Brown II*<sup>122</sup> no qual a Suprema Corte reexaminou o processo relativo à segregação escolar, e, devido à resistência de muitos Estados em atender ao novo marco estabelecido pela primeira decisão, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade da segregação escolar (*Brown I*)<sup>123</sup>, ficou decidido que a implementação da ordem judicial deveria fazer-se progressivamente (*Brown II*), sob a supervisão das cortes locais<sup>124</sup>, com a devida urgência<sup>125</sup>.

Deste modo, a Suprema Corte confiou às administrações locais a implementação das medidas de dessegregação escolar, com delegação do acompanhamento da execução aos juízos locais, advindo a atuação discricionária destes juízos para modelar as medidas estruturais hábeis à promoção da dessegregação<sup>126</sup>.

Há referências de que às cortes foi atribuída a função de apoiar, suplementar e até completar diretivas legislativas se a autoridade local administrativa ou conselhos escolares não superassem a violação constitucional<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, 299 (1955).

<sup>123</sup> De acordo com os termos da decisão (tradução livre): A discriminação racial na educação pública é inconstitucional, de acordo com a cláusula de igualdade da 14ª Emenda, e, toda a legislação federal, estadual ou local que permita tal discriminação, deverá render-se a este princípio. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em 16 de fev. de 2021.

<sup>124</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**, vol. 225, 2013, p. 389-410, p. 394/395.

<sup>125</sup> PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p. 251.

<sup>126</sup> Algumas das diretivas da Suprema Corte foram ditadas, em consonância à decisão *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, 299 (1955) ou *Brown II*: as autoridades escolares têm a responsabilidade primária de esclarecer, avaliar e resolver os variados problemas escolares locais pendentes, com o fim de implementar, por inteiro, os princípios constitucionais; por causa da proximidade com as condições locais e a necessidade de futuras audiências, as Cortes que originalmente assistiram aos casos poderão melhor avaliar a implementação dos comandos judiciais; considerando os interesses públicos e privados envolvidos, as cortes exigirão dos réus que realizem um pronto e razoável início das medidas para efetivar as determinações da Suprema Corte, com o compromisso de efetivação em data mais próxima; as cortes poderão considerar problemas relacionados com a administração, surgidos com as condições físicas das escolas, o sistema de transporte, revisão dos projetos de escolas distritais e manutenção de áreas em unidades compactas para lograr um sistema de admissão em uma base não discriminatória; negociando e implementando a tutela estrutural, as cortes serão guiadas por princípios de equidade (*equitable principles*) – caracterizados por uma flexibilidade procedimental, para formatar os remédios e ajustá-los à luz da conciliação dos diversos interesses e necessidades envolvidos. In VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais*, p. 32.

<sup>127</sup> PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p. 252.

Quanto ao julgamento dos casos de *Delaware*, a ordem consistiu na imediata admissão dos autores às escolas, previamente voltadas para crianças brancas, sendo de incumbência da corte local implementar os próximos procedimentos<sup>128</sup>.

A Suprema Corte utilizou uma fórmula aberta para cumprimento da sua decisão, pois trabalhando na intersecção entre política e sob base principiológica, não precisou, ela mesma, erradicar a segregação<sup>129</sup>.

Outrossim, a descentralização permitiu, por outro lado, que os juízos de primeira instância adotassem medidas individualizadas para cada caso concreto, sendo que a forma, velocidade e os meios de imposição variaram de acordo com as peculiaridades locais<sup>130</sup>.

Assim, da falha das autoridades administrativas locais em implementar as decisões judiciais, se deu azo ao exercício do poder discricionário do Judiciário para introduzir uma forma de experimento, qual seja, a implementação da *structural injunction* ou tutela estrutural, com o escopo fundamental de superar violações constitucionais<sup>131132</sup>.

Contudo, a decisão da Suprema Corte não foi devidamente implementada nas cortes de origem como se esperava, pois dez anos após o julgamento de *Brown*, somente 1,2% dos alunos negros do sul frequentavam escolas para brancos.

Outras soluções foram sendo aventadas para superação da desobediência de comandos legais. A mais efetiva foi a intervenção do poder Executivo e do Congresso, que ameaçavam escolas distritais desconformes aos vereditos de *Brown*, mediante a perda de repasse de fundos educacionais de natureza federal.

Como resultante em 1972, 91,3% das crianças negras estavam integradas em escolas com brancos, denotando que a reforma estrutural somente é realizada mediante o esforço conjunto dos poderes de escol da federação<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> Descrição do programa (*syllabus*) firmado na decisão de *Brown II*, com opinião e julgamento anunciados em 31 de maio de 1955, após arguição da questão de cumprimento da decisão anterior em 11-14 de abril de 1955, extraída de JUSTIA, com tradução livre. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em 16 de fev. de 2021.

<sup>129</sup> MISHKIN, Paul J. Uses of Ambivalence: Reflections on the Supreme Court and the Constitutionality of Affirmative Action. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 131, nº 4, 1982-1983, p. 907.

<sup>130</sup> VIOLIN, Jordão. *Processos Estruturais*, p. 32. O autor cita Robert McKay, em cuja obra ele constata a heterogeneidade dos problemas e soluções diante das diferenças entre as comunidades em que a decisão seria implementada. O perfil das cidades variava desde capitais com forte base industrial, a pequenas comunidades com população transitória. In MCKAY, Robert B. With all deliberate speed: a study of school desegregation. **New York University Law Review**, v. 31, n. 6, jun. 1956, p. 1007.

<sup>131</sup> PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p. 251.

<sup>132</sup> Ibid, p. 250.

<sup>133</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction (...), p. 148.

Temas debatidos nos processos estruturais começaram a ser intensamente legislados<sup>134</sup>, como má conduta policial, por meio da promulgação do *Violent Crime and Law Enforcement Act de 1994*<sup>135</sup>; condições prisionais, mediante a *Prison Litigation Reform Act* de 1996 que inaugurou *standards* normativos, como a subsidiariedade do uso judicial e a limitação dos honorários advocatícios e a *Voting Rights Act de 1965* foi promulgada para tratar de direitos de sufrágio<sup>136</sup>.

A regulamentação destas medidas judiciais<sup>137</sup>, para evitar-se a criação judicial de novos direitos constitucionais no modelo do *judicial interpretivist* de Fiss<sup>138</sup> é importante, junto com a regulação legislativa de alguns dos temas mais importantes tratados no processo estrutural<sup>139</sup>, porque traz como resultante e tendência a desejada alteração qualitativa da natureza de tais feitos.

O movimento legislativo ocorreu em diversos estados norte-americanos, a exemplo do Texas e Kentucky, envolvidos com a reforma escolar e Nova Jersey e Oregon, que desenvolveram programas para supervisionar decisões que afetassem os abrigos.

Não se pode perder de vista que a tutela estrutural apresentou ganhos qualitativos, já que a lei contribui para a criação da jurisprudência e do sistema de precedentes, além da evolução do direito que vem sendo por ela comandada<sup>140</sup>, na seara dos direitos civis.

Portanto, vê-se da experiência norte-americana que o processo estrutural trouxe luzes para questões de relevância social, e apesar de não ensejar mudanças repentinas de paradigma cultural e social naquela sociedade, despertou-a para um novo tipo de processo, qual seja, o movido por mecanismos processuais diversos do modelo tradicional, como as noções de supervisão e gerenciamento judiciais<sup>141</sup>.

---

<sup>134</sup> SABEL, Charles F. & SIMON, William H. Destabilization (...), p. 1091.

<sup>135</sup> JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. Structural Reform Visited (...), p. 1416.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 1411 e 1416.

<sup>137</sup> MISHKIN, Paul J. Federal Courts as State Reformers (...), p. 950.

<sup>138</sup> O autor remete ao caso *Wyatt v. Stickney* (325 F. Supp. 781), no qual o direito a condições dignas do ser humano ensejou novo direito, como o “direito ao tratamento”. O conteúdo do que fosse “tratamento” foi analisado pela corte em detalhamento, incluindo-se no seu âmbito de abrangência temas como a estrutura predial e operação de hospitais, as condições ambientais e procedimentos hospitalares. E assim, o decreto judicial seguiu implacável. In MISHKIN, Paul J. Federal Courts as State Reformers (...), p. 954/955.

<sup>139</sup> Vide item 2.5.

<sup>140</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas (...), p. 477.

<sup>141</sup> MARCUS, Richard. Public Law Litigation and Legal Scholarship (...), p. 671.

## 2.6. A POLÊMICA DO ATIVISMO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Nos Estados Unidos da América triunfou a *common law* e, particularmente, no século XX, surge a tendência americana de organizar a sociedade por intermédio do Direito, deixando de ser visto como um simples meio de resolver litígios, e mais como um instrumento adequado para criar uma sociedade de tipo novo<sup>142</sup>.

Não escapa, porém, da sua concepção de direito essencialmente jurisprudencial, fundado sobre os precedentes e sobre a razão<sup>143</sup>, apesar de ter aumentado a importância da lei, que lidera um movimento dirigista de evolução do Direito dos Estados Unidos<sup>144</sup>.

A corroborar com tal visão, após a experiência de *Brown*, as novas demandas levadas ao Poder Judiciário buscando tutela estrutural relativamente a direitos sociais experimentaram tendência à diminuição constante, com imposição de barreiras procedimentais a partir do final dos anos 1970 e substanciais nos anos 2000, devido à nova forma de paradigma adotado, qual seja, pulsava a fórmula anti-ativista, anti-afirmativa ou antipolítica no Poder Judiciário.

A caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, sendo o fenômeno percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário<sup>145</sup>.

Nos sistemas de *common law*, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação (*statute law*)<sup>146</sup>, pois, historicamente, a base das instituições americanas vem positivadas em leis, como é a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), relativa aos fundamentos das liberdades públicas<sup>147</sup>.

No sistema, o precedente, que é a única ou várias decisões de um *appellate court* (órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados), não pode ser formado por órgãos judiciários de primeiro grau<sup>148</sup>, portanto, há alguma limitação à atividade criativa dos juízes, mesmo na *equity*, unificada à *common law* a partir de 1938 na Justiça Federal, sendo todas as ações *civil actions*<sup>149</sup>.

<sup>142</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*, p. 454 e 456.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 460/461.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 477.

<sup>145</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 106.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 107; SOARES, Guido Fernando Silva. *Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law"*, em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, n. 92, 1997, p. 180.

<sup>147</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*, p. 477.

<sup>148</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos Estados Unidos*, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 40.

<sup>149</sup> Soares, Guido Fernando Silva. *Estudos de Direito Comparado (...)*, p. 179/180.



As *injunctions*, com procedimento categorizado na *equity* e se traduzindo em operações contra a pessoa do réu, não mais em dinheiro, mas em ordens de fazer ou não fazer, são decididas pelo juiz sem a participação do júri, ou seja, com regras procedimentais de menor formalismo do que as tipicidades dos institutos abrigados na *common law*, mas que não escapam dos precedentes<sup>150</sup>.

Se o precedente não é cabível ou inexistente, a atuação do juiz deve ser pautada pela adoção de técnicas como o *distinguishing*, para não aplicar o precedente ou, mediante o *overruling* refinar a interpretação do texto da decisão precedente, para restringir ou ampliar os efeitos da norma a ele acoplada ou reconhecer a sua revogação total ou parcial, e, finalmente, se imprestáveis as técnicas para o caso *sub judice*, o juiz ou o tribunal poderão produzir norma de decisão com base nos princípios gerais da *common law*, raciocínio analógico ou na equidade. Se adotada por tribunal superior ou de apelação, será precedente vinculativo às instâncias inferiores<sup>151</sup>.

Importante aduzir que o direito dos Estados Unidos, aos olhos dos juristas, tem base constituída por um corpo de normas não escrito, surgindo regras de direito declarado pelos tribunais e nos princípios que se destacam dessas regras jurisprudenciais<sup>152</sup>.

Também não se adota, naquela nação, a ideia de segmentação estadual ou federal de precedentes, de modo que o direito da *common law*, sendo um sistema dotado de unidade fundamental, é aberto a intervenções legislativas mais pontuais<sup>153</sup>.

Assim, no sistema comentado se vislumbra ser mais difícil a ocorrência de disfunções no exercício da função jurisdicional em detrimento da função legislativa, em uma noção preliminar do ativismo, pois há possibilidade de uma atuação mais ousada, porém dentro dos limites do juridicamente permitido<sup>154</sup>.

Ainda, porque a regulação de diversos segmentos da vida social continua a ser essencialmente judiciária, sendo possível afirmar que as leis são plenamente integradas no Direito apenas quando o seu alcance foi determinado por decisões judiciárias<sup>155</sup>.

Ressalvado o desvio de função, o ativismo norte-americano é elogiado por proporcionar a adaptação do Direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas. Na *common law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de

---

<sup>150</sup> Ibid., p. 179.

<sup>151</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 108.

<sup>152</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*, p. 463.

<sup>153</sup> Ibid., p. 471.

<sup>154</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 109.

<sup>155</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*, p. 488.

geração de Direito, então, não é a atuação mais ousada do juiz que é discutida, mas a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano<sup>156</sup>.

Assim, ativismo é expressão de conteúdo não necessariamente negativo nos ordenamentos alienígenas, sobretudo de tradição da *common law*.

No entanto, muitas das condutas judiciárias no processo estrutural foram interpretadas como abusos, passíveis de serem combatidos. Juízes engajados nas reformas estruturais atuando imprópriamente, proferindo tutelas expressando suas convicções morais e pessoais para fazer a “coisa certa”, ao invés de, simplesmente, interpretar e executar os precedentes e a lei<sup>157</sup>, protagonizaram uma alteração na rota do processo estrutural, mas não a sua morte<sup>158</sup>.

## 2.7. ÓBICE AO USO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO DIREITO NORTE-AMERICANO: INTROMISSÃO EM OUTROS RAMOS DE PODER

O problema se vislumbra, em uma análise mais acurada, no grupo de casos classificados por Chayes como *public law litigation*, que envolve a reforma de políticas públicas e aspectos orçamentários de entes públicos. A *structural injunction*, nesta seara, é tratada como tutela jurisdicional afirmativa contemporânea, sendo o seu alvo um regime contínuo de governo de instituições (o real objetivo do processo), e, acaba por reforçar, dramaticamente, a discricionariedade judicial. O controle da discricionariedade nos litígios é um problema persistente nos sistemas de direito público<sup>159</sup>.

Contudo, antes de adentrar o tema, é importante ressaltar que boa parte das demandas estruturais, pela sua natureza temática, majoritariamente abordando temas previstos na Constituição ou no *Bill of Rights*, são julgadas pela Justiça Federal, composta por juízes federais nomeados vitaliciamente pelo Presidente dos Estados Unidos, após aprovação do Senado. Raro, mas é possível vislumbrar nomeações de professores de Direito das grandes universidades para ocupar cargos de juízes da Suprema Corte<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial (...), p. 112.

<sup>157</sup> No sistema americano, é possível a aplicação da lei ao *case law* (precedente), melhor dizendo, primeiro se estudam os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. A regra é o *case law* e o *statute* é o direito de exceção, portanto integrativo. In Soares, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (...), p. 181.

<sup>158</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction (...), p. 161.

<sup>159</sup> CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 46.

<sup>160</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas (...), p. 488.

Assim, as causas estruturais não vinham sendo julgadas por juízes estaduais, estes com legitimação popular e eleitos por meio do sufrágio popular, se esclareça.

Os juízes americanos, de modo geral, são personagens que gozam da consideração do público e em relação aos quais se concorda em reconhecer a independência, a moralidade e a competência<sup>161</sup>, mas que quando atuantes em feitos estruturais, ensejaram controvérsias, devido ao modo de proceder diferente do costumeiro.

Fiss relata que a discussão doutrinária sobre o uso das *injunctions* como tutela processual principal gerou óbices, especialmente a partir da década de 70<sup>162</sup> e Robert F. Nagel, em trabalho dos anos 80, explica que não era esperado que a Suprema Corte contivesse a ânsia das intervenções das cortes federais inferiores em instituições e políticas públicas, já que não se atentou ao problema em um primeiro momento.

Inicialmente, a discricionariedade das cortes era tolerada por causa da missão em prol da efetivação do comando da Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade de leis segregacionistas, movida pelo realismo jurídico e conseqüente criação do Direito<sup>163</sup>.

Contudo, a posição da Suprema Corte se alterou quando percebida as intervenções que cortes inferiores federais realizavam nos governos local e estadual, utilizando o processo estrutural e as *injunctions* para controlar uma larga variedade de instituições, mediante o uso de ordens detalhadas<sup>164</sup> e moldadas em forma muito próxima à regulação de natureza administrativa e legislativa<sup>165</sup>.

A reforma estrutural se valia da flexibilização do procedimento, com proferimento de várias ordens judiciais, contendo minúcias, mas ainda movida pela cultura adversarial, de imposição.

Jeffries e Rutherglen avaliam que decisões estruturais causavam problemas relacionados à certa tendência de elas próprias superarem os direitos que visavam defender (criação de direito novo), da problemática supervisão e direção de políticas locais e estaduais pelas cortes federais

---

<sup>161</sup> Ibid., p. 489.

<sup>162</sup> FISS, Owen M. The civil rights injunction, p. 64.

<sup>163</sup> Problemas foram sendo constatados nas cortes distritais, como a interferência direta do poder Judiciário no governo local, a imposição de remédios em distritos múltiplos por uma única corte local, além de casos em que as violações eram apenas de fato. Vários casos surgiram, como *Miliken I e II*. PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p.252.

<sup>164</sup> Havia *injunctions* que determinavam a cor da pintura das paredes das cadeias, o número de vezes que cada preso tinha direito a ir ao banheiro, fixavam diretrizes para tratamentos psiquiátricos, treinamento de professores de escolas públicas e a grade curricular. In NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol. 7, n° 2, 1984, p.397.

<sup>165</sup> NAGEL, Robert F. Controlling (...), p.397.

e dos riscos ínsitos de desconsideração de processos políticos majoritários e democráticos, especialmente no que tange à alocação de grandes fontes de recursos<sup>166</sup>.

Deve-se ter em mente que a ameaça partia de uma premissa: o direito exercido por magistrados ou juristas é diverso daquele feito por representantes políticos, vez que estes praticam a política legislativa com acentuada liberdade de opção entre as diretrizes em disputa, ao passo que os primeiros devem respeitar as opções feitas, sendo facultada apenas a movimentação permitida pela normatização das escolhas políticas primárias.

Ainda, segundo Ramos, juízes e juristas devem permanecer com escolhas políticas secundárias, meramente complementares ou supletivas em relação às opções primárias formalizadas em textos legislativos<sup>167</sup>, para que não haja a incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes<sup>168</sup>.

Com efeito, a supervisão de conduta de oficiais de Estado por um longo período, a criação de estruturas burocráticas auxiliares, com grande carestia do processo protagonizada pelas cortes federais, representava ameaça ao federalismo americano<sup>169</sup> e gerou questionamentos, com ataques à reforma estrutural<sup>170</sup>. Outro duro impacto verberava, pois o Judiciário parecia romper as fronteiras existentes com o Poder Executivo<sup>171</sup>.

A esta altura, as cortes federais proferiam as decisões e controlavam instituições públicas por extensos lapsos temporais, deflagrando reformas em prisões em pelo menos trinta Estados e processos pendentes em diversos outros; duzentas e setenta cadeias locais estavam sendo afetadas por ordens judiciais; sistemas de saúde mental e alojamentos públicos estavam sob controle judicial em muitos Estados.

Mesmo à mingua de dados estatísticos exatos, se estimava que mais de seiscentas escolas em diversos distritos sofriam controle de juízes federais. Decisões que regiam programas governamentais e departamentos de pesca dos Estados, além da reestruturação de políticas de pessoal locais e estaduais constituíam um esforço de desmantelamento dos sistemas de nepotismo ou patrocínio/indicações pelo Poder Judiciário, por meio do uso das *structural injunctions*, em um fenômeno nunca acontecido na história dos Estados Unidos<sup>172</sup>.

Um fenômeno inesperado ocorreu a partir do caso *Brown*, já que o uso do poder judicial não foi limitado a necessidades específicas e urgentes, mas decisões de natureza estrutural

---

<sup>166</sup> JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. *Structural Reform Visited* (...), p. 1387.

<sup>167</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial* (...), p. 62 e nota 117.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>169</sup> FISS, Owen M. *The civil rights injunction*, p. 64.

<sup>170</sup> FISS, Owen. *Two models of adjudication* (...), p. 37.

<sup>171</sup> FISS, Owen M. *The civil rights injunction*, p. 93.

<sup>172</sup> NAGEL, Robert F. *Controlling* (...), p. 396.

(*decrees*) surgiram em todos os estados americanos, e em larga variedade de temas, sendo que na maior parte deles, permaneciam emanando efeitos indefinidamente. A própria decisão em *Brown* ainda estava sendo cumprida nos anos 1980, após trinta anos do julgamento.

Claro que os efeitos cumulativos das intrusões jurisdicionais em várias áreas de governo, por períodos longos, suprimiram a participação popular no desenho das políticas locais e distorceram o senso de engajamento social. Além do que desencorajavam o desenvolvimento de políticas alternativas<sup>173</sup>.

Os processos estruturais e a tutela correlata foram transformados em instrumento rotineiro de governança, mal utilizados pelo Poder Judiciário, que se embrenhava, cada vez mais, em atuar em seara alheia, quais sejam, de natureza legislativa e executiva. A apropriação de funções alheias destrói o esquema constitucional de tripartição de poderes<sup>174</sup>, tornando o Judiciário tirano, com poderes concentrados às expensas do eleitorado<sup>175</sup>.

Assim, a intromissão judicial não trata de simples evolução do comportamento do Poder Judiciário frente à complexidade da vida moderna, porque os problemas institucionais (escolas, hospitais psiquiátricos, prisões) sempre existiram ao longo da História<sup>176</sup>.

O Poder Judiciário não pode controlar cidades inteiras usando o processo como arma pois, evidentemente, não pode substituir-se a outros níveis de governo para atingir objetivos que, por outros meios, possam ser objetado<sup>177</sup>.

Não se pode permitir o autoritarismo da toga.

### 2.7.1. Subjetivismo que enfraqueceu o Poder Judiciário

Apesar de o direito norte-americano permitir, a partir da reforma de 1938, novas ferramentas processuais nas normas federais (reconvenção, intervenções de terceiros), litigantes e juízes criativos fizeram do sistema judiciário federal uma força significativa para a mudança

---

<sup>173</sup> Nagel cita referências sobre o assunto em HOROWITZ, *The courts and social policy* (1977); REBELL & BLOCK, *Education policy making and the courts*, 241, n. 22 and passim; Mishkin, *Federal Courts and State Reformers*, 35 *WASH. & LEE L. Rev.* 949 (1978); Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harv. L. Rev.* 353 (1978).

<sup>174</sup> NAGEL, Robert F. *Controlling (...)*, p. 400.

<sup>175</sup> SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization (...)*, p. 1090.

<sup>176</sup> Nagel assevera que há certo romantismo nos círculos acadêmicos sobre a necessidade de intromissão do Poder Judiciário na administração do estado moderno, pois instituições que os juízes controlam existiam muito antes do século XX. Então, não se trata de questão atual ou própria do estado ou administração atual. In NAGEL, Robert F. *Controlling (...)*, p. 400.

<sup>177</sup> NAGEL, Robert F. *Controlling (...)*, p. 401.

social<sup>178</sup>. Contudo, algumas lições foram deixadas no transcorrer do uso da tutela estrutural nos Estados Unidos.

Problema constatado no uso corriqueiro da tutela estrutural era a fixação de tese jurídica que se desviava do direito legislado. A crítica ao deferimento de medidas extralegais e a escolha discricionária do juiz não foram bem aceitas, pois ao juiz não cabe escolher o que fazer, sob seu ponto de vista pessoal, mas incorporar a voz da lei<sup>179</sup>.

Além disto, foi constatado que, apesar do aumento da discricionariedade do poder judicial na implementação de políticas públicas por meio da tutela estrutural, o seu uso rotineiro era um perigo para a função judicial, pois ideais ou princípios judiciais caros estavam sendo sacrificados em um número específico de casos<sup>180</sup>.

Além destes casos não terem deixado parâmetros decisórios e normativos para o futuro, a jurisprudência sociológica e movimentos relativos ao realismo e o pragmatismo jurídico praticavam um decisionismo cético que, a despeito de atribuir ao juiz um perfil argumentativo sofisticado, resultaram em atenuação ao respeito das leis e dos precedentes, pois as decisões criativas estavam fundadas, exclusivamente, nas preferências pessoais do julgador, sem um estudo sistemático das decisões judiciais (precedentes), com maior uso da intuição do que da razão, movidos pelas “exigências da vida”<sup>181</sup>.

Este sentido de aplicação do Direito mina a seriedade da instituição judicial.

Lançando-se um olhar nas decisões judiciais relativas à segregação escolar, por exemplo, se tem somente uma ideia generalista do que as Cortes judiciais entendiam por um sistema dual, porque delas não se infere uma formulação conceitual ou resultados particularmente determinantes, de forma a se ter uma metodologia específica para eliminar a segregação escolar<sup>182183</sup>.

Constata-se que nem mesmo nos processos estruturais envolvendo prisões, a Suprema Corte articulou um *standard* constitucional, inexistindo o estabelecimento de parâmetros

<sup>178</sup> MARCUS, Richard L. *et al.*, *Complex Litigation (...)*, p. 6.

<sup>179</sup> CHAYES, Abram. *Foreword: Public (...)*, p. 46.

<sup>180</sup> NAGEL, Robert F. *Controlling (...)*, p. 403.

<sup>181</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 50, 78/79.

<sup>182</sup> CHAYES, Abram. *Foreword: Public (...)*, p. 50/51.

<sup>183</sup> Mishkin explica, utilizando-se lições de Owen Fiss, que após os casos de dessegregação escolar, os decretos institucionais eram bastante detalhados, porque o conteúdo do plano de intervenção era apresentado pelas partes ao juiz, especialmente pelo réu, que propunha as medidas ou o plano e o autor tinha a oportunidade de impugná-lo. Após as impugnações, a corte tinha o dever de decidir sobre as objeções, criando ou adaptando regras no plano, construindo-se o plano judicial, baseado naquele apresentado pelas partes. Por isso, a ideia de que os decretos eram de baixa qualidade não vingou. A técnica aproveitava-se da especialização do réu e se nenhum tipo de suplementação judicial fosse necessário, então o ciclo se renovava. In MISHKIN, Paul J. *Federal Courts as State Reformers (...)*, p. 957.

objetivos em relação aos quais os oficiais públicos pudessem basear-se para saber o que é legal ou ilegal na constituição das políticas e na implementação da tutela estrutural.

Juízes engajados na prolação de *structural injunctions* adotavam posturas ditatoriais, calando quem quer que fosse contra o uso do Poder Judiciário para resolução de questões institucionais, usando artifícios como a limitação de debates públicos sobre a ordem das coisas, significando um impacto ameaçador contra a organização do Estado<sup>184</sup>. Tudo com uso de decisões judiciais de natureza estrutural.

Assim, o processo era utilizado indevidamente, inclusive como meio de coagir populações inteiras, caso discordassem das políticas judiciais implementadas.

Por outro viés e tal foi observado pelos estudiosos norte-americanos, a forma de regulação do direito norte-americano é um facilitador para desvio de atribuições, pois o uso de grande discricionariedade afeta, além do Poder Judiciário, as agências da administração estadual e federal, tendo em vista o pouco detalhamento das leis e a sua linguagem aberta<sup>185</sup>.

Com os exageros constatados pelo pragmatismo judicial, que vê consequências e escolhe a que lhe parece melhor<sup>186</sup>, a doutrina e a própria Suprema Corte não normalizariam a substituição dos governos locais pela tutela estrutural, tornando o sistema político totalmente dependente do uso do poder judicial.

Um outro problema surgiu, pois por causa da ânsia por resolver o mal por inteiro<sup>187</sup>, o Poder Judiciário não deu conta do volume de trabalho gerado, resultando na delegação de funções, em prejuízo de sua própria autoridade.

Valendo-se de comandos informais<sup>188</sup> e fora do alcance e do controle jurisdicional, os agentes delegados cometiam ilegalidades, erros e abusos<sup>189</sup> e, como forma de mitigar estas distorções, os juízes assumiam, ao mesmo tempo, papéis diversos, atuando como advogados e testemunhas no mesmo procedimento, culminando no seu afastamento, por violação do dever de imparcialidade.

---

<sup>184</sup> Outros problemas foram pontuados, como intromissão judicial em assuntos que não constituíam violações legais e distorciam o papel judicial, como a fixação de tipos de dietas e refeições nas prisões, tempo de permanência em celas isoladas. In NAGEL, Robert F. *Controlling* (...), p. 405/404.

<sup>185</sup> EASTON, Robert E. *The dual role of the structural injunction*. (...), p. 1987.

<sup>186</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial* (...), p. 77.

<sup>187</sup> O autor faz a analogia do trabalho do juiz com o do mecânico que, não satisfeito em remediar um problema simples para devolver a higiene do veículo, revisa todas as suas peças de uma vez, para consertar o carro integralmente. MISHKIN, Paul J. *Federal Courts as State Reformers* (...), p. 956.

<sup>188</sup> Nagel assevera que muitas decisões judiciais apresentavam conteúdo pouco claro e, por isso, os agentes judiciais resolviam questões e temas que não se relacionavam ao processo. In NAGEL, Robert F. *Controlling* (...), p. 407.

<sup>189</sup> O autor diz que podem ser muitas e bastante complicadas as determinações dos agentes que executam as ordens judiciais. A magnitude das questões pode desencorajar a pronta revisão judicial. NAGEL, Robert F. *Controlling* (...), p. 403.

Outrossim, estes desvios ensejavam a necessária fixação de procedimentos e *standards* aptos para evitar que os juízes perdessem a imparcialidade ou a tivesse questionada<sup>190</sup>.

A ausência de padrões das decisões estruturais e a delegação decisória na sua execução, assim, as aproximavam de vereditos muito subjetivos e que fugiam da própria lógica do sistema jurídico adotado.

Assim, a Suprema Corte vinha tolhendo o poder das cortes locais, anulando suas decisões, sob o argumento do avanço em competência legislativa e executiva<sup>191</sup>.

Isto porque, o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominado a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva<sup>192</sup>.

Finalmente, o recurso à lei é alternativa que estudiosos americanos apresentam para a viabilização dos processos estruturais e correção do uso indevido de instrumentos judiciais<sup>193</sup>, consistente em um movimento de modernização e evolução do direito norte-americano<sup>194</sup>.

## 2.8. ABORDAGENS PARA APLICAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NORTE-AMERICANO

Teoricamente, a discussão doutrinária norte-americana sobre processos estruturais apresenta pontos de vista diversos, que podem ser resumidos, em síntese, no seguinte: a teoria de Schuck que insiste na limitação dos poderes dos juízes federais, vez que o governo é uma instituição burocrática constituída por um complexo de atores com habilidades e autoridade para seguir prescrições legais e políticas.

O juiz, neste ponto de vista, é mais um ator governamental que pode reformar as instituições, para trazê-las à realidade constitucional, mas os remédios utilizados devem ser pouco intrusivos, sendo a tutela estrutural o último recurso, ou meio subsidiário, se inefetivas outras vias processuais<sup>195</sup>.

Em segundo, e em contraste, se tem Fiss que defende a corte mais centrada na reforma estrutural e concebe a função judicial mais intrusiva, isto é, a *judicial interpretivist*, ou a autoridade judicial que remolda a realidade à luz da interpretação constitucional. O Poder

---

<sup>190</sup> NAGEL, Robert F. Controlling (...), p. 408/410.

<sup>191</sup> PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p. 255.

<sup>192</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial (...), p. 111.

<sup>193</sup> Exemplifica com o Johnson Act de 1934 e Tax Injunction Act de 1937, como forma de limitar o poder judicial excessivo nas *injunctions* em períodos históricos anteriores. In NAGEL, Robert F. Controlling (...), p. 408.

<sup>194</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas (...), p. 477.

<sup>195</sup> EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. (...), p. 1990.



Judiciário não compete com outros ramos de poder, mas tem um papel singular, qual seja, o de constatar e corrigir fraquezas constitucionais, para dar significado a valores públicos<sup>196</sup>.

Um terceiro ponto de vista, que não está preocupado com a jurisdição ativista, mas com o desenvolvimento de novos métodos processuais, pode ser apurada no pensamento de Marcus, para o qual o processo estrutural se insere em um contexto maior, qual seja, dos processos complexos, que têm como ponto focal a inserção do gerenciamento judicial do procedimento, validando-o sob o ponto de vista procedimental, especialmente se destacando a agregação de litígios, apesar da derrocada de casos envolvendo direitos sociais ou constitucionais nos Estados Unidos<sup>197</sup>.

Tendo em vista que o teor das decisões estruturais ensejava controvérsias, desde o final dos anos 1970 se verifica que as cortes norte-americanas agiam para cercar condutas judiciárias com desvio de função, impondo barreiras procedimentais para deflagração destes processos e mitigar a disseminação de pleitos individuais que buscavam a cessação das práticas consideradas em violação a garantias constitucionais<sup>198</sup>.

No trato de processos estruturais relativos a direitos sociais, diante dos excessos constatados nas cortes federais, a Suprema Corte deu vida à *equitable standing doctrine*, com claro intuito restritivo de processos estruturais. Para isto, os demandantes, além da violação constitucional, deveriam comprovar “certeza virtual (*virtual certainty*)<sup>199</sup>” de impactos e efeitos adversos de violações passadas, no futuro. Melhor dizendo, a causa de pedir deveria ter elementos, pelo menos indiciários, de que a violação persistiria no futuro (afastadas deduções hipotéticas ou conjecturais), para proporcionar qualquer intervenção judicial<sup>200</sup>.

Constatou-se o recrudescimento da *equitable standing doctrine*, ao ser exigido pela Suprema Corte, nos anos 1980, ainda a prova de que as supostas violações suscitadas fossem gerais e constantes, melhor, que ocorriam em um âmbito maior do que a situação individual, além de ser permanente e sistemática, não meramente ocasional<sup>201</sup>.

Assim, a concessão de tutela estrutural foi negada em casos relativos a comportamento policial e códigos de conduta, bem como em assuntos prisionais, como em *Rizzo v. Goode* 423

<sup>196</sup> EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. (...), p. 1990.

<sup>197</sup> MARCUS, Richard. Public Law Litigation and Legal Scholarship (...), p. 676

<sup>198</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction (...), p. 163.

<sup>199</sup> O termo foi criticado na doutrina. As referências sobre o assunto são: Laurence Tribe, Constitutional Choices 110, 117 (1985); Richard Fallon, Of Justiciability, Remedies and Public Law Litigation: Notes on The Jurisprudence of Lyons, 59 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 29 (1988); Linda E. Fisher, Caging Lyons: The Availability of Injunctive Relief in § 1983 Actions, 18 *Loy. U. CHI. L.J.* 1085, 1118 (1987); The Supreme Court - 1982 Term: I. Federal Jurisdiction and Procedure, 97 *Harv. L. Rev.* 208, 219 (1983).

<sup>200</sup> Também em JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. Structural Reform Visited (...), remetendo ao caso *City of Los Angeles v. Lyons*, p. 1417.

<sup>201</sup> JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. Structural Reform Visited (...), p. 1416.

*U.S. 362 (1976)*<sup>202</sup> e *Hutto v. Finney* 437, *U.S. 678 (1978)*<sup>203</sup>, *Rhodes v. Chapman* 452 *U.S. 337 (1981)*<sup>204</sup>, pois ausente a prova de lesão geral e a certeza virtual.

Tal doutrina, assim, constituía uma ferramenta que as cortes utilizavam para diminuir a incidência de decisões controversas, tendo sido inserida na jurisprudência<sup>205</sup>.

Nos anos 1990 ainda se verificavam demandas judiciais buscando tutela estrutural para controlar critérios de admissão em instituições escolares estaduais, e pedidos de interferência nos programas de Maryland, Texas, Georgia e Michigan. Tal constatação demonstra que a reforma estrutural voltada para lides sociais ainda respirava<sup>206</sup>.

Porém, nos anos 2000, forte tendência de refutar a doutrina de Fiss refletiu nas campanhas para eleição de juízes estaduais: a arregimentação de candidatos que repudiassem visões associadas ao ativismo. Assim, a movimentação se fez para afastar ideologias que proporcionavam risco de prática de desvio ou ativismo judicial<sup>207</sup>.

Demandas envolvendo temas como alocação de recursos estatais, orçamento público e fundos estudantis, reforma e equalização do ensino começavam a ser reiteradamente rejeitados pelas cortes, sendo que das vinte e seis maiores cortes estaduais, aproximadamente um terço declinou do exame das lides. O restante decidia de forma a fixar a competência da via legislativa, ou prescrevendo diretivas sem caráter cogente, em questões pontuais<sup>208</sup>.

Contudo, a sociedade multifacetária não permitiu a morte da *structural injunction* e do seu processo estrutural, que ainda respirava em uma autópsia teórica. A questão maior nos processos estruturais se voltava, cada vez mais, em analisar o papel e participação do juiz no andamento e desenho do procedimento e, especialmente, nas novas modalidades de demandas, de maior complexidade<sup>209</sup>.

---

<sup>202</sup> Neste caso, os *justices*, entenderam que não era possível ordenar a fixação de procedimento policial de revisão quanto a reclamações de cidadãos negros contra abusos cometidos por uma minoria da corporação de polícia da Philadelphia, pois não havia previsão de tal procedimento na Constituição e não se constatou que aqueles poucos policiais agissem de modo diferente de outros, mormente em grandes centros urbanos, vez que os departamentos de polícia poderiam enfrentar problemas aflitivos. In CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 51.

<sup>203</sup> Discorria sobre a forma de confinamento nas prisões do Arkansas. In CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 52

<sup>204</sup> 452 U.S. 337 (1981). In CHAYES, Abram. Foreword: Public (...), p. 52.

<sup>205</sup> GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction (...), p. 167.

<sup>206</sup> Ibid., p. 147.

<sup>207</sup> Ibid., p. 162.

<sup>208</sup> PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral (...), p. 259, nota 85.

<sup>209</sup> STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. *Georgetown Law Journal*, 79, nº 5, 1991, p.1405.

Neste sentido, o uso da *structural injunction* se mantém viável nos Estados Unidos. Onde o legislador não regulou, a tutela estrutural se apresenta com uso aceitável, mas repaginado<sup>210</sup>.

Especialmente, diante da doutrina que enfoca o processo estrutural como parte de um grupo, denominados processos complexos, para inserção do procedimento que permita maior supervisão judicial e a concretização do direito material, sem apelo a vieses ativistas de atuação<sup>211</sup>.

## **2.9. ALTERNATIVA AO USO DO PROCESSO ESTRUTURAL NOS ESTADOS UNIDOS – TENDÊNCIA EXPERIMENTALISTA**

O questionamento mais relevante da doutrina, como se viu, versa sobre a conduta judicial nos casos institucionais. Por outro lado, se aponta como uma das virtudes da tutela estrutural a mudança de paradigma que apresenta, pois de mera declaração de direitos, tende a impactar no contexto regulatório, vez que os juízes intentam participar da evolução e da execução dos direitos no ambiente das burocracias<sup>212</sup>.

Atualmente, se além à necessidade de redesenho do papel das cortes e a sua compatibilização no trato com as burocracias, para privilegiar comportamentos baseados no modelo de parceria da administração contemporânea, provocando-a à correta implementação das políticas desenhadas pelo Congresso<sup>213</sup> e restringindo, ao mesmo tempo, a via processual.

Assim, o movimento de contenção judicial é parte de uma evolução positiva em direção à flexibilidade e capacidade de resposta da reforma estrutural no Poder Judiciário, vez que se migra de um modelo de ordens corretivas muito específicas e inflexíveis, focando-se em objetivos e *standards* mais generalistas, uso de métodos de monitoramento de resultados, sem ferir o pacto federativo<sup>214</sup>.

Tendo como cerne a governança em múltiplas redes, os processos de tomada de decisões sem hierarquia e de maneira aberta, permitindo a participação de diferentes agentes, grupos e organizações, o experimentalismo está em ampla proliferação nos Estados Unidos e na União Europeia.

---

<sup>210</sup> JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. *Structural Reform Visited* (...), p. 1412.

<sup>211</sup> MARCUS, Richard. *Public Law Litigation and Legal Scholarship* (...), p. 676.

<sup>212</sup> EASTON, Robert E. *The dual role of the structural injunction*. (...), p. 1997.

<sup>213</sup> CHAYES, Abram. *Foreword: Public* (...), p. 60.

<sup>214</sup> SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization* (...), p. 1017-1018.

Figura como um modo de atenuar os problemas relativos ao ativismo judicial e das preocupações quanto ao pacto de separação de poderes, pois o papel das cortes passa a ser de reforçar responsabilidades no âmbito dos remédios estruturais<sup>215</sup>.

A tendência experimentalista vem ganhando força, pois juntamente com a regulamentação, é vislumbrado o uso de um novo tipo de processo de tomada de decisão, fundado em três características fundamentais, quais sejam, diálogo colaborativo, provisoriedade das decisões e transparência<sup>216</sup>. No contexto da gestão processual, que envolve um relaxamento das formas, se visa maior interação entre juiz, partes e advogados<sup>217</sup>.

Neste sentido, a tendência é mais sensível às limitações acenadas pela Suprema Corte americana ao deferimento de tutelas estruturais, pois é viabilizada a negociação de um plano<sup>218</sup>, por meio da participação de grupos com interesses diversos e mediados por profissionais para superintender o acordo ou plano no procedimento judicial, auxiliar as partes na organização de uma agenda, tornando o processo de tomada de decisões mais flexível e com maior nível de informações, além de ser mitigada a imposição.

Há aproximação das cortes para contemplação de um modelo que busca participação e autorrevisão dos atos em maior profundidade do que o modelo “comando e controle”<sup>219</sup>, além de se ter um novo regime, voltado para a ênfase da *performance* comparativa e incentivos materiais entre os diversos níveis territoriais e de governo (do local para o estadual e nacional).

Prospectivamente, o processo colaborativo contínuo exigirá menor preocupação com a capacidade gerencial da corte e com o risco de legitimação política.

As negociações visam possibilitar o aprendizado e o diálogo entre as partes e interessados. O seu objetivo é a aproximação de consensos, sendo que se o objetivo é frustrado, o mediador levará à corte outras múltiplas propostas, para deliberação judicial.

No mais, a provisoriedade das regras firmadas possibilita a sua revisão constante, em um contexto com poucas informações. O foco é a elaboração de normas de resultado, mais gerais e informais, com deliberação interna e transparência do plano no âmbito externo.

---

<sup>215</sup> Nas escolas de Nova York em 1996, o envolvimento de pais, professores, empresários e grupos nas escolas para discussão, formulação e implementação de remédios processuais, pela aplicação do modelo de reforma dialógico, no qual a solução adequada (processo ou providência) surgia mediante a deliberação de um amplo grupo de colaboradores. SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization (...)*, p. 1019 e 1090.

<sup>216</sup> SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization (...)*, p. 1089.

<sup>217</sup> MARCUS, Richard. *Public Law Litigation and Legal Scholarship (...)*, p. 676.

<sup>218</sup> NAGEL, Robert F. *Controlling (...)*, p. 409.

<sup>219</sup> São ordens judiciais que têm como características: (1) o esforço para antecipar e expressar todas as diretivas necessárias para induzir o cumprimento em um único, compreensível e quase imutável decreto. (2) A avaliação do seu cumprimento pelo réu, nos termos do que detalhadamente prescrito na ordem judicial. As normas judiciais são ligadas a objetivos, e não à performance. (3) A corte com forte papel de administração ou de direção judicial. In SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization (...)*, p. 1022.

O experimentalismo admite o uso de normas legisladas e/ou internacionais como *standards*, bem como a fixação de futuras sanções ou punições, em caso de descumprimento do que acertado, melhor dizendo, não afasta a adjudicação, mas a reforça.

A transparência é de fundamental importância, vez que as normas a serem executadas e as medidas combinadas para execução do plano devem ser explícitas e públicas.

O processo estrutural e sua tutela são moldados para alcançar a reforma, por meio da incorporação de dados, mecanismos para reavaliação, auditoria, monitoramento e medidas de *performance* comparativa como meios para se alcançar a efetividade, incentivando o aprendizado das instituições para que andem sozinhas, em conformidade à lei<sup>220221</sup>.

A adoção de procedimentos novos para mensurar o desenvolvimento da política, o processo que busca contínuo aprendizado e reconstrução, baseado nas melhores práticas de instituições análogas, torna os processos estruturais menos intrusivos e mais aceitáveis, sendo a corte uma das autoridades a facilitar a implementação dos *standards* normativos regulatórios e procedimentais<sup>222</sup>.

Tendência desde 1983, quando havia sinais do uso do experimentalismo nas cortes de *New Jersey*, as decisões eram fundamentadas com base em *development guides* ou diretrizes de desenvolvimento, promulgadas por agências governamentais, ocasião em que os juízes não aderiram à adoção de ordens específicas e detalhadamente elaboradas para casos de abrigos públicos<sup>223</sup>, por meio de imposição.

Em 1985, a promulgação da *New Jersey Housing Act* criava uma agência administrativa para assumir o papel primário de monitorar as obrigações a serem cumpridas pelas instituições, como resultado de um processo mais aberto de diálogo entre autoridades<sup>224</sup> e tentativa de engajamento dos poderes para solução de questões estruturais e de alta complexidade.

---

<sup>220</sup> SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization (...)*, p. 1020 e 1068/1071.

<sup>221</sup> Há entendimento diverso da doutrina americana, citado por Kamina Pinder que remete a Thro e, por sua vez, acredita ser a relutância do Poder Judiciário no exame de medidas estruturais complexas, como financiamento estudantil, verdadeira abdicação de responsabilidade, pois o Poder Judiciário deve agir na omissão do poder político e estatal, para remediar desigualdades no acesso escolar. Para isto, deve haver postura mais ativista como resposta. PINDER, Kamina Aliya. *Reconciling Race-Neutral (...)*, p. 261 e 276.

<sup>222</sup> JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. *Structural Reform Visited (...)*, p. 1412. Também em SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization (...)*, p. 1089.

<sup>223</sup> SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization (...)*, p. 1051.

<sup>224</sup> Os casos são conhecidos por *Mount Laurel*. In SABEL, Charles F. & SIMON, William H. *Destabilization (...)*, p. 1052.

Esta lei focava no incentivo do profissionalismo, capacidade e autonomia das instituições para proceder à autorreforma, sendo que a via judicial somente se viabilizaria, caso esgotadas as vias administrativas para resolução dos problemas<sup>225</sup>.

A História não nega a inefetividade de processos judiciais que se encontram descolados dos poderes em cooperação, isto significa, Poder Judiciário, Executivo e Legislativo. Para escapar da força meramente simbólica dos feitos, se deve, na medida do possível, trabalhar em harmonia, para que se cheguem a resultados satisfatórios<sup>226</sup>.

Por fim, as cortes americanas estão dispostas a enfrentar reformas estruturais, mediante um modelo de intervenção descentralizada e indireta, com respaldo em aparato legislativo que legitime e facilite o seu envolvimento na reforma estrutural.

Neste aspecto, sobreleva a importância do tratamento procedimental que engaje as partes para a autorreforma ou a solução acordada, por meio do uso do monitoramento procedimental que alcance resultados<sup>227228</sup>, inseridos na tipologia maior, de processos complexos, que serão adiante citados.

## 2.10. CONCLUSÕES PARCIAIS

a) a *structural injunction* ou tutela estrutural visa a reforma estrutural ou de uma instituição, contendo teor de natureza corretiva, proferida em processo estrutural, e se aproxima de vereditos nacionais de ordens de fazer ou não fazer e de força mandamental<sup>229</sup>;

b) as justificativas mais aceitáveis, a nosso ver, para a disseminação do processo estrutural na sociedade contemporânea, são relativas ao desenvolvimento de teorias e métodos que foquem na adequação e desenvolvimento de instrumentos processuais para efetivação de direitos em casos complexos<sup>230</sup>;

<sup>225</sup> A lei previa a duração de dois anos do processo estrutural, salvo fato novo que comprove violações contínuas e persistentes, aptas a justificar dilação de sua duração. *Ibid.*, p. 1037.

<sup>226</sup> PINDER, Kamina Aliya. *Reconciling Race-Neutral* (...), p. 263.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>228</sup> O novo foco do processo estrutural gerou demandas ajuizadas pelo Departamento de Justiça combatendo a violência policial, e, pelo menos 5 delas geraram acordos e importantes reformas estruturais, bem como investigações que resultaram acordos e passos em direção à reforma. In JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. *Structural Reform Visited* (...), p. 1418.

<sup>229</sup> EASTON, Robert E. *The dual role of the structural injunction*. (...), p. 1983.

<sup>230</sup> O modelo adversarial é aquele marcado pela competição ou disputa, desenvolvendo-se um conflito entre dois adversários diante do órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é de decidir. Neste modelo de processo, as partes desenvolvem a atividade processual. EASTON, Robert E. *The dual role of the structural injunction*. (...), p. 1984. Também: DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, vol. 198, n. 36, 2011, p. 213.

c) no entanto, o modelo de supervisão e administração judicial trazido no formato experimentalista dá azo a que novos caminhos procedimentais sejam adotados em processos estruturais, parte de um conjunto maior de processos, denominados complexos, cuja solução nem sempre é fácil e não prescinde da participação ativa de atores processuais, como são os entes públicos, órgãos regulatórios e representantes dos lesados envolvidos e, especialmente, do juiz<sup>231</sup>. Independentemente do tema da moda, esses processos com soluções difíceis sempre existirão e terão que ser enfrentados;

d) a conclusão parcial se resume na assertiva de que o processo estrutural ganhou fama pelos temas que enfrentou, sobretudo na seara dos direitos civis, mas a sua importância sobrevive ao direito material, pois desponta como objeto de discussão em busca de novos modelos procedimentais, com mais destaques para os atores processuais. Por isso, ainda respira, sobretudo na doutrina que estuda os processos complexos, gênero no qual se podem incluir os processos estruturais.

---

<sup>231</sup> MARCUS, Richard. Public Law Litigation and Legal Scholarship (...), p. 676/677.

### 3. O MODELO DE PROCESSO ESTRUTURAL BRASILEIRO

Importante consignar que o processo estrutural pode ser tratado no sistema processual brasileiro como parte integrante, conforme defendemos, da teoria dos processos coletivos, não necessitando de um tratamento autônomo, à luz do que desenvolvido em termos de mecanismos processuais e procedimentais.

Em verdade, o Brasil, ao longo dos últimos anos vem discutindo a necessidade de elaboração de um novo Código de Processos Coletivos e do incremento e aperfeiçoamento normativo para tratar de problemas complexos, e, neste ambiente, o dito processo estrutural está inserido.

Nesse capítulo serão analisados os processos no âmbito do sistema nacional, e, no contexto da melhor doutrina processualista, cujas preocupações somente se renovam em escritos mais recentes.

#### 3.1. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO CATEGORIA DOS NOVOS TIPOS DE PROCESSOS COMPLEXOS CONTEMPORÂNEOS

Fato é que na sociedade complexa, é cada vez mais frequente o fenômeno de inúmeras pessoas sofrerem as mesmas lesões ou lesões semelhantes como resultado de um único padrão de conduta imprópria por parte de um réu, do que resulta ser necessário o impulso para uso de instrumentos processuais de junção e agregação de lides, para expandir o escopo das ações judiciais<sup>232</sup>.

As regulações jurídicas configuram respostas aos problemas e conflitos sociais, que se colocam no caminho da paz e da liberdade comuns e o Direito é instrumento de resolução de problemas sociais, sendo Ciência orientada a problemas<sup>233</sup>.

Em verdade, os processos estruturais podem ser categorizados como parte do que é conhecido, na doutrina alienígena, processos complexos (*complex litigation*) ou processo civil avançado.

Eles são estudados há mais de vinte e cinco anos por meio de casos práticos envolvendo, sobretudo, problemas de litígios agregados e de massa (*mass tort litigation*), contencioso empresarial, como os que compreendem patentes, ações antitruste, reorganização de

---

<sup>232</sup> MARCUS, Richard L *et al.* *Complex Litigation (...)*, p. 5-6.

<sup>233</sup> ZANOIO, Guido Timoteo da Costa. Opção pelos pobres, constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e população em situação de rua. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 132, 2022, p. 281.



instituições privadas (recuperações judiciais e falência), fraudes consumeristas, questões eleitorais, gestão ambiental e contencioso institucional de impacto social, com variado espectro de interesse público, sendo cada vez mais penetrantes na realidade processual e com aptidão, segundo alguns, de tocar a vida de milhares de pessoas todos os anos, e reestruturando grandes instituições privadas e públicas<sup>234</sup>.

Assim, há um leque de ações consideradas de conteúdo complexo. Muitos veem causas complexas como sintoma da difundida patologia da litigiosidade civil americana (e mundial, inclusive no Brasil), pois não se distanciariam dos tipos comuns de litígio, sendo apenas de maior envergadura, já que não há especificação ou definição para separar casos complexos de comuns<sup>235</sup>.

Os distintivos para se identificar casos complexos são três: primeiramente, podem envolver questões legais e factuais difíceis. Em segundo, o grande número de partes envolvidas pode tornar o litígio complexo, no qual não é viável o formato tradicional ou adversarial (*one-on-one litigation*) e, por último, a quantidade de dinheiro envolvida pode levar a esforços de tal dimensão, que o caso se torna complexo<sup>236</sup>.

Destas características, decorrem outras, como o grande volume de provas levadas às cortes para análise e o relacionamento das causas com outras, já ajuizadas ou com lides pendentes, implicando a frustração de uma solução eficiente. Assim, de acordo com normativa conhecida como *Manual for Complex Litigation*, o controle sobre a proliferação de casos e a coordenação dos múltiplos pleitos é crucial para o gerenciamento eficaz de litígios complexos<sup>237</sup>.

Sem uma definição final e de conteúdo certo, o litígio complexo se tornou inovação, demandando procedimentos especiais que foram alvo de recomendação de instituições estrangeiras, desde a década de 1990, como a *American Law Institute's Complex Litigation Project* e a *Principles of Law of Aggregate Litigation*, mais recentemente nos anos 2000, para lidar com as ações coletivas (*class actions*) e outros litígios com múltiplas partes, existentes nas cortes de variadas partes dos Estados Unidos<sup>238</sup>.

O esforço se volta para a regulação de novos procedimentos e instrumental processual, já que têm grande relevância para o resultado destes processos, como, por exemplo, a discussão em torno da agregação de demandas para geração de economia de escala, considerando que a

---

<sup>234</sup> MARCUS, Richard L *et al.* *Complex Litigation* (...), p. iii.

<sup>235</sup> MARCUS, Richard L *et al.* *Complex Litigation* (...), p. 1

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 1-2.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 95-96.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 1

propositura de diversas demandas individuais enseja diferentes soluções. A agregação de demandas, na sociedade complexa, evita resultados inconsistentes<sup>239</sup>.

Assim, os processos complexos chegam como catalisador visando à inovação de uma gama de questões processuais, para melhorar a capacidade dos tribunais de resolver disputas de forma eficiente<sup>240</sup>, deixando o juiz de ter um papel passivo, para orientar-se em novas direções, e dar aos julgamentos maior densidade, evitando duplicação de processos.

Nessa seara, ganha protagonismo a forma, pois os processos complexos são tratados, normalmente, por meio das *class actions*<sup>241</sup>, ou ações coletivas, e sendo não convencionais, exigem muita iniciativa judicial e gerenciamento<sup>242</sup>. Elas vieram para buscar procedimentos mais flexíveis e sensíveis ao direito material de múltiplos sujeitos e seu uso foi expandido por causa dos litígios envolvendo reforma estrutural, sobretudo abrangendo entes públicos e direitos sociais<sup>243</sup>.

Destacam-se nos processos complexos, portanto, o procedimento que busca inserir uma multiplicidade de partes e a figura do juiz, que se torna dominante para organizar e guiar o processo<sup>244</sup>. A tônica é que os juízes, com a colaboração dos advogados, façam a supervisão e quando necessário, o controle do procedimento nos processos complexos<sup>245</sup>.

Ao contrário do que defendido por parte da doutrina, nestas ações a realização de acordo não dispensa a adjudicação. Pensada com um fim mais amplo nos processos complexos, visa garantir e implementar valores introduzidos na Constituição e em diplomas legais, interpretando-os e dando-lhes valor<sup>246</sup>.

O acordo ou a solução conciliada têm maior importância nos processos complexos, pois significa a resolução mais rápida da questão e com considerável economia de recursos. A promoção judicial dos acordos faz parte de uma história maior de gestão judicial aprimorada<sup>247</sup>, tendo o juiz papel relevante nesta seara em processos complexos. Dada a ínsita multipolaridade de partes, os meios de solução alternativos podem ajudar, com suas técnicas, à coordenação dos interesses, para focar em possíveis acordos, sobretudo, no início do processo<sup>248</sup>.

---

<sup>239</sup> Ibid., p. 10.

<sup>240</sup> MARCUS, Richard L *et al.* *Complex Litigation*, p. 14

<sup>241</sup> As estruturais são ajuizadas pela Rule 23 (b)(2). Ibid., p. 634.

<sup>242</sup> Ibid., p. 212.

<sup>243</sup> Ibid., p. 212.

<sup>244</sup> Ibid., p. 484.

<sup>245</sup> Ibid., p. 486.

<sup>246</sup> Há uma crítica ao pensamento de Owen Fiss, que não aceita a realização de acordos em processos estruturais, pois entende que exclui a adjudicação ou a autoridade estatal, já que não se interpreta a lei. Para este autor, há a paz, mas não a justiça. Ibid., p. 633.

<sup>247</sup> Ibid., p. 632.

<sup>248</sup> Ibid., p. 652.

O acordo ou possível elaboração de planos em ações coletivas, que são constituídas de partes representadas, deve ser levado a juízo para aprovação e assim, ganhe efeitos vinculantes quanto aos representados<sup>249</sup>.

O Brasil detém normas que possibilitam a solução consensual, inclusive no estatuto processual, não sendo óbice a sua aplicação nos processos complexos, como os estruturais.

### 3.2. CONTEXTO DO PROCESSO BRASILEIRO

Nos termos postos por Calmon de Passos, o direito, enquanto produto de pensamento e decisão (julgamento) é sempre linguagem, texto, proposição descritiva ou proposição prescritiva, extremamente vulnerável e impotente, mas é material de trabalho de que se dispõe.

Nesta lógica, há o direito fundamental de se participar, ativa e responsavelmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis<sup>250</sup>.

Não se pode trabalhar com a lógica do antiformalismo, o discurso da suplantação do direito legal e o modismo do direito alternativo<sup>251</sup> dos juízes legisladores que atuavam nos Estados Unidos dos anos 1950, pois houve um alto custo social e político, em termos de segurança jurídica, de um discurso antidemocrático ou democraticamente cético.

Fugindo-se do desvio de poder e dos excessos, necessário o uso do devido procedimento, para garantia de um equilíbrio de posições entre os membros da sociedade democrática, tanto entre particulares, como entre estes e o Estado<sup>252</sup>.

Novidade no campo processual na segunda metade do século XX a denominada constitucionalização do processo, que se traduz em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas, ganha nova dimensão a noção do devido processo legal que passa a ser qualificado – devido processo constitucional -, erigindo o direito de ação a direito fundamental<sup>253</sup>.

---

<sup>249</sup> MARCUS, Richard L. et al., *Complex Litigation*, p. 658.

<sup>250</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Instrumentalidade do processo (...)*, p. 8.

<sup>251</sup> Para Luiz Vicente Cernicchiaro, o direito alternativo é a preocupação com o Direito. A solução alternativa rompe com o conservadorismo acomodado; enseja o tratamento jurídico correto. Confere, sem dúvida, eficácia à vigência da norma jurídica. In *Direito Alternativo. Revista Jurídica Consulex*. nº 25, Ano XI, Brasília, 1992, p. 37. Lédio Rosa de Andrade explica que o direito alternativo surgiu sem um debate teórico prévio, mas com algumas ideias centrais como o positivismo de combate, sendo que o operador jurídico alternativo deve lutar pela efetivação de leis que não são cumpridas; uso alternativo do Direito, isto é, na América Latina tem o sentido de que o intérprete deve dar à norma legal um sentido diferente daquele pretendido pela classe dominante. Sem identidade ideológica, há concordância em relação a críticas ao positivismo jurídico e ao paradigma jurídico liberal/legal. In *O que é Direito Alternativo?* Disponível em [O QUE É DIREITO ALTERNATIVO 2 \(forumjustica.com.br\)](http://O_QUE_É_DIREITO_ALTERNATIVO_2(forumjustica.com.br)). Acesso em 17 de jul. de 2022.

<sup>252</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Instrumentalidade do processo (...)*, p. 8.

<sup>253</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. *Instrumentalidade do processo (...)*, p. 8.

Garantido o direito de ação ao cidadão, a sociedade contemporânea demanda um sistema processual que possibilite a tutela efetiva e adequada, para lidar com a complexa litigiosidade e com tendência à forte judicialização<sup>254</sup> de litígios.

Ricardo de Barros Leonel leciona que há necessidade de o processualista desenvolver o estudo de sua ciência de forma finalística ou teleológica, sempre tendo em mente os grandes problemas jurídicos, sociais e políticos coetâneos à sua existência<sup>255</sup>.

Outrossim, a mudança das relações da sociedade moderna, afastando-se do individualismo clássico, cria a necessidade destas novas formas de tutela, e adequação do instrumento – o processo – a seus novos escopos, para refletir a maior interação entre o direito material e o processo<sup>256</sup>.

A existência de interesses que superam o corte simplesmente individual decorre da própria vida em sociedade e das relações nela concebidas, pois não é possível imaginar que em uma comunidade ocorram apenas conflitos de natureza individual. Por outro lado, conflitos de índole coletiva não surgiram recentemente, porque sempre existiram.

Vale dizer, a técnica reconhecida na ciência do processo não pode dissociar-se de sua finalidade última, que é a realização do direito material e finalmente a implementação do acesso à ordem jurídica justa<sup>257</sup>.

Neste compasso, lidando também com a promoção coletiva de direitos fundamentais ou em perspectiva de conflitos de interesse público<sup>258</sup>, exigindo outros vetores para a prestação adequada da atividade jurisdicional, é importante o estabelecimento de padrões diversos de atuação, com maior capacidade de gerir a eficácia das decisões judiciais<sup>259</sup>.

Fato é que a Administração Pública equacionava tais conflitos de modo mais organizado, mas devido à sua incapacidade de atender aos anseios de modo satisfatório, são

---

<sup>254</sup> Judicialização é expressão com uso neutro, qual seja, significa a provocação do Poder Judiciário para a solução de controvérsias; propor uma ação judicial. O sentido negativo é de que a judicialização, quando excessiva, acarreta congestionamento da máquina judicial, ensejando demora na solução dos processos. In RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização e ativismo judicial na saúde*. In: VILLAS BOAS, Marco (org.); CECHIN, José (coord.). **Judicialização de planos de saúde: conceitos, disputas e consequências**. Palmas: Editora Esmat, 2020, p. 105.

<sup>255</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 5ª ed. ver., ampl. e atual. de acordo com o Novo Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 27.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>258</sup> Interesses públicos são interesses “permeados de um valor que transcende o homem individual e envolve toda uma sociedade”. Ocorrendo violação a direitos desta ordem, todos os cidadãos são atingidos e não somente algum indivíduo isoladamente. São interesses públicos aqueles que dizem respeito a todos os homens e sua lesão atinge a todos os indivíduos viventes em sociedade (...). Os interesses coletivos se colocam a meio caminho entre os interesses públicos e privados, caracterizando-se como interesses comunitários, próprio de grupos, categorias ou classes de pessoas. In DINAMARCO, Cândido Rangel, (...), p. 39.

<sup>259</sup> CAMBI, Eduardo e WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. *Litígios complexos (...)*, p. 57.

trazidos à tona para que o juiz os enfrente na dinâmica do processo<sup>260</sup>, justificando o crescimento qualitativo e quantitativo de processos com ênfase na dimensão coletiva, ressalvado primordial aprimoramento, como vertente do instrumentalismo substancial<sup>261</sup>, para relativa superação de posturas individuais dominantes<sup>262</sup>. Reforça Leonel:

Da posição de um “quase desconhecido” dos operadores do direito, o processo coletivo ganhou importância e notoriedade. Basta ver a considerável quantidade de trabalhos doutrinários voltados especificamente ao tema, bem como o incremento do número de ações coletivas propostas e examinadas pelo Poder Judiciário, com, inclusive, farta edição de julgados a respeito da matéria<sup>263</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, verificando o crescimento dos estudos sobre processos coletivos, diz que o Brasil pode dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, entendendo que o novo ramo da ciência processual observa seus próprios princípios e institutos, distintos daqueles encontrados no direito processual individual, afirmando que dentre os países de *civil law*, a nação é pioneira na criação e implementação de processos coletivos<sup>264</sup>.

Diante da globalização das ações coletivas, se demonstra que existe mesmo a tendência de que as políticas públicas e os grandes conflitos não fiquem apenas a cargo do Poder Executivo e do Legislativo, mas estejam sujeitos à revisão judicial, e, independentemente de esta intervenção judicial parecer imprópria, é necessário que tal se dê de modo adequado e eficiente<sup>265</sup>.

O novo Código de Processo Civil de 2015 estatui que todo o processo brasileiro será iluminado pelas normas fundamentais, previstas na sua novíssima parte geral e ao longo da legislação, incidindo diretamente no microssistema do processo coletivo<sup>266</sup>.

Também traz mudança de paradigma que amplia os poderes das partes para adequar o procedimento às suas necessidades, preponderando a manifestação das partes em relação a do juiz no que se refere à disposição de ônus, poderes e faculdades processuais, sendo que a premissa do processo, hoje, é de que o seu objetivo é tutelar o direito material, contexto em que

---

<sup>260</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo (...), p. 34.

<sup>261</sup> Ibid., p. 34.

<sup>262</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, (...), p. 72/73 e 74.

<sup>263</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 144.

<sup>264</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

<sup>265</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo (...)*, p. 537.

<sup>266</sup> ZANETI JR., Hermes. Processo (...), p.

as partes passam a exercer importante papel na sua condução, com vistas a uma decisão efetiva e adequada<sup>267</sup>.

Com efeito, se vislumbra doutrina afirmando que os processos estruturais e seus correlatos conflitos devem ser analisados no contexto da teoria dos litígios coletivos brasileira, mas sem ater-se às categorias trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, tidas por inadequadas para permitir o tratamento de situações de elevada complexidade<sup>268</sup>, em que não se pode, em abstrato, identificar os direitos litigiosos, nem seus titulares ou suas posições<sup>269270</sup>.

Nesta seara, se vislumbra que o sistema coletivo é plenamente aplicável aos anseios do processo estrutural.

Há abalizada doutrina que entende ser necessária a criação de um Código de Processos Coletivos, movido por princípios comuns a outros ramos do Direito e por específicos. Estes adquirem dimensão diversa na seara coletiva, como o do acesso à justiça que se transmuda em princípio de interesse da coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas; da participação, que não se esgota no exercício do contraditório, mas também se faz *pelo processo*, feita por intermédio do representante adequado; da economia, que preconiza o máximo de resultado com o mínimo emprego possível de atividades processuais; o da instrumentalidade das formas, pois a técnica processual *deve ser vista sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio*<sup>271</sup>.

Os seus institutos vão ao encontro do que se espera das tutelas em ações estruturais, como a busca pela legitimação autônoma e concorrente aberta, múltipla e composta, repudiado o esquema rígido do Código de Processo Civil; a representatividade adequada, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

<sup>267</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. **Revista do Processo**, vol. 273, 2017, p. 72.

<sup>268</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 262.

<sup>269</sup> Segundo o artigo 81, parágrafo único do CDC, os interesses ou direitos difusos, entendidos como transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (I); os interesses ou direitos coletivos, entendidos como transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (II) e, por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (III).

<sup>270</sup> O processo coletivo é a técnica processual colocada à disposição da sociedade, pelo ordenamento, para permitir a tutela jurisdicional dos direitos afetados pelos litígios coletivos. Se essa técnica não existir, os litígios coletivos serão tratados por outras técnicas processuais, de acordo com o sistema de cada país. Em regra, o processo coletivo foi moldado, nos diversos países em que foi adotado, por intermédio de técnicas representativas. O processo coletivo rompe, assim, com a lógica tradicional do “day in court”. É a tese, não o sujeito, que será submetido ao tribunal. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. Vol. 7/2018, jan-jun., 2018, p. 151. Também In VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processo Estruturais**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 322.

<sup>271</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo (...), p. 12-14.

apresente as *necessárias condições à seriedade e idoneidade*; a coisa julgada, com regime próprio, *secundum eventum probationis*, no Código projetado, para possibilitar nova ação com provas supervenientes que não puderam ser produzidas e capazes de mudar o resultado; o regime de preclusões, que deverá admitir a alteração do pedido e da causa de pedir após a contestação, se de boa-fé, observado o contraditório<sup>272</sup>.

Não sendo o processo estrutural absolutamente novo (as questões e deficiências de políticas de Estado sempre existiram, bem como reformas estruturais em diversas instituições), não é necessário desconsiderar tudo o que já se produziu na ciência processual, sobretudo na seara do sistema coletivo e das alterações do novo Código de Processo Civil, pois todos os conhecimentos hauridos devem ser aproveitados, ajustados às exigências decorrentes das peculiaridades do processo, que nada mais é do que concepção voltada ao efetivo atendimento de necessidades<sup>273</sup>.

Não seria útil, portanto, novas reformas processuais para introdução de modelo novo que se encontra contido no âmbito procedimental das ações coletivas. Com escorço nas lições de Jose Ignacio Botelho de Mesquita, reformas devem ocupar-se de subtrair formalidades inúteis para melhorar a utilidade do processo. Subtrair formalidades necessárias seria inconstitucional, pois evidente a ruptura do princípio da legalidade. Afinal, a cláusula do devido processo tem por fim coibir procedimentos arbitrários das autoridades estatais<sup>274</sup>.

Se a ideia é regulamentar o processo estrutural, deve ser na seara coletiva, pois seu modelo é compatível com os princípios aí contidos, não se descolando da parte geral do Código de Processo Civil, no qual há bons instrumentos a serem aproveitados.

Neste contexto é que o processo estrutural deve ser pensado.

---

<sup>272</sup> Ibid., p. 14-15.

<sup>273</sup> LEONEL. Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo (...), p. 29.

<sup>274</sup> MESQUITA. José Ignacio Botelho de. Teses, estudos e pareceres de processo civil. vol. 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política. **Editora Revista dos Tribunais**, 2005, p. 290-292.

### 3.3. CONFIGURAÇÃO DOUTRINÁRIA DO PROCESSO E DA TUTELA ESTRUTURAL NO BRASIL

A doutrina brasileira não inova no conceito de processo e tutela estrutural, mas segue as linhas mestras do quanto lecionado pelos norte-americanos, extraindo de lá suas bases fundamentais, como será visto nas linhas a seguir.

Surgido nos Estados Unidos, apresenta concepção com viés muito pragmático, sem grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática da atuação do Poder Judiciário<sup>275</sup>, o que deve ser objeto de atenção em terras nacionais.

No Brasil, processo estrutural é tratado como aquele de natureza jurisdicional, preferencialmente de viés coletivo, sendo mecanismo<sup>276</sup> no qual se pretende a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural<sup>277</sup>.

O principal desafio da teoria do processo estrutural, assim, é a adequação da estrutura processual existente, apta que é para resolver conflitos pretéritos e estáticos, à resolução de um litígio que é fluído, mutável e se desenvolve no presente e, especialmente, para o futuro<sup>278</sup>.

Dentro do espectro conceitual, o processo se vincula ao problema estrutural, que se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada, ou estado de coisas que precisa de reorganização<sup>279</sup>.

Por seu lado, a decisão ou tutela estrutural é aquela que busca implementar a reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos<sup>280</sup>.

A tutela se insere no contexto histórico por que passa o sistema brasileiro, refletindo novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas e com ênfase na solução de conflitos em sua dimensão coletiva<sup>281</sup>.

O conteúdo decisório no processo estrutural é complexo, pois prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto, indicando um resultado a ser alcançado (norma-princípio), e,

<sup>275</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos (...), p.102.

<sup>276</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 237.

<sup>277</sup> VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e (...), p. 154.

<sup>278</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 237.

<sup>279</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos (...), p. 105.

<sup>280</sup> Ibid., p. 103. Também em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processo Estruturais**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 341.

<sup>281</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo (...), p. 13.



concomitantemente, estrutura o modo como se deve alcançar este resultado, determinando condutas a serem observadas ou evitadas (norma-regra)<sup>282</sup>.

Por isso, a solução do problema não se dá com uma decisão que certifica o direito e impõe uma obrigação, mas é necessária a intervenção para promover a reorganização ou uma reestruturação da situação, que pode ser duradoura e necessita de acompanhamento contínuo<sup>283</sup>.

Neste sentido, a tutela estrutural se corporifica em uma gama de proventos judiciais capazes de gerar efeitos em cascata em inúmeros setores da sociedade, da economia e das próprias instituições estatais<sup>284</sup>.

Há claro escopo de promoção da pacificação de sujeitos e grupos em litígio, afetados de modos distintos pela controvérsia<sup>285</sup>. O processo, assim, apresenta alto nível de complexidade e conflituosidade, com respostas difusas e imposições que se executam de modo gradativo, e, conseqüentemente, os resultados não se efetivam de imediato<sup>286</sup>.

Por envolver a reforma de estruturas burocráticas por meio de medidas judiciais, a previsão de políticas públicas e o questionamento da eficiência dos serviços públicos e privados, além da reavaliação dos impactos diretos e indiretos do comportamento institucional, os recursos necessários e suas fontes, bem como os efeitos colaterais da mudança sobre os demais atores que interagem com a instituição<sup>287</sup> – o processo estrutural e sua tutela podem constituir forma de repensar o processo civil contemporâneo<sup>288</sup>.

É preciso ressaltar, contudo, que em juízo, a tutela estrutural deve ser concedida com o devido respeito à reserva de consistência, ou melhor, o Estado-Juiz precisa apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público ou privado é incompatível com a Constituição, para justificar a solução judicial, considerando que é de rigor a observância, nestes casos, do critério da subsidiariedade da judicialização<sup>289</sup>.

---

<sup>282</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos (...), p. 109.

<sup>283</sup> Ibid., p. 106/107. Também ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no (...), p. 396.

<sup>284</sup> FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processos Estruturais**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 158.

<sup>285</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 225, 2013, p. 389. Também em PINTO, Henrique Alves. A condução de decisões (...), p. 402.

<sup>286</sup> VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo (...), p. 536.

<sup>287</sup> VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e (...). p. 155.

<sup>288</sup> CAMBI, Eduardo e WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. Litígios complexos e processo estrutural. *Revista do Processo*, vol. 295, 2019, p. 56.

<sup>289</sup> CAMBI, Eduardo e WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. Litígios complexos (...), p. 57.

### 3.4. O INSTRUMENTAL APLICÁVEL AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Parece-nos que o processo estrutural seria mais bem compreendido no âmbito do Direito Processual Coletivo, com regulamentação própria, já que conforme Grinover:

A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual. Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do direito processual, o *direito processual coletivo*, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem-definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>290</sup>.

Apesar de não dispor de um Código próprio, o processo coletivo brasileiro é muito estudado e bem delineado em suas características. É dotado de forte presença de interesse público primário, resultado das preocupações do legislador com a defesa dos interesses de toda a sociedade, e pela maior amplitude da cognição, pois pelo transporte *in utilibus* da sentença de procedência coletiva em direitos coletivos e difusos, poderá ocorrer execução do julgado por titulares de direitos individuais. O microsistema processual coletivo tem diversas leis que se interpenetram e subsidiam, com aplicação recíproca<sup>291</sup>. É o primeiro instrumental aplicável aos processos estruturais.

Nestes termos, Márcio Flavio Mafra Leal diz:

Essa necessidade de distanciamento teórico e dogmático do processo coletivo do individual dá uma nova dimensão ao escopo do processo civil e traz consequências importantes no papel do Judiciário sobre questões antes reservadas à política e à economia, tais como a efetivação de políticas públicas, o fortalecimento da representação de grupos sociais e o impacto das ações coletivas sobre orçamento, finanças públicas, concorrência e mercados<sup>292</sup>.

Importante ressaltar que a “virada cultural” do processo brasileiro se deu com a introdução da ação civil pública no ordenamento nacional, a partir da Lei 7.347/1985, pois operacionalizou a tutela jurisdicional de direitos e interesses massificados<sup>293</sup>, possibilitou a

<sup>290</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo (...)*, p. 15.

<sup>291</sup> ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção? *Civil Procedure Review*, vol. 10, n. 2, 2019, p. 23.

<sup>292</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 66.

<sup>293</sup> MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 06.

criação de microsistema próprio de tutela dos direitos de massa<sup>294</sup>, complementando o sistema que, tão somente, se voltava à tutela de direitos individuais.

Ela, que se destina a tutelar direitos e interesses transindividuais, cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, pertencentes a grupos ou classes de pessoas<sup>295</sup>, é instrumental que deve ser utilizado para solucionar questões estruturais, especialmente porque a lei que rege ação civil pública abarca uma série de pretensões, com regra de conteúdo aberto (“qualquer outro interesse difuso e coletivo”), incluindo tutela, além da reparatória, que imponha prestações de fazer ou não fazer<sup>296</sup>.

O seu procedimento incorpora uma variada gama de instrumento processuais, pois não se aplicam os meios de tutela expressamente previstos na lei específica, mas qualquer outro mecanismo que for considerado adequado e necessário, para a defesa dos demais direitos ameaçados ou violados. O regime de aplicação subsidiária de outros importantes diplomas eleva o potencial de eficácia da ação civil pública<sup>297</sup>.

O formato do processo coletivo é relevante, porque é feito por técnicas representativas, isto significa, é a tese e não o sujeito que será submetido ao tribunal, se mostrando essencial para a compreensão e resolução de questões mais difíceis e com amplo impacto<sup>298</sup>, compatível para o trato de casos complexos<sup>299</sup>.

Nesta toada, facilita o trabalho do operador do Direito, o fato de o processo coletivo brasileiro ser atípico, admitindo quaisquer espécies de ações e não-taxativo, podendo tratar de quaisquer direitos de vertente coletiva<sup>300</sup>.

O sistema coletivo, apesar de pender aperfeiçoamentos, deve ser aproveitado, pois tutela direitos e interesses transindividuais no Brasil e traz especial regime da coisa julgada, com atribuição de eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, salvo se houver julgamento de improcedência por falta de provas, hipótese em que os legitimados ativos previstos na legislação de estilo, poderão renovar a ação<sup>301</sup>.

---

<sup>294</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 263-265.

<sup>295</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo (...)*, p. 4-5.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 53-54.

<sup>298</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo estrutural e (...)*, p. 150.

<sup>299</sup> Complexos são os litígios que admitem diversas soluções. O número de soluções possíveis é a medida da complexidade do problema. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Elementos (...)*, p. 113. Remetemos, para aprofundar, ao item 3.1.

<sup>300</sup> ZANETI JR., Hermes. *Processo (...)*, p. 12 e 21.

<sup>301</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo (...)*, p. 6.

Nesta seara, é possível que o processo justo coletivo garanta a representatividade das partes interessadas; o direito de influência dos representantes adequados do grupo e o dever de debater, por parte do julgador, os fundamentos de fato e de direito suscitados pelas partes e representados.

Ainda possibilita a participação de grupos de interesse através de *amici curiae* e por meio do uso de instrumentais, como o resultado obtido de audiências públicas<sup>302</sup>, para o reforço da representatividade argumentativa de subgrupos, sem desprezo absoluto às dissidências intergrupo<sup>303</sup>.

Outros instrumentos interessantes que vem sendo usados na seara estrutural, são as ações de controle concentrado de constitucionalidade<sup>304</sup>, peculiares no sistema, também atribuem eficácia *erga omnes* vinculante às decisões transitadas em julgado<sup>305</sup>, e que apresentam indiscutível vantagem para a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, evitando a multiplicação e pulverização de demandas.

Com o mesmo enfoque no controle abstrato e concentrado de legitimidade constitucional de atos normativos, se destacam as ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), julgadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>306</sup>.

A ADPF é utilizada com alguma frequência em arena de processo estrutural, como foi a autuada sob o nº 347 no Supremo Tribunal Federal, na qual se arguiu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, para determinar que o Governo Federal elaborasse um plano nacional, no prazo de 3 meses, superando o problema em 3 anos. Houve, como de costume em lides desta natureza, a especificação de diversos pedidos, como: o Plano deveria conter propostas e metas específicas para superar as graves violações de direitos fundamentais dos presos no tocante à superlotação dos presídios; adequação das instalações e

---

<sup>302</sup> Instrumentos participativos que são previstos no novo Código de Processo Civil. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Covid-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo como limite. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 14, n. 42, 2020, p. 570.

<sup>303</sup> ZANETI JR., Hermes. Processo (...), p. 26.

<sup>304</sup> Na opinião de Zavascki, é um instrumento poderoso para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, por causa, justamente, da eficácia vinculante das decisões, sendo um modo de prestar tutela coletiva. ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo (...), p. 249.

<sup>305</sup> Estas ações possibilitam que legitimados ativos, como partidos políticos menores e de oposição ao governo judicializem questões estruturais, se mostrando úteis para negociação estratégica inerente ao jogo político. A baixa representatividade congressual de certos interesses consegue acesso a Justiça, e, com o trânsito em julgado das decisões, prevalece o interesse de uma minoria parlamentar sobre a maioria. Por isso, serve como instrumento de barganha para ganho de mais espaço ou atenção no processo político-deliberativo. Contudo, é necessário ter cuidado com o acionamento da Justiça por estes instrumentos, que podem servir a fins escusos, como atuação eleitoreira, populista e midiática. OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas na justiça constitucional brasileira: constitucionalismo abusivo, contraconstitucionalismo e teoria dos veto players na atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 132, 2022, p. 48.

<sup>306</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo (...), p. 8.

alojamentos dos estabelecimentos etc.<sup>307</sup>. A ADPF é famosa, além de outros casos, adiante citados.

A reforma estrutural, portanto, poderá se valer de ações de natureza coletiva e daquelas com eficácia decisória *erga omnes*, como as objetivas e de competência decisória dos Tribunais<sup>308</sup>, próprias para atingir interesses transindividuais e um número indeterminado de sujeitos, sobretudo em tema de política pública.

No ensejo, o juiz deve ser dedicado e paciente para lidar com processos mais demorados do que o normal, com maior envolvimento e acompanhamento próximo dos seus desdobramentos procedimentais. Por isso, deve permanecer reservado a casos excepcionais<sup>309</sup>.

Ressalva-se que a experiência norte-americana mostrou o quão difícil é a mudança de uma instituição, e, pelo casuísmo, é questionável a real utilidade do processo estrutural no Brasil. Difícil conceber que uma decisão judicial reestruture o que se encontra desorganizado, de modo unilateral<sup>310</sup>.

Tem-se que é necessária a complementação da disciplina normativa dos processos coletivos, para contemplar, de modo mais seguro e preciso, instrumentos de condução procedimental<sup>311</sup>, além da desejável subsidiariedade da via processual, já que os problemas de reforma estrutural podem ser resolvidos em diversas instâncias, sendo uma delas, a do processo.

---

<sup>307</sup> Por causa desta ação, foi concedida liminar para que fossem realizadas audiências de custódia de presos e para determinar liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a utilização com a finalidade para a qual foi criado. A ação tem força simbólica, para chamar a atenção do problema e deste “estado de coisas inconstitucional”, sendo que outras medidas não foram decididas no bojo da ação, tendo o Ministro Toffoli afirmado em evento que não há soluções simplistas para problemas complexos. VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Teoria e prática. 2ª ed. Editora JusPodivm, 2021, p. 478.

<sup>308</sup> Quanto aos processos de controle concentrado de constitucionalidade, estão incluídos na tutela coletiva de direitos (direitos individuais homogêneos). Nas ações não há lide e nem partes, mas se tem processo objetivo de controle de normas abstrato. Porque suas sentenças têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, é poderoso instrumento para tutelas, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, pois tem eficácia vinculante das decisões. A ACP estaria no ramo de direitos transindividuais, mas a distinção não é exigência científica, arremata o autor. In ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo (...)*, p. 47.

<sup>309</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito (...)*, p. 395.

<sup>310</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Elementos (...)*, p. 109.

<sup>311</sup> LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas. Breves apontamentos sobre o projeto de lei 8058/2014. **Revista de Processo**, vol. 252, fev. 2016, p. 276.

### 3.5. PARADOXO: O USO DO MODELO INDIVIDUAL EM LIDES POTENCIALMENTE ESTRUTURAIS

Contraditoriamente, e, apesar das críticas contemporâneas ao modelo bipolar de processo, que cinde relações lineares entre as partes, ele é o mais utilizado na seara dita estrutural, sobretudo em tema de políticas públicas.

O tratamento não estrutural de litígios por meio do ajuizamento de ações individuais causa apenas uma aparente solução do problema, sem produção de resultados sociais significativos, trazendo como consequência o aprofundamento das desigualdades e a desorganização da instituição ou estrutura que se pretendia melhorar.

Além do incentivo à litigiosidade crescente, pois se renovam os pleitos individuais geradores de novas distorções, tais ações não enfrentam a dinâmica do sistema, passando ao largo de questões orçamentárias e sem consideração dos impactos cumulativos das condenações que, somadas com multas diárias e obrigações de fazer, atingem cifras galopantes, e, obviamente, com uso de ativismo seletivo em tais lides<sup>312</sup> e a invencível sensação de privilégio ao jurisdicionado que litiga<sup>313</sup>.

A ação individual, além de tudo, jamais terá como objeto um direito transindividual<sup>314</sup>, de modo que por ela a reforma estrutural jamais será realizada.

A atomização causada por ações individuais acaba por surtir efeitos negativos no funcionamento do Estado como um todo, interferindo em seu planejamento e execução, pois impede um tratamento racional, coletivo e uniforme do problema<sup>315</sup>.

Nessa seara, os processos coletivos, para os quais deveriam ser destinadas as lides estruturais, foram idealizados pelo legislador brasileiro com o fim de ampliar o acesso à justiça, para que pessoas lesadas pudessem vindicar seus direitos de modo mais eficaz, além de atenderem ao princípio da economia processual, para tutela em um único processo, do maior

---

<sup>312</sup> VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.**, vol. 7, jan-jun. 2018, p. 154.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 153-154.

<sup>314</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

<sup>315</sup> AZEVEDO, Júlio Camargo de. O processo estrutural como instrumento adequado de controle políticas públicas (uma análise empreendida à luz das experiências jurisdicionais argentina, colombiana e brasileira perante a crise do sistema prisional). **Revista de Processo Comparado**. vol. 6, jul-dez, 2017, p. 53.

número possível de interessados, além da segurança jurídica, para mitigar o fenômeno da multiplicação de entendimentos sobre a mesma questão<sup>316</sup>.

Ora, problemas impactantes do orçamento público devem ser tratados em processos estruturais, pois quando são levados ao tipo individual, quaisquer critérios de prioridade colapsam em uma disputa de quem chega primeiro, melhor, a jurisdição serve como balcão para priorizar e privilegiar pessoas<sup>317</sup>.

A multiplicação dos processos individuais, embora lícita e em consonância ao direito fundamental de ação, propicia julgamentos contraditórios, causa insegurança jurídica, compromete a qualidade e a eficiência da prestação jurisdicional<sup>318</sup>.

Nesse contexto, quando da deflagração da pandemia de COVID-19, medidas importantes e de gestão processual foram tomadas para impedir que ações individuais desestruturassem a efetividade do conjunto normativo editado por força da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, de eficácia temporária e emergencial, além de evitar o cenário italiano, no qual os profissionais de saúde escolhiam quem deveria viver ou morrer<sup>319</sup>.

Assim, diante das ações individuais que visavam manter cirurgias e exigir providências na área da saúde em plena crise pandêmica, a Presidência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por exemplo, decidiu em sede de suspensão de segurança, que as liminares concedidas em oito ações individuais fossem suspensas, sendo que um dos fundamentos se baseou na necessidade de proteger a sociedade dos riscos provocados pela COVID-19, prestigiando as normas expedidas pelas diversas esferas do Poder Executivo para lidar com a crise, e legitimando as restrições quanto ao atendimento médico em outras áreas<sup>320</sup>.

Vê-se que na crise pandêmica, as ações individuais foram utilizadas para contornar as limitações das políticas públicas encetadas pelo Poder Executivo e foram reconhecidamente rechaçadas em instâncias de Poder, como se verificou no Espírito Santo, pelo seu potencial de desestruturação da política sanitária emergencial, sobressaltando o viés deletério que acarretam à coletividade, quando analisado o cenário estrutural.

Nesse contexto, se percebe claramente que as ações individuais tinham liminares concedidas para forçar gestores de saúde à escolha de quem viveria ou morreria. Assim, o juiz

---

<sup>316</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-36 *apud* SOUZA, José Augusto. Tutela Coletiva de Direitos. FGV DIREITO RIO, 2018.2, 156f, p. 12.

<sup>317</sup> VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e (...). p. 153.

<sup>318</sup> CAMBI, Eduardo e WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. Litígios complexos (...), p. 60.

<sup>319</sup> MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Covid-19 e tutela (...), p. 564.

<sup>320</sup> MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Covid-19 e tutela (...), p. 564-565.

da ação individual, ao atuar sob o molde da pura subsunção do fato à norma, influenciado por juízos de valor estritamente pessoais, enseja campos de tensão, especialmente em causas envolvendo dispositivos legais que rendam ensejo à formulação de um conceito indeterminado<sup>321</sup>, e risco de prejuízo de políticas públicas em andamento e que são adequadas para combater as causas de um problema<sup>322</sup>.

Outro ponto de tensão da ação individual é a privação do juiz quanto à análise macro da questão levada a juízo. Em época de pandemia se verificou que ações coletivas ou de conteúdo abstrato conseguiram captar a política pública em elaboração no seu cerne, pois os Tribunais, inclusive superiores, sustentaram a aplicação das normas de viés temporário e emergencial, apesar do questionamento em ações individuais sobre a limitação de atendimentos e cirurgias eletivas menos urgentes, como ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357 que se reportou à mesma questão<sup>323</sup>.

O modelo individual convencional é legítimo, mas problemático.

Há necessidade de, junto com o risco de discricionariedade e subjetividade do julgamento, angariar método processual no qual o juiz tenha possibilidade de buscar a solução mais satisfatória à paz e à ordem sociais, evitando-se processos desestruturais, pois o agir do juiz apenas para salvaguardar direitos individuais desestrutura mais o serviço público ou a instituição impactada<sup>324</sup>.

Nesta seara, não fica afastado o controle judicial de políticas ou questões estruturais, desde que realizado para preservá-las ou implementá-las em prol da coletividade, utilizando-se como método de ação toda a doutrina dos processos estruturais, na qual tendencialmente se fixam parâmetros mínimos, como o dever processual de diálogo, em conjugação com o princípio do contraditório e da cooperação<sup>325</sup>.

Correlativamente, se deve atentar às diretrizes éticas da sociedade em que se julga, valendo-se do campo da criatividade na interpretação, nos parâmetros do sistema legal e, prevalecer, na moldura do devido processo legal e decisório, a racionalidade jurídica, apesar da estrutura plural do Poder Judiciário<sup>326</sup>.

---

<sup>321</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 126-127.

<sup>322</sup> MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. *Covid-19 e tutela (...)*, p. 573.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 566.

<sup>324</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil (...)*, p. 122.

<sup>325</sup> MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. *Covid-19 e tutela (...)*, p. 572-573.

<sup>326</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 128-130.



### 3.6. O PROCESSO ESTRUTURAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Estudar o ativismo judicial no Brasil é investigar se o fenômeno incide no plano do direito material ao ser decidida uma lide estrutural, subjacente ao processo judicial.

Não é frutífera a importação do modelo norte-americano de processo estrutural se for incompatível com a postura que se quer do juiz brasileiro, qual seja, de resolver os conflitos de acordo com o devido processo legal, mas sem aventuras no plano dos poderes alheios, Legislativo e Executivo, pretendendo assumir funções cumuladas no plano da adjudicação, como é o de gestor e o de legislador.

No estrangeiro, nem sempre o ativismo judicial é visto como fenômeno negativo, dadas as características dos sistemas, especialmente do *common law*, já que a gênese do Direito parte dos Tribunais, dadas as devidas proporções.

O Brasil, como adepto do *civil law*, tem como uma das principais fontes de Direito a lei, sendo que o processo judicial deve estar alinhado com a cultura jurídica local.

#### 3.6.1. Conceito de ativismo e limitadores à atividade jurisdicional no plano material

O ativismo judicial afeta a postura judicial em quaisquer lides, individuais e coletivas, mas no processo estrutural a crítica se volta mais ferrenhamente, por envolver temas mais sensíveis.

Mas quanto aos processos estruturais, ele é mais atuante nas lides relativas a direitos sociais e políticas públicas. Lembre-se que Chayes considera o ativismo do juiz como característica do processo estrutural de interesse público<sup>327</sup>.

Ativismo judicial é expressão norte-americana, surgida pela primeira vez nos Estados Unidos em matéria jornalística intitulada *The Supreme Court: 1947*, publicada na Revista Fortune em 1947, cujo idealizador foi o historiador e jornalista Arthur Schlesinger Jr.<sup>328</sup>.

A concepção de ativismo judicial está ligada, de modo geral, à expansão do poder jurisdicional (“judicialização”) frente aos demais poderes para sanar eventual omissão ou excesso de atuação que viole o texto constitucional<sup>329</sup>. Por isso, não tem sentido negativo em

---

<sup>327</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1357, nota 1.

<sup>328</sup> CAMPANHARO. Jorge Luiz Rodrigues. Ativismo Judicial (...), p. 3.

<sup>329</sup> Ibid., p. 3.

ordenamentos alienígenas, à guisa de variações conceituais, em consonância com as características estruturantes de cada ordenamento<sup>330</sup>.

Com doutrina clássica sobre o assunto, Ramos explica que o ativismo judicial não se atrela a um específico sistema jurídico, mas se revela mais próximo dos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos poderes, assim dizendo, a especialização funcional, com limitação dos Poderes autônomos, sendo soberano o Estado, no seu todo<sup>331</sup>.

Assim, deve ser entendido como *o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas e controvérsias jurídicas de natureza objetiva*<sup>332</sup>.

No Brasil, tem sentido negativo porque, sinteticamente, significa a ultrapassagem dos limites constitucionais da jurisdição pelo juiz, que deixando de julgar, de aplicar o direito posto, faz outra coisa<sup>333</sup>.

De bom alvitre apontar o que não constitui ativismo no Brasil, sob a égide da Constituição Federal de 1988: o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; a atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra as agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal na correção da ação ou omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas<sup>334</sup>.

O ativismo brasileiro, seria, portanto, a suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem julga. É a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo.

Assim, o Poder Judiciário se agiganta e invade, de forma indevida, a esfera de outros Poderes (Legislativo e Executivo), e, no julgamento de casos concretos, torne sem efeito uma

---

<sup>330</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 106.

<sup>331</sup> O autor discorre que os limites são diversos para cada Poder. Para o Legislativo são menores, porque o legislador tem a chamada liberdade de conformação, podendo desenhar as normas jurídicas, desde que não se sobreponha à Constituição. Executivo e Judiciário têm limites mais estreitos, pois a eles cabe executar a lei. A discricionariedade não é arbítrio, e há limites para o seu exercício, consistente no método de interpretação. RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 107.

<sup>332</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 131.

<sup>333</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 106-107.

<sup>334</sup> ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. **Revista dos Tribunais**, VOL. 1008, 2019, p. 45.

lei produzida democraticamente, por motivos de discordância política ou ideológica com o seu conteúdo, suscitando a discricionariedade judicial na sua pior e mais atual forma<sup>335</sup>.

Não há bom ou mau ativismo, sendo toda a forma ativista perniciosa para o Estado Democrático de Direito, pois ativista é toda a decisão judicial que se fundamenta, como assinalado, em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente<sup>336</sup>.

O Poder Legislativo, portanto, sofre mais com a prática do ativismo, vez que além de ter o produto da legislatura irregularmente invalidado, ainda tem seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas<sup>337</sup>.

Nessa toada, é necessário criar-se um corte: se a decisão visa implementar direitos previstos na lei ou na Constituição, ela não seria, então, ativista. Mas, do contrário, se o Poder Judiciário pretende cultivar hábitos diferentes, afastando-se do seu papel para tornar-se ideológico e politicamente engajado, então, seu papel deve ser reconsiderado<sup>338</sup>.

Assim, nenhum julgador tem o direito de ignorar textos legais, para defender posições políticas e ideológicas<sup>339</sup>, seja de conservadores ou de liberais, seja de capitalistas ou de comunistas, sob pena de interferência irregular e nociva do Poder Judiciário nas demais esferas de Estado.

Nesses termos, nenhum entusiasmo ou desejo de mudança, para Abboud e Mendes, pode suplantiar o direito aprovado pelas regras democráticas, pois os juízes não são, diretamente, agentes de transformação da realidade, mas devem possibilitar a mudança nas instâncias adequadas, sem o uso do ativismo que é atalho pernicioso para se fazer valer determinado ponto de vista político<sup>340</sup>.

O ativismo, neste aspecto, gera críticas acadêmicas, repercussão negativa das decisões na mídia, e, aos poucos, o Poder Judiciário se conscientiza que esse é um problema para si próprio<sup>341</sup>.

É necessário, contudo, ir adiante.

Com o fim de identificar condutas ativistas, Ramos explica que houve a tentativa de filtragem pela *doutrina das questões políticas*, a fim de ser extremado o campo de atuação constitucionalmente franqueado ao Poder Judiciário.

---

<sup>335</sup> ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ativismo judicial*, p. 46.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>337</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 132.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>341</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 107.

A Constituição de 1934 declarava ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”<sup>342</sup>, mas pelo seu conteúdo equívoco e porque nem todo ativismo pode ser contido pela invocação dos poderes discricionários dos órgãos emissores de atos controlados, a doutrina de caráter retórico e sem parâmetro sólido restou sem nenhum valor científico, ensejando outros critérios consistentes<sup>343</sup>.

Nesse compasso, fora da apreciação judicial está a função de governo que se configura como função de escolha das diretrizes políticas básicas que devem comandar a ação estatal, sendo que algumas se encontram prefixadas pela Constituição, cabendo ao Governo detalhá-las e estabelecer a estratégia para alcançá-las, importando certa ordem de prioridades e contextualização temporal<sup>344</sup>.

Assim, a função de governo que está incumbida de elaborar programas próprios, de planos de ação, globais ou setoriais, compreendendo a busca de engajamento de outros poderes e da sociedade, são atividades que raramente assumem forma jurídica, sendo políticas. Porque reveste forma legislativa, veicula programas de ação governamental dimensionando uma situação concreta<sup>345346</sup>.

Estes atos formais podem passar por controle de constitucionalidade, mas não se admitiria ao juiz substituir-se ao Executivo, para decidir no lugar do administrador, pois a discricionariedade administrativa está voltada à atuação da Administração, que se vale de conceitos indeterminados, gozando de certa liberdade<sup>347</sup>.

Há, portanto, alguns limitadores para a atividade jurisdicional no âmbito material e que não podem ser ultrapassados, como é o exercício da discricionariedade administrativa. Assim, a criação do direito pelo Poder Judiciário deve respeitar balizas constitucionais, como é mesmo o pacto da separação de poderes.

Além disso, deve-se ter em mente que as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, envolvendo temas típicos de processos ditos estruturais, como saúde, educação, racismo, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará a toda a regulação subalterna, ao controle judicial *a posteriori*.

---

<sup>342</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 145.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 152-153.

<sup>344</sup> BARILE, Paolo. *Istituzioni di diritto pubblico*, 4. Ed., Padova, CEDAM, 1982, p. 243-4 *apud* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 157.

<sup>345</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 158.

<sup>346</sup> Sobre a eficácia das normas programáticas ou de eficácia limitada, como são alguns os direitos sociais, que não prescindem da regulamentação pela função de governo, com dimensão prospectiva da Constituição (*apud* Jorge Miranda): RAMOS, Elival da Silva. *Controle jurisdicional (...)*, p. 337.

<sup>347</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 169.

Mais recentemente, o Brasil sofreu alteração legislativa relevante, abordando o controle da atividade administrativa pela Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, pois, mediante a doutrina da discricionariedade administrativa, clássica do Direito Administrativo, o legislador houve por bem, abrangendo ao mesmo tempo a atividade judicial e controladora, impor que se deve decidir em consideração às consequências práticas, quando externada a decisão com base em valores abstratos<sup>348</sup>.

Isto significa que entre opções igualmente lícitas, deve investigar as consequências práticas da adoção de cada uma delas para que seja a de maior vantagem para a sociedade, verificando se o decidido não impactará na esfera de competência dos demais poderes, como é o relevante tema do *contingenciamento ou destinação de recursos orçamentários*, que são impactados com decisões estruturantes, se envolvidos entes públicos.

Assim, as normas de desdobramento não devem resultar de decisões judiciais, mas de atos formalmente legislativos<sup>349</sup> que são nortes para a prolação de decisões judiciais, sob pena de ativismo.

### 3.6.2. Causas do ativismo judiciário no Brasil

Em terras nacionais, o ativismo faz parte de um movimento vindo do Supremo Tribunal Federal que influencia juízes e tribunais inferiores, servindo como polo irradiador desta disfunção, na análise de Ramos<sup>350</sup>.

O primeiro motivo é o modelo de Estado que o constitucionalismo pátrio prestigia desde 1934, que é democrático-social de perfil intervencionista, no qual se procura conciliar a tradição liberal-democrática com a democratização de oportunidades e a participação cidadã, em outros termos é um Estado atuante que a tudo provê e que em tudo intervém<sup>351</sup>.

Neste contexto, o Poder Judiciário deveria atuar como controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes, mas, com a pressão social para fruição mais rápida de direitos sociais ou para extensão de benefícios, impulsiona-o para a atuação ativista, levando juízes e tribunais a relevar limites impostos pelo ordenamento<sup>352</sup>.

---

<sup>348</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil, p. 114.

<sup>349</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial (...), p. 190.

<sup>350</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial (...), p. 283.

<sup>351</sup> Ibid., p. 284-285.

<sup>352</sup> Ibid., p. 287.

O voluntarismo judicial se intensifica na medida em que as condições reais de vida ainda não se adequam ao esquema constitucional, cabendo à crítica doutrinária alertar para o devido equilíbrio que o Judiciário deve encontrar entre ousadia e criatividade<sup>353</sup>.

Outra causa é a difusão do neoconstitucionalismo<sup>354</sup> no meio acadêmico e doutrinário, com a presença no Poder Judiciário, mas cujo sentido não é bem delimitado, inexistindo uma diretriz teórica clara ou uma “Escola” propriamente dita, já que não tem metodologia ou substrato teórico para tal<sup>355</sup>.

Ramos aponta que os neoconstitucionalistas brasileiros, de fato, negam o positivismo jurídico, pois descartam o Direito posto para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem, com contemplação de difuso moralismo jurídico, sendo fator de impulsão do ativismo judiciário. A principiologização do Direito, característica do moralismo, abre as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais, não concretiza a Constituição, mas se constrói uma nova, com base nas preferências dos prolatores<sup>356</sup>.

A crítica é que a Constituição vem sendo transformada para ser principiológica, ou seja, mesmo no caso de regras inequívocas ontologicamente bem definidas, acabam sendo convoladas como se princípios fossem. Ao transformar regras em princípios, o Judiciário ganha liberdade de movimentação, pois com base no princípio, se tem um instrumento poderoso para o juiz decidir como bem entender, pautado por sua própria ética pessoal<sup>357</sup>.

Nesta ordem de ideias, qual seja, de negar a lei ou o sistema posto, logo após a promulgação da Constituição surgiu tendência nos anos 1990 de querer-se a aplicação de um novo direito, alternativo, com forte vertente ativista, cuja causa se baseava pela busca de justiça material.

Goffredo da Silva Telles Jr. discorre que um dia abriu o jornal e leu: “Juizes querem que a lei se dane, juizes colocam o direito acima da lei. Leis injustas não devem ser cumpridas. O compromisso do juiz é com a justiça, não com a lei”<sup>358</sup>. Estes, incumbidos, ideologicamente,

---

<sup>353</sup> Ibid., p. 288.

<sup>354</sup> O neoconstitucionalismo seria um novo modelo constitucional, cuja interpretação se pauta pela centralidade dos direitos fundamentais, notadamente da dignidade da pessoa humana, princípio que está presente em 149 constituições das 194 existentes. A primazia dos direitos sociais nos Estados contemporâneos e sua proteção pelos Tribunais Constitucionais que se delineou o marco teórico dos neoconstitucionalismo, também conhecido pelo designativo de pós-positivismo. In CARVALHO, Osvaldo Ferreira de, SOUZA, Gustavo de Assis. *Desarmonia da judicialização das políticas públicas: reflexões críticas para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 42, 2020, p. 350.

<sup>355</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 109.

<sup>356</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 300.

<sup>357</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 110.

<sup>358</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 94, p. 74.

de realizar justiça, denominavam ser o Direito Alternativo o salvador, constatado por Telles Jr. como sonho de uma noite de verão, ou uma quimera<sup>359</sup>.

A tendência do Direito Alternativo provocou a reação de Telles Jr., para o qual não é livre quem não se abraça às leis, pois elas existem para evitar o arbítrio do Executivo, do Judiciário e dos mais fortes. As leis péssimas podem ser revogadas, mas não há como destituir juízes péssimos e vitalícios, que usam ideologias para pretender realizar justiça<sup>360</sup>. Outrossim, a busca da justiça pode gerar decisões *contra legem*, violação praticada deliberadamente pela autoridade<sup>361</sup>.

Em outros termos, surtos criativos da classe da magistratura ecoam em alguns momentos históricos.

Outra causa para certa difusão do ativismo é de envergadura institucional, vez que o magistrado brasileiro atua, em boa medida, pela ineficiência dos Poderes representativos, já que o sistema presidencialista apresenta falhas, como a ausência de consenso político e de estabilidade das maiorias parlamentares, obtidas sem o empenho da responsabilidade política do governo<sup>362</sup>.

O mau funcionamento das instituições, especialmente do Poder Legislativo, diretamente relacionado à atomização do sistema partidário e fragmentação política da representação partidária que causa o atraso e a forma insatisfatória da legislatura<sup>363</sup>, é desculpa que não poderia ensejar a ação do Poder Judiciário na omissão legislativa. A solução não é substituir-se os poderes entre si, mas fazer o Legislativo funcionar bem<sup>364</sup>.

Rubens Beçak destaca haver um possível movimento de aceleração do deslocamento da atividade legislativa para os tribunais, configurando processo de latitude mundial, arriscando o exercício da vontade geral por outras formas. Ora, constata que o próprio Legislativo, em determinadas situações, recorre ao Supremo Tribunal Federal para buscar respostas políticas, desequilibrando as funções dos Poderes. Por isto, há intensa discussão para subtrair do Supremo Tribunal Federal a faceta ativista, restringindo suas funções à de corte constitucional<sup>365</sup>.

---

<sup>359</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo (...), p. 75.

<sup>360</sup> Ibid., p. 76.

<sup>361</sup> Ibid., p. 77.

<sup>362</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial (...), p. 304-305.

<sup>363</sup> O campo político deliberativo no Brasil é complexo porque o Congresso Nacional, com representação desproporcional, dá a entes federativos menores poderes muito grandes, tornando o parlamento fraco programaticamente; há notável esfacelamento do sistema partidário, especialmente pelo elevado número de partidos, instáveis e regionalizados, sem integridade de pautas internas ou externas; Senado com poderes para interferir na maioria dos domínios políticos. In OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas (...), p. 45.

<sup>364</sup> RAMOS, Elival da Silva. Judicialização (...), p. 108.

<sup>365</sup> BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a “judicialização da política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, 2008, p. 333-334.

Ora, mesmo que bem-intencionado o ativismo, é indispensável que haja o acatamento dos princípios do Estado de Direito, como é o da separação dos Poderes e se impeça que o voluntarismo institucionalmente desastroso do Poder Judiciário solape fundamentos republicanos, do respeito à soberania popular e da participação política que dela decorre<sup>366</sup>.

Telles Jr. ainda arremata que o poder discricionário é contra a lei, quando não está nela fundado. Se a Justiça humana é imperfeita, ainda mais imperfeita se tornará se ela for entregue ao arbítrio dos juízes<sup>367</sup>.

A lógica do jurista, que deve ser a utilizada por juízes, é a lógica do razoável e do humano, ou seja, a lei deve ser aplicada adequadamente, alcançando os objetivos que determinaram a sua elaboração, mas nunca movida a sua aplicação por caridade, pois não pode ser tido como ato de caridade dar a alguém o que é devido a outro, utilizando-se patrimônio alheio, e logicamente, com decisões reformadas, não se chega a nenhum ideal de Justiça<sup>368</sup>.

Vale ressaltar que a eficácia das normas constitucionais não é meramente opinativa. Quer-se dizer que não cabe ao Poder Judiciário converter o que seja limitado, no plano da eficácia, para aplicabilidade direta, pois a diferença normativo-estrutural no plano da eficácia jurídica está na própria gênese constitucional<sup>369</sup>.

Presente o mandado de injunção como instrumento para colmatar a ausência de norma, se tem que a própria Constituição afasta a hipótese de ativismo judicial<sup>370</sup>.

Finalmente, importa referir que a maior parte dos direitos discutidos em processos estruturais, como são os sociais de eficácia limitada, não são implementados porque há insuficiência de recursos materiais do Estado, que inviabiliza a adoção de políticas públicas que satisfaçam o comando constitucional inteira e imediatamente, não sendo o maior obstáculo a ausência de norma regulamentadora<sup>371</sup>.

As críticas ao ativismo, do uso de discricionariedade judicial, na verdade, apontam para possível arbítrio e abuso de poder de autoridades que pretendem concentrar mais poderes do que têm, atentando contra importantes postulados constitucionais e contra a segurança jurídica.

---

<sup>366</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 332-333.

<sup>367</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *O chamado direito alternativo (...)*, p. 77.

<sup>368</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *O chamado direito alternativo (...)*, p. 80.

<sup>369</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 110.

<sup>370</sup> O exemplo é do direito à saúde, que figura como direito de eficácia limitada, que não prescinde de políticas sociais e econômicas para sua implementação. Não é direito originário, tampouco um princípio, nos termos do artigo 196 da Constituição. *Ibid.*, p. 111.

<sup>371</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle jurisdicional (...)*, p. 348-349



### 3.6.3. Outros rumos dados pela teoria construtivista para a reforma estrutural

Ramos atribui a moralistas e realistas a propagação do ativismo judicial, que arregimenta mentes de jovens gerações de juristas e magistrados, encantados com esses cânticos de sereias<sup>372</sup>.

As decisões judiciais ativistas, que trazem como pano de fundo a intervenção judicial em casos estruturais com temas sociais, econômicos e culturais são tendência incipiente na América Latina e outras regiões do sul global (como a Índia, que trata de assuntos como a fome e o analfabetismo e na África do Sul, em combate ao legado econômico e social do *apartheid*)<sup>373</sup>.

César Rodriguez Garavito assinala que muitas decisões ativistas, sob uma concepção construtivista, que considera relações entre o Direito e a sociedade, têm sido proferidas no mundo todo em casos estruturais<sup>374</sup>.

Neste compasso, estudos interdisciplinares relacionam a atividade dos tribunais a transformações sociais, sendo fonte de relevante contribuição teórica e empírica para concluir sobre os resultados da intervenção crescente de juízes em problemas políticos e sociais fundamentais<sup>375</sup>.

Mesmo sendo comprovado que as decisões judiciais ativistas não provocam efeitos diretos e imediatos, pois ordens judiciais que consubstanciam ordem específica contra o Estado não geraram, na maior parte dos casos, alteração prática desejada, como a reformulação de questões socioeconômicas, direitos fundamentais ou a reforma estrutural, como alertou Rosenberg no caso *Brown v. Board of Education*, decisões ativistas podem gerar impactos indiretos e simbólicos que, a longo prazo, podem ensejar mudanças de postura, na visão da teoria construtivista<sup>376</sup>.

---

<sup>372</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 302.

<sup>373</sup> GARAVITO, César Rodriguez. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, vol. 14, diciembre 2013, p. 4.

<sup>374</sup> São entendidos como tipos de processos judiciais que afetam grande número de pessoas que denunciam a violação de direitos, por si ou mediante organizações; que envolvem vários organismos e departamentos de Estado, considerados responsáveis pelas falhas ocorridas nas políticas públicas e que contribuem para a contínua violação de direitos, e que trazem medidas estruturais, como ordem de cumprimento imediato, na qual se instrui os órgãos administrativos a tomar decisões coordenadas para proteger toda a população afetada, e não somente os denunciadores do caso concreto. Tradução livre. *Ibid.*, p. 3.

<sup>375</sup> Indicações do autor a respeito: G. Rosenberg, *The Hollow Hope* (Chicago: Chicago University Press, 2d ed. 2008); M. Feeley y E. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000); Véase R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004); Véase C. Epp, *The Rights Revolution* (Chicago: Chicago Univ. Press, 1998). *Ibid.*, p. 8.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 9.

Quanto aos efeitos indiretos e simbólicos que decisões geram na sociedade, se cede à efetividade direta e imediata das decisões, preferindo-se a atuação provocativa de transformações sociais indiretas, para impactar a percepção dos atores sociais e legitimar a visão de mundo dos afetados pelo processo judicial<sup>377</sup>.

Efeitos indiretos se verificam em decisões ativistas que, mesmo não implementadas, provocam a adoção de mecanismos sociais, como a formação de coalisões e mecanismos participativos, promoção de deliberação pública e a busca coletiva de soluções alocativas do orçamento público<sup>378</sup>.

Efeitos indiretos são úteis porque podem ajudar a redefinir a direção dos pleitos a longo prazo, influenciando, assim, a opinião pública sobre a urgência e gravidade dos problemas, para pressionar o governo a empreender as reformas necessárias quanto a determinado tema e o fomento de criação de legislação e de políticas públicas adequadas<sup>379</sup>.

Os exemplos apresentados são variados: no caso *Grootboom*, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul, de efetividade simbólica à demandante que morreu oito anos após o veredito, esperando a efetivação do comando judicial que lhe garantia moradia digna, acabou ensejando uma onda de processos que pretendiam impedir os despejos forçados. As ações pressionaram o governo, que criou políticas de moradia de emergência<sup>380</sup>.

Na Colômbia, a Corte Constitucional visando efeitos diretos e imediatos no caso T-025 envolvendo deslocamento forçado de pessoas (cidadãos estrangeiros), ditou três ordens principais, consistentes na elaboração de um plano coerente de ação para abordar a emergência humanitária; ordenava à administração calcular os recursos necessários para colocar o plano de ação em prática e para explorar todas as vias possíveis para investir o valor necessário e, por fim, que o governo garantisse a proteção do núcleo essencial da maioria dos direitos fundamentais envolvidos (saúde, moradia, dentre outros).

Passados sete anos sem efetivação, a decisão simbólica provocou certa dinamização da atitude estatal, vez que o governo aprovou um *Plan Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada por la Violencia*<sup>381</sup>, gerando efeito de desbloqueio da política, além de catalisar a coordenação entre as instituições relevantes para tratar do problema, impactando o desenho da política nacional, sua execução, financiamento e supervisão<sup>382</sup>.

---

<sup>377</sup> Ibid., p. 9.

<sup>378</sup> GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico (...), p. 6.

<sup>379</sup> Ibid., p. 10.

<sup>380</sup> Ibid., p. 11.

<sup>381</sup> Ibid., p. 15.

<sup>382</sup> Ibid., p. 15.

No caso colombiano T-153, a decisão de 1998 ditada pela mesma Corte declarou que a situação penosa dos detentos em cárceres lotados era equivalente a um estado de coisas inconstitucional. Nele, a Corte aprovou várias ordens para cumprimento em curto prazo, cujo propósito era solucionar falhas administrativas. Contudo, sem adentrar nos mecanismos de execução e de acompanhamento, os efeitos diretos não foram satisfatórios.

Mas a declaração de inconstitucionalidade surtiu efeito indireto e simbólico exitoso da tutela estrutural, vez que documento governamental foi aprovado para estabelecer estratégias políticas aptas a solucionar o problema da superlotação carcerária. Consequências não previstas pelas Cortes, como o impulso de órgãos administrativos e o seu envolvimento no processamento de melhoria da política pública ocorreu, alterando a opinião pública sobre o assunto<sup>383</sup>.

No Brasil, sob a roupagem de processos estratégicos, o processo estrutural ganha aspecto análogo ao ativismo com força simbólica, vez que a intenção da abordagem é a formação de uma nova compreensão do direito, melhor dizendo, ainda que irrealizável o que propõe, há mobilização de atores sociais e enfoque do problema na sociedade, como ocorreu no caso da ADPF 347 que é relativa à situação do sistema carcerário brasileiro.

Um dos pedidos, qual seja, o de declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional não resolve nada de imediato, mas como é proferida pela mais alta Corte do país, é estratégia importante de mobilização de forças. No Caso Raposa Serra do Sol, o Ministro Barroso, nos Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR usou argumentação análoga, atribuindo à Corte a prolação de decisões *com força moral e persuasiva*<sup>384</sup>.

Há, portanto, tendência visível à tolerância do uso de ativismo judicial na criação de tutela estrutural, como forma de persuasão argumentativa, para obter a mobilização de atores sociais.

Assim, com nova roupagem, o ativismo é disfarçado por argumentos persuasivos de decisões judiciais que pretendem ser catalisadoras de reformas estruturais.

---

<sup>383</sup> GARAVITO, César Rodriguez. El activismo dialógico (...), p. 10.

<sup>384</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 284-285.

### 3.7. PROBLEMA DO ORÇAMENTÁRIO PÚBLICO

Um dos maiores óbices para a aceitação de processos estruturais é o da execução orçamentária.

O ponto fulcral se resume em se questionar se pode o Poder Judiciário obrigar o Poder Público a destinar verbas em orçamentos futuros, para concretizar a vinculação de dinheiro público na reforma estrutural.

O orçamento, sendo ferramenta de poder, reflete a disputa por recursos escassos de diversas forças, como a política, econômica e social, sendo que vem sendo impactado pela judicialização<sup>385</sup> das políticas públicas e pelo Poder Legislativo<sup>386</sup>.

O planejamento orçamentário é canal de comunicação e de participação nos processos decisórios relativos à alocação de tais recursos, o que o converte em espécie de “arena política” em que são juridicizadas e institucionalizadas as tensões sociais<sup>387</sup>.

Para início, o orçamento público é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e o meio para a materialização da Constituição Federal de 1988, incluindo-se a formulação e implementação de políticas públicas, atendendo direitos fundamentais, mantendo a Administração Pública e incentivando a economia produtiva do país<sup>388</sup>.

As regras devem ser seguidas.

Há, no entanto, algumas problemáticas na execução orçamentária no Brasil que, se não justificam a intervenção judicial por inteiro neste terreno pantanoso, também não podem excluir a interferência externa de modo absoluto.

Ocorre que no âmbito das ações coletivas de natureza reparatória (não estruturais), o dinheiro arrecadado nas ações judiciais é destinado a fundos, sendo o principal deles o Fundo de Direitos Difusos (FDD). A União o destina para fins diversos daqueles relacionados à reparação dos lesados, qual seja, utiliza subterfúgio ao não aplicar o dinheiro, computando-o na conta única do Tesouro Nacional como saldo, e com isso, destaca Edilson Vitorelli, cria a ilusão de equilíbrio fiscal, pois não sendo o dinheiro vinculado a despesa ou transferência obrigatória, ele divide com outras unidades da União a obrigação de fazer economia com o fim de reduzir

<sup>385</sup> No setor da saúde há estudos que mostram um aumento de 130% das demandas entre 2008 e 2017, ao passo que os processos em geral cresceram 50% no mesmo período. Os gastos do Ministério da Saúde para o cumprimento de decisões judiciais aumentaram 1.205% entre 2010 e 2016. In RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 106.

<sup>386</sup> BALDO, Rafael Antonio. Democratização do orçamento público pela legalidade, legitimidade e economicidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 690.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 697.

<sup>388</sup> RIBEIRO, Ana Carolina Cardoso Lobo. O orçamento republicano e as emendas parlamentares. *Revista Tributária e de Finanças Públicas.*, ano 29, v. 150, 2021, p. 57.

a dívida líquida e equilibrar as contas públicas<sup>389</sup>. O FDD compõe o orçamento federativo, mas sua execução não é realizada adequadamente<sup>390</sup>.

As denúncias sobre o mau uso do dinheiro, que segundo a Leis Federais nº 7.347/1.985 e 9.008/1995 e Decreto nº 1.306/1.994 deveria ser destinado, em suma, para atender interesses coletivos e difusos, como a difusão da cultura, proteção do meio ambiente, do consumidor, dentre outros, apontam a distorção do uso para inflar a conta do *superavit* primário. Dos R\$ 1,9 bilhão arrecadados em um período de sete anos, menos de 3% foram aplicados para os fins determinados em lei<sup>391</sup>.

Nessa toada, a legislação de direito financeiro daria permissão para o contingenciamento de recursos, qual seja, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000)<sup>392</sup>.

Em uma primeira percepção, há pouca transparência ou comprometimento com a destinação do orçamento formado por condenações de ações coletivas, que visam à reparação de lesões a bens difusos e à própria reforma de políticas críticas, que não prescindem de investimento público.

Em uma segunda percepção, vê-se que o Poder Judiciário, por meio de condenações e aplicação de sanções pecuniárias em ações coletivas de natureza reparatória, destina dinheiro para compor o orçamento, e trata de não ferir regras de direito financeiro, mas, em contrapartida, o Poder Executivo distorce o uso dos recursos, em flagrante má-fé, pois basta alegar que o dinheiro será necessário para cumprir metas financeiras e fiscais.

Não fosse somente a questão da vinculação do FDD às políticas públicas e à implementação de reformas estruturais diversas, com devida destinação orçamentária a tais objetivos, ainda se tem a realidade brasileira do orçamento secreto.

Sabe-se que receitas e despesas devem atender ao princípio da legalidade, devendo ser estimadas por projeto de lei ordinária e debatido entre os representantes do povo no Congresso Nacional<sup>393</sup>.

---

<sup>389</sup> O autor traz os informes com base em Inquérito Civil Público n. 1.34.004.000625/2015-92 perante o 5º Ofício da Procuradoria da República no município de Campinas/SP. VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 468.

<sup>390</sup> Há discussão doutrinária para vincular parte de suas receitas ao custeio de provas periciais em ações coletivas. Em SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto do código brasileiro de processo civil coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.

<sup>391</sup> VASCONCELOS, Marcos de. Governo usa bilhões do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos para inflar o caixa. **Revista Consultor Jurídico**, 31 de março de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa>. Acesso em 20 de fev. de 2023.

<sup>392</sup> Ibid.

<sup>393</sup> RIBEIRO, Ana Carolina Cardoso Lobo. O orçamento (...), p. 58.

No entanto, apesar das previsões constitucionais acerca do orçamento, por meio de dispositivos detalhados e previstos na Seção II, Capítulo II do Título VI da Constituição Federal<sup>394</sup>, inclusive a existência de normas que atribuem impositividade às emendas individuais e de bancada sob determinados critérios e limites, na prática foi conferida impositividade às emendas de relator-geral, sem previsão normativa, importando na autorização para que montante de orçamento fosse destinado de modo livre e sem transparência para determinados redutos eleitorais, quer dizer, se está diante do orçamento secreto<sup>395</sup>.

As emendas de relator, conforme a imprensa, foram usadas para arquitetar esquema de compras superfaturadas, abertura de estradas para benefício pessoal, além de destinação desconhecida dos recursos<sup>396</sup>.

Após alguns debates judiciais sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal autorizou, em sede de tutela liminar, a execução das emendas de relator nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 850, 851, 854 e 1.012, sob a justificativa de continuidade dos serviços públicos, ressalvado o julgamento de mérito pela inconstitucionalidade da prática no Tribunal Pleno, pendendo prazo de 90 dias para apresentação e publicidade das destinações de recursos das emendas de relator<sup>397</sup>.

Segundo doutrina especializada, não há, com estas emendas, garantia de que as programações orçamentárias sejam destinadas às necessidades mais urgentes de infraestrutura e compatíveis com uma visão global de desenvolvimento nacional e regional. Além do que permanecem na marginalidade, pois sem determinação de áreas mínima de aplicação, não se tornaram constitucionais, sendo regidas, por ora, em resolução, declarada inconstitucional pelo Supremo<sup>398</sup>.

Em 2022, mais de nove bilhões de reais compuseram as emendas de relator, cujo investimento seguiu total discricionariedade, assim, 21% de todos os recursos para investimento estarão sob comando do relator, que não é compatível com o princípio da impessoalidade, abrindo-se espaço para tratamento clientelista do orçamento, denotando a sanha de o Congresso

---

<sup>394</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 11 jan. de 2023.

<sup>395</sup> RIBEIRO, Ana Carolina Cardoso Lobo. O orçamento (...), p. 58.

<sup>396</sup> Noticiado no “O Estado de São Paulo”, em 2021. In RIBEIRO, Ana Carolina Cardoso Lobo. O orçamento (...), p. 64.

<sup>397</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 850. Tribunal Pleno. Requerente: Cidadania. Intimado: Presidente da República. Relatora Ministra Rosa Weber. 19 dez. 2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>. Acesso em 20.fev. de 2023.

<sup>398</sup> RIBEIRO, Ana Carolina Cardoso Lobo. O orçamento (...), p. 68-69.

Nacional controlar parte significativa do orçamento sem seguir os requisitos constitucionais adequados<sup>399</sup>.

O modo como o orçamento, sobretudo federal, vem sendo conduzido, demonstra o pouco espírito de republicanismo, pois está longe de ser transparente, público e isonômico, vez que, especialmente as emendas de relator, capturam recursos subjetivamente e servem para fins eleitoreiros sem compromisso com o desenvolvimento do país<sup>400</sup>.

Espera-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal mitigue a prática, com responsabilização dos parlamentares que eventualmente descumpram a ordem.

Por outra vertente, o problema do uso do orçamento pelo Poder Judiciário é patente em julgamentos de ações individuais e que vinculam, a conta-gotas, mediante o uso de técnicas processuais como tutelas liminares e antecipatórias do mérito, os recursos públicos em desobediência à ordem de pagamentos por precatórios e requisições de pequeno valor. Muitas vezes, há a promoção de sequestro de valores em momentos anteriores ao trânsito em julgado das lides, em postura que contradiz a Constituição, que pugna pela programação orçamentária e obediência, como se disse, às regras de direito financeiro.

Vislumbra-se, ainda, a distorção dos gastos públicos, com realocações contínuas de recursos para beneficiar sujeitos determinados, em violação ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da legalidade<sup>401</sup>, só porque o indivíduo ajuizou ação.

Os juízes não são ordenadores de despesas públicas<sup>402</sup>, tampouco os parlamentares e a União podem dispor da coisa pública como bem entenderem.

As intervenções mal concebidas no orçamento nacional, como se verifica, vem ocorrendo pelos três poderes da federação.

Há que se achar o meio termo destas posturas, à luz da execução orçamentária e de suas regras, pois sendo instrumento da federação a serviço do povo, não mais se sustenta o Estado

---

<sup>399</sup> RIBEIRO, Ana Carolina Cardoso Lobo. O orçamento (...), p. 71.

<sup>400</sup> Ibid., p. 74.

<sup>401</sup> BALDO, Rafael Antonio. Democratização (...), p. 703.

<sup>402</sup> Termo referido por Fernando Facury Scaff. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 144 citado por BALDO, Rafael Antonio. Democratização (...), p. 702, nota 34.

*leviatã*<sup>403</sup>, pois desde a Grande Depressão, os governos necessitam considerar os problemas sociais<sup>404</sup>, inclusive no Brasil, o clientelismo deverá (também) ser superado.

Este movimento de ingerência de outros poderes no orçamento público demonstra que a sua elaboração e execução deixam de ser domínio exclusivo do Poder Executivo para se submeter às mais diversas forças, alterando a dinâmica do funcionamento dos poderes, a forma de participação da sociedade na condução da *res publica*<sup>405</sup>.

### 3.7.1. Proposta para a vinculação orçamentária nos processos estruturais

Se o processo estrutural for movido por procedimento que permita a participação do poder Executivo, pelo menos, com a busca de consenso e uso de mecanismos deliberativos de decisão, não há óbice para que o juiz promova a vinculação de parcela do orçamento destinada à reforma e reestruturação da política pública *future*, submetendo o Estado aos valores da legalidade e legitimidade<sup>406</sup>, próprios do processo judicial.

A determinação de inclusão, em proposta orçamentária subsequente, de verbas para o custeio da reforma estrutural é um tipo de solução elaborada pela doutrina, que busca aplicação de tutela específica e de medidas executivas atípicas<sup>407</sup>.

Neste contexto, se pugna pela participação, pelo menos como terceiro interessado, do Tribunal de Contas, para que forneça elementos precisos ao magistrado, como a avaliação de um plano de trabalho do cronograma proposto pelo gestor, com avaliação técnica de cada etapa, já que além de ter conhecimentos amplos sobre o orçamento é órgão de controle, que muito contribui para a legitimação das decisões em processos estruturais<sup>408</sup>.

---

<sup>403</sup> Caso ilustrativo, envolvendo a Universidade de São Paulo e a pílula do câncer, resultou no ajuizamento de mais de 13 mil processos individuais, nos quais os juízes, amparados por *fake News* e pelo clamor popular, deferiram liminares para que a universidade fornecesse a substância aos pacientes, mesmo sem estudo conclusivo sobre a eficácia da medicação. Algumas decisões impuseram multas que chegaram a milhões de reais. No Supremo Tribunal Federal, no RE 657-718/MG ficou estabelecido entendimento contrário à obrigação do Estado fornecer medicamentos experimentais, salvo o cumprimento de requisitos: i) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; ii) inexistência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. A decisão do STF poupa o orçamento público e o desperdício de dinheiro em razão de decisões judiciais em ações individuais e ativistas. In CARVALHO, Osvaldo Ferreira de, SOUZA, Gustavo de Assis. *Desarmonia (...)*, p. 360.

<sup>404</sup> BALDO, Rafael Antonio. *Democratização (...)*, p. 692.

<sup>405</sup> *Ibid.*, p. 691.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 691.

<sup>407</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil (...)*, p. 456.

<sup>408</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 234-239 *apud* MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. *Negócios jurídicos (...)*, p. 74.



Nessa seara, qual seja, sobre a importância do Tribunal de Contas e sua ampla função de fiscalização, que em muito pode contribuir com informes em processos estruturais, escoreita as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O Texto Constitucional brasileiro esteve acordado com esse hiperdimensionamento das funções do Estado, sobretudo no que atina à sua participação como protagonista direto, subjetivado, pessoal das atividades econômicas; isso vai se refletir claramente na seção atinente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária (...). Nesse passo, aliás, de todo modo, não custa sublinhar, o Tribunal de Contas é fiscalizador da ação administrativa do Executivo, do Judiciário e do próprio Poder Legislativo<sup>409</sup>.

É imprescindível, neste contexto, que a decisão judicial seja informada sobre a receita orçamentária disponível, bem como sobre a execução de eventual política pública ou programa de governo relacionado ao processo estrutural, mitigando o risco de prolação de decisões inexecutáveis que deslegitimam o Poder Judiciário<sup>410</sup> e dando azo à formação de programação orçamentária<sup>411</sup>.

Mesmo porque a questão orçamentária não quer denotar que o Poder Público é desmazelado quanto à implementação de política pública, mas limitações decorrem da priorização de outras emergenciais, planejadas pelo agir governamental intersetorial e interdisciplinar<sup>412</sup>. O Tribunal de Contas poderá, como órgão de fiscalização, contribuir para a formação da decisão judicial, já que dispõe de conhecimento técnico sobre vários aspectos da ação governamental<sup>413</sup>.

O processo judicial de natureza estrutural e coletiva, além de promover a judicialização da política, é canal para que a politização da administração seja menos pressionada. Figura como instrumental, em uma visão microinstitucional<sup>414</sup>, para a realização do ideal de

<sup>409</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Função controlada do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 24, p. 451-458, 2023, p. 454.

<sup>410</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (org.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil**. 1ª ed. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2017, v. 1, p. 14.

<sup>411</sup> Isto porque o cumprimento de decisões judiciais em curto prazo de tempo não se compatibiliza com a obediência a rígidos trâmites burocráticos, de disponibilidade orçamentária e financeira, avaliações de mercado e comunicação intersetorial. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**, vol. 212, 2012, p. 33

<sup>412</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” (...), p. 32.

<sup>413</sup> O Tribunal de Contas da União, por exemplo, elaborou um modelo de avaliação de governança em políticas públicas composto por oito componentes, que são: Institucionalização, Planos e Objetivos, Participação, Capacidade Organizacional e Recursos, Coordenação e Coerência, Monitoramento e Avaliação, Gestão de Riscos e Controle Interno, *Accountability*. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas. Brasília: TCU, 2014, 91p., p. 41.

<sup>414</sup> O foco recai sobre a ação governamental dos indivíduos por meio de diferentes processos que conjugam competências, objetivos e meios, levando à formação de políticas públicas. In BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23-48, *apud* BALDO, Rafael Antonio. Democratização (...), p. 696, nota 13.

participação, mesmo que diluída, para alcançar o funcionamento operacional do Estado, sob o viés da legalidade<sup>415</sup>.

Nele se poderá contemplar maior transparência no uso e na distribuição de parcela orçamentária, pois estabelece o direito ao contraditório, isto é, as decisões não devem ser arbitrárias, nem unilateralmente tomadas pelo Estado juiz, sendo que a reserva orçamentária deve ser feita prospectivamente, para que se obedeça ao sistema orçamentário estabelecido na Constituição<sup>416</sup>.

Sob este ponto de vista, o Poder Executivo, comprometido com o bem-estar coletivo, poderá buscar a aprovação de verbas vinculadas a determinada bancada ou emenda individual impositiva, para lograr, em último caso, êxito na implementação de promessas políticas de campanha, com escorço em decisões judiciais de natureza estrutural.

Em um viés diverso, intentar a vinculação de receitas do orçamento participativo em prol da implementação de decisões judiciais originárias de processos estruturais, mitigando a antiga noção de discricionariedade no uso da verba pública, para vinculá-la a políticas realistas, fiscalizadas e de demanda da sociedade, chegadas por meio do Poder Judiciário, aumentando o grau de impositividade do orçamento público, para ser transformado em ferramenta com capacidade de influir concretamente no plano ontológico<sup>417</sup>.

O processo estrutural pode ser usado como estratégia para alcançar esta impositividade orçamentária para o futuro, reforçando seu potencial democrático, mitigando o desvio clientelista que ainda se verifica na sua execução.

Neste aspecto, o processo estrutural poderá passar pelo tríplice teste de conformidade orçamentária, nos termos de doutrina especializada, a exemplo de Rafael Baldo, quais sejam:

Conformidade de natureza legal, pois mitiga a discricionariedade do Poder Executivo, vez que a decisão judicial incorpora medidas alinhavadas pelos atores processuais, vinculando receitas futuras ou prospectivas a políticas públicas relevantes;

Conformidade de economicidade gerencial, pois os atores processuais produzem planos para execução da decisão judicial estrutural, inclusive com diretrizes regulatórias (processo participativo) para cessar as violações de direitos constatadas;

Conformidade de legitimidade democrática, dado que o processo coletivo estrutural apresenta potencial de atender questões complexas em um quadro de interesses jurídicos

---

<sup>415</sup> BALDO, Rafael Antonio. Democratização (...), p. 696.

<sup>416</sup> Ibid., p. 702.

<sup>417</sup> Alguns dos instrumentos que flexibilizam (a execução) o orçamento são: créditos adicionais suplementares e especiais, transferências, remanejamentos e transposições orçamentárias, limitação de empenho, em alteração da dinâmica do funcionamento da tripartição de Poderes. Ibid., p. 699.

diversos, dotados de voz por meio de representação e mecanismos de participação direta, mediante exercício do contraditório substancial<sup>418</sup>.

Finalmente, a combinação das regras do orçamento com as regras do processo civil, de enfoque estrutural, poderá mitigar o papel ativista judicial, adequando-se as decisões à legalidade. Inafastável é a ocorrência de intervenções, sendo que o ponto nodal é como ela poderá ser feita, sem prejuízo da legalidade.

### **3.8. A REGULAÇÃO E A GOVERNANÇA A SERVIÇO DO PROCESSO ESTRUTURAL BRASILEIRO**

Necessário que se considerem os arcabouços normativos e inerentes às formulações de políticas, de qualquer esfera governamental, não se excluindo a privada, sob o ponto de vista da governança, que é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais do país, com vistas ao desenvolvimento<sup>419</sup>.

A capacidade operacional das organizações, sobretudo da burocracia governamental, deve ser perquirida em juízo, vez que não se pode descartar, no âmbito do processo judicial, a regulação existente sobre determinado tema e a existência de canais institucionalizados, legítimos e eficientes de mobilização e envolvimento da comunidade na elaboração e implementação de políticas<sup>420</sup>.

No Brasil há inúmeras agências e entidades com competência administrativa para implementar direitos coletivos *lato sensu*, para baixar atos administrativos e agir de ofício quando há violação, mas há um problema de implementação de direitos, e o Judiciário é instado para operacionalizar assuntos que são inoperantes<sup>421</sup>.

Assim, no processo estrutural há uma espécie de governança em rede orientada a resultados, e por isso, o processo somente trará benefícios se houver contribuição das partes para geração de valor público, demandando o desenvolvimento de capacidades e de relacionamentos interinstitucionais<sup>422</sup>.

---

<sup>418</sup> As três conformidades orçamentárias foram transpostas para defesa do processo coletivo estrutural. Referência em: BALDO, Rafael Antonio. Democratização (...), p. 703-704.

<sup>419</sup> BANCO MUNDIAL. **Governance: the World Bank's experience**, 1994 *apud* BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas. Brasília: TCU, 2014, 91p., p. 26.

<sup>420</sup> AZEVEDO, Sérgio; ANASTASIA, Fátima. **Governança, "Accountability" e Responsividade**. São Paulo: Revista de Economia Política, vol. 22, nº 1, 2002 *apud* BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas. Brasília: TCU, 2014, 91p., p. 28.

<sup>421</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro (...), p. 69.

<sup>422</sup> MARINI, Caio; MARTINS, Humberto Falcão. **Uma metodologia de avaliação de políticas de gestão pública**. XI Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de

Por isso, tomando algumas das noções mais contemporâneas de governança, não se pode escapar do modelo cooperativo e dialogado de processo, já que projetos e políticas são desenhados por meio de procedimentos participativos e grande esforço profissional interdisciplinar.

Bom lembrar que a governança contempla atores da sociedade civil como partes essenciais do processo de governo, transcendendo a figura do Estado (juiz, administrador e legislador). Assim, qualquer coletividade, pública ou privada, que se utilize de mecanismos formais ou informais de direção para demandar soluções, estruturar objetivos, direcionar problemas, buscar efetivação de políticas públicas e gerar confiança<sup>423</sup>, deve participar do processo.

A doutrina especializada refere que redes de políticas públicas são formas de interação entre atores públicos e privados, sustentando que a cooperação é o melhor modo de se alcançar metas comuns:

Redes de políticas públicas são um conjunto de relações relativamente estáveis de natureza não hierárquica e interdependente ligando uma variedade de atores que compartilham interesses comuns em relação a uma política e trocam recursos com o objetivo de perseguir estes interesses comuns conscientes de que a cooperação é o melhor modo de se alcançar as metas comuns<sup>424</sup>.

Outrossim, a governança em redes é articulação horizontal de atores interdependentes, mas operacionalmente autônomos<sup>425</sup>, que deve ser considerada nos processos judiciais estruturais relativos a políticas públicas, especialmente.

Neste contexto, não se podem desprezar normas específicas vindas da regulação específica de temas que são próprios da Administração Pública, já que arranjos institucionais dizem respeito a estruturas, processos, mecanismos, princípios, regras e normas<sup>426</sup>.

As agências reguladoras são instituições que canalizam as demandas de eficiência e de legitimidade, e algumas admitem participação da sociedade na disciplina do mercado, a exemplo da Anatel, que utiliza mecanismos de consulta pública<sup>427</sup>.

---

Guatemala, 7-10, 2006 *apud* BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas. Brasília: TCU, 2014, 91p., p. 28.

<sup>423</sup> PROCOPIUCK, Mario. **Políticas Públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e rede de políticas públicas, administração judiciária**. São Paulo: Atlas, 2013; DIAS, Reinaldo. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012 *apud* BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas. Brasília: TCU, 2014, 91p., p. 29.

<sup>424</sup> BÖRZEL, 1998 *apud* SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 254

<sup>425</sup> PROCOPIUCK, Mario. Políticas Públicas (...), p. 30.

<sup>426</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas. Brasília: TCU, 2014, 91p., p. 32.

<sup>427</sup> BALDO, Rafael Antonio. Democratização (...), p. 695.

Nos Estados Unidos, as normas elaboradas pelas agências reguladoras tornam quaisquer tipos de litígios com imanente interesse público e isto significa que a sociedade como um todo quer que as regras sejam aplicadas. Neste sentido, há interesse público no resultado dos processos, qualquer que seja o seu objeto, sendo correto admitir que o interesse público não é qualificativo exclusivo dos processos estruturais<sup>428</sup>.

### **3.9. PROCESSO ESTRUTURAL COMO EVOLUÇÃO CONTEXTUAL DO VELHO MODELO DE LITÍGIO**

O controle judicial de políticas públicas e de casos complexos, como são os estruturais, é decorrência natural da organização da sociedade civil e da imprensa, pois aumentando os mecanismos de controle social, submetem o Poder Judiciário às críticas inerentes ao exercício do poder político, crescendo a necessidade de os juízes convencerem a opinião pública de que seus atos são legítimos<sup>429</sup>.

Neste cenário se quer focar a responsabilidade finalística do juiz, pois não só realiza a subsunção do fato à norma, mas examina se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação de resultados<sup>430</sup>.

Na sociedade tecnológica ainda se percebe que houve uma alteração no sentido dos controles políticos e sociais que são dirigidos prospectivamente, quer dizer, imperam valores de eficiência dos resultados e da probabilidade de sua consecução, no que o Judiciário passa a querer viabilizar o Direito para o futuro<sup>431</sup>.

Como se viu, os processos estruturais são vistos como nova forma de litigar, por ter um enfoque preocupado com a cessação de violações de direitos, sobretudo, no futuro, deixando o viés de aplicação de regras de responsabilização em segundo plano, tradicionalmente usadas no modelo adversarial. Mas também levam a pecha por promoverem ativismo judicial e serem intrusivos dos negócios de outros entes.

Eisenberg e Yeazell, neste sentido, confrontam argumentos que são reiteradamente suscitados, demonstrando que as novas técnicas processuais cogitadas para a implementação da reforma estrutural nada mais são do que evolução do que já é intrusivo historicamente, na esfera

---

<sup>428</sup> MARCUS, Richard. Public Law Litigation and Legal Scholarship (...), p. 670-671.

<sup>429</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo (...), p. 273.

<sup>430</sup> Ibid., p. 270.

<sup>431</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito Constitucional. Barueri: Manole, 2007, p. 404-5.

jurídica de partes processuais. Destacam que o processo tradicional não é desprovido de medidas extraordinárias e tampouco o estrutural é genuinamente novo<sup>432</sup>.

A fama dos processos estruturais, como já foi constatado, se dá pelo rol de matérias, sobretudo concernentes às políticas públicas estatais. A litigância convencional costuma abordar temas que são, na maioria das vezes, diversos das discussões travadas em litígios estruturais, e pouco se cogita da discricionariedade judicial, pois a resolução advém da fixação de condenações em dinheiro para prevenção de novos litígios<sup>433</sup>.

Para os autores, a litigância, em si, é um evento anormal e extraordinário. Ninguém deseja ser processado, pois experiencia um sem-fim de dissabores em períodos longos. As cortes, portanto, existem para resolver disputas, sempre com algum grau de hostilidade<sup>434</sup>.

Neste cenário, é negligenciado o nível de detalhamento, coerção e de técnicas intrusivas que o sistema tradicional aplica sobre litigantes intransigentes, mas que se tornaram tão comuns, que ficaram invisíveis para o operador do Direito. Quer-se dizer que a nova forma de litigar, ou processo estrutural, trata de usar procedimentos familiares em novos contextos.

Um exemplo milenar de intrusão e exercício de poder e coerção é a penhora de bens e sua apreensão para depósito em mãos de terceiros, antes mesmo, em certas situações, da decisão de mérito<sup>435</sup>.

Mecanismos processuais extraordinários e complicados existem e não são questionados no modelo adversarial, porque são aplicados em procedimentos que lidam com certos tipos de intransigência, como é a submissão a interrogatórios e prestação de depoimentos e exames de sanidade, sendo que a cada dia novos procedimentos surgem<sup>436</sup>.

No Brasil, tem-se a atual possibilidade de concessão de tutelas sumárias satisfativas, sem a necessidade de ajuizamento de ações principais, bem como o uso da execução provisória, que não se pode negar, são medidas bastante intrusivas sobre a esfera jurídica do executado, mas necessárias para resguardar os direitos em disputa<sup>437</sup>.

---

<sup>432</sup> EISENBERG, Theodore; YEAZELL, S. C. The ordinary (...), p. 488.

<sup>433</sup> Ibid., p. 472-474.

<sup>434</sup> Ibid., p. 472-474.

<sup>435</sup> EISENBERG, Theodore; YEAZELL, S. C. The ordinary (...), p. 478. No Brasil, o exemplo seriam as medidas cautelares ou acautelatórias. MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela cautelar a tutela antecipatória. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, nº 1, 2013, p. 430.

<sup>436</sup> EISENBERG, Theodore; YEAZELL, S. C. The ordinary (...), p. 475-476.

<sup>437</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela cautelar (...), p. 440-442.

Ainda, o procedimento mais agressivo de consolidação de propriedade alienada extrajudicialmente, previsto na Lei Federal ° 9.514/1997 (artigo 26)<sup>438</sup>, deixa transparecer a nítida invasão da esfera jurídica do réu.

Na Itália, a discussão sobre processos envolvendo técnicas de cognição plena e exauriente em contraposição àqueles de cognição sumária, reiniciada no início do século XX, mostra que o processo atua em contextos diversos historicamente e que a intervenção mais ou menos agressiva do poder estatal depende do que se espera por ser mais efetivo, em termos de tutela de direitos<sup>439</sup>.

Quanto à administração judicial do procedimento, ele se desenrola desde os anos 1970 nos Estados Unidos, com o objetivo de permitir a adjudicação mais rápida. Há muitos anos, a delegação de atos ocorre mediante corriqueira participação de leiloeiros e avaliadores em atos executivos. A supervisão de cumprimento de decisões ocorre há anos, por meio da figura dos *sheriffs*, varas e empresas especializadas etc., ou seja, há alguma figura que serve como *longa manus* na execução de ordens judiciais e seu acompanhamento<sup>440</sup>.

Nem tão atual, mas renovada, é a discussão do gerenciamento processual à luz do uso de instrumentos que promovam soluções concertadas, vez que em um cenário mais informado, o juiz tem maior poder de persuasão para concitar as partes ao uso de alternativas na solução de litígios complexos<sup>441</sup>.

Assim, seria injustificável ter-se a resistência ao uso dos remédios estruturais, tendo em vista que o contexto se alterou, mas a forma não, pois medidas intrusivas são usadas no processo judicial com constrição de direitos diversos a depender do contexto histórico.

Quer dizer, o novo está inserido no velho. Atualmente, se nota clara tendência de as cortes permitirem uma pausa processual antes de ordenar medidas ou ordens judiciais que interfiram na esfera jurídica de outro poder, sobretudo da Administração<sup>442</sup>, para que os réus viabilizem soluções institucionais compatíveis com mandamentos constitucionais, evitando a supervisão judicial direta, por meio de ordem judicial estrutural mais intrusiva.

No Brasil, tudo dependerá do ponto de vista do legislador e da cultura judicial brasileira no novo contexto processual, pois como se denota de alguns exemplos triviais, a supervisão

---

<sup>438</sup> BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19514.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm). Acesso em 20 de fev. 2023.

<sup>439</sup> PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla Tutela Sommaria (Note de *iure condito* e *de iure condendo*). In: **I Processi Speciali (Studi Offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi)**. Napoli: Jovene, 1979, p. 312-314.

<sup>440</sup> EISENBERG, Theodore; YEAZELL, S. C. The ordinary (...), p. 478.

<sup>441</sup> MARCUS, Richard. Public Law Litigation and Legal Scholarship (...), p. 679.

<sup>442</sup> EISENBERG, Theodore; YEAZELL, S. C. The ordinary (...), p. 493.

judicial, a reorganização de entidades e a intervenção mais agressiva do Poder Judiciário em esfera jurídica alheia não são novidades no processo. Novidade é a tentativa de uso de procedimentos mais longos, com etapas de maior participação dos agentes e comprometimento do Poder Judiciário com soluções consertadas e conversadas com diversas esferas de Poder.

Se os compromissos devem ser evitados em esfera processual, então os processos estruturais não passarão de instrumentos de valor meramente simbólico.

### 3.10. CONCLUSÕES PARCIAIS

a) o ativismo judicial é fenômeno inevitável no modelo processual adversarial. No Brasil, as inúmeras promessas constitucionais, muitas delas ainda não implementadas após 35 anos de sua promulgação, intensificam o fenômeno. Estimula a prática, o ajuizamento de demandas individuais, tratando temas estruturais;

b) no Brasil, a alta litigiosidade demanda o estudo e a pesquisa de alternativas ao modelo adversarial de processo, preferindo-se o molde das ações coletivas e objetivas, dotadas de efeitos *erga omnes*, para mitigar a prática ativista;

c) as cortes continuam tendo papel relevante na resolução de disputas envolvendo temas estruturais, que são complexos por natureza, pois são instrumentos de governo<sup>443</sup>. Inviável, a princípio, a limitação material<sup>444</sup> nos processos estruturais, sendo aceitável a conformação procedimental para lidar com assuntos difíceis e polêmicos e, nessa linha, a redistribuição da autoridade e hierarquia no contexto da adjudicação<sup>445</sup>;

d) a conclusão parcial é que temas estruturais são enfrentados nas cortes e é necessário que sejam adequados instrumentais no âmbito do processo, bem como reconfigurado o papel do juiz, para mitigação do ativismo judicial, preocupado em impor soluções sem contrapartida em resultados sólidos.

---

<sup>443</sup> YEAZELL, Stephen C. The misunderstood consequences of modern civil process. **Winsconsin Law Review**, 1994, nº 3, p. 631.

<sup>444</sup> Nos Estados Unidos há o debate entre democratas, que são favoráveis à litigiosidade, enquanto os republicanos, são contrários, com doutrina que tende a limitar os temas levados ao Poder Judiciário para análise. O grau de litigiosidade civil e os impactos na vida norte-americana vem sendo alvo de discussões a partir dos anos 1970, alçando o tema da reforma legal em diversos setores, especialmente para vetar abusos de litigiosidade em assuntos não significativos, pois os custos da Justiça tiram dinheiro de outras áreas carentes de investimentos públicos. In YEAZELL, Stephen C. Unspoken truths (...), p. 1763.

<sup>445</sup> YEAZELL, Stephen C. The misunderstood (...), p. 631.





## **4. PERSPECTIVAS E TENDÊNCIAS DO PROCESSO ESTRUTURAL BRASILEIRO**

O presente capítulo pretende demonstrar quais são as expectativas da doutrina na adoção do processo estrutural, sobretudo os mecanismos procedimentais disponíveis e elaborações para que a legislação seja incrementada, para permitir-se certa flexibilização dos meios, para que se chegue à reforma estrutural pelo meio judicial.

Refletindo sobre a doutrina clássica do processo coletivo, se verificam as mesmas preocupações dos doutrinadores mais recentes em relação ao tema do processo estrutural, sendo certo que se vislumbra, a novidade não é tão nova. Afinal, nada há de novo debaixo dos céus.

No entanto, a luta pelo aperfeiçoamento do processo não tem idade, pois esta busca constante é obrigação de trato sucessivo, pois a vida e o tempo não param. Se o processo judicial trata de vidas, não deve parar.

O processo estrutural não promove verdadeira reforma estrutural sozinho, mas depende das instituições de poder, das partes envolvidas e da multiplicidade de interessados que estão implicados com a causa, que precisam usar o mecanismo processual para a mudança, como se arma fosse de alteração da realidade. Se apenas alguns se utilizam do instrumento como meio de mudança, não se chega a lugar algum.

Quer-se dizer que o resultado do processo estrutural depende do engajamento, disposição e esforços mútuos daqueles que participam no cenário processual, sob pena de ser o tipo somente mais um símbolo do poder estatal, que nada acrescenta ao plano dos fatos.

### **4.1. REPENSANDO O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO PARA OS LITÍGIOS COMPLEXOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

A litigância civil cada vez mais crescente, abrangente de temas e assuntos mais diversificados, envolvendo múltiplos interesses e grupos, se justifica sob o argumento de que é via para implementar direitos que órgãos regulatórios, grandes corporações privadas e governamentais não foram capazes de fazer.

Neste cenário, processos judiciais e o sistema de Justiça surgem como camada adicional de responsabilidade e ajuda os consumidores do serviço à obtenção de informações e providências de implementação de direitos<sup>446</sup>.

---

<sup>446</sup> YEAZELL, Stephen C. Unspoken truths (...), p. 1764.

O modelo adversarial no Brasil é o preferido, especialmente o individual, pois traz vantagem para uma gama de profissionais, como despesas, custos e honorários, e maior agilidade na obtenção da tutela<sup>447</sup>, mas também é problema em vários países, já que a manutenção do sistema é cara e importa a destinação de verba orçamentária relevante que pode significar a carência de outras áreas<sup>448</sup>.

Nessa seara, o caráter instrumental do processo exige antes de tudo que ele se adapte às exigências de cada um dos direitos, para que não se torne inútil. Assim, diante da atual complexidade dos ordenamentos, não há um modelo único de processo que sirva a todos os direitos, por isso, a denominada crise do procedimento ordinário, no que é necessário projetar-se modalidades diferenciadas de tutela para adaptação do procedimento às especificidades de cada causa<sup>449</sup>.

O desenvolvimento de mecanismos de tutela de direitos transindividuais, que são direitos pertencentes a grupos ou classes de pessoas indeterminadas e materialmente indivisíveis, bem como dos instrumentos para a tutela da ordem jurídica<sup>450</sup> são novas perspectivas no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, que precisam ser exploradas à luz dos processos estruturais, fugindo dos mecanismos de tutela de direitos subjetivos individuais.

O que importa salientar é que as reformas do ordenamento processual civil vêm dando ênfase à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva<sup>451</sup>.

A origem dos instrumentos do processo coletivo, diga-se, é da *common law*, especialmente a tutela coletiva de direitos, pois desde o século XVII os tribunais de *equity* admitiam o *bill of peace*, um modelo de demanda que propugnava pela representação de determinados grupos de indivíduos, dando origem à *class action*, ou moderna ação de classe e difundida nos Estados Unidos<sup>452</sup>.

Afirma, nesta toada, José dos Santos Carvalho Filho:

Consta entre os historiadores que na Inglaterra teriam sido iniciados os primeiros conflitos de interesses de natureza coletiva. O primeiro caso, ocorrido por volta do ano de 1199, teria sido o relativo à pretensão formulada pelo pároco Martin perante a Corte Eclesiástica de Canterbury em face dos paroquianos de Nuthamstead, formadores de um grupo específico de pessoas, a qual consistia no direito a oferendas e serviços diários. Outros casos se

---

<sup>447</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de, SOUZA, Gustavo de Assis. *Desarmonia (...)*, p. 356.

<sup>448</sup> YEAZELL, Stephen C. *Unspoken truths (...)*, p. 1763.

<sup>449</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Fundamentos do processo (...)*, p. 11.

<sup>450</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2008, p. 13.

<sup>451</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo (...)*, p. 13.

<sup>452</sup> *Ibid.*, p. 16.

sucederam, e as ações coletivas passaram a ser mais frequentes nos séculos XIV e XV<sup>453</sup>.

Na tradição da Europa continental, a preocupação com a proteção do meio ambiente e do consumidor pôs em xeque o modelo tradicional adversarial, para novas formas de tutela, sobretudo na legitimação ativa e em relação à coisa julgada<sup>454</sup>.

O Brasil, contudo, e conforme já aventado, protagonizou verdadeira revolução na criação de instrumentos de tutela coletiva, e desde a década de 1970, por meio da ação popular, viabilizou a possibilidade de tutela de bens e direitos de natureza difusa. Com a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 chegou a *ação civil pública*, que inaugurou um novo subsistema de processo, pois trouxe a tutela de uma espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por estarem situados no domínio jurídico de uma coletividade<sup>455</sup>.

Melhor dizendo, no âmbito de proteção, o Brasil tem instrumentos adequados para a tutela de direitos coletivos, que são aqueles subjetivamente transindividuais, ou sem titular determinado e materialmente indivisíveis, mas que comportam sua aceção no singular, para fins de tutela jurisdicional. É possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo, pois esta é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*<sup>456</sup>.

Ainda, os direitos transindividuais, ao ultrapassarem a barreira do individual, apresentam-se como “direitos públicos em plano de restringência”, pois, segundo Dorival Moreira dos Santos:

São direitos materialmente públicos, mas de núcleo mutante, de forma que se tornam públicos porque possuem objeto público que transcende o limite do direito individual, passando do ramo privado para o público em sentido estrito. Por isso é que são titulados direitos de terceira geração e na medida em que assumem posição intermediária entre o público e o privado afirmam a ambos, não esvaziando o direito público, como pretendem alguns, mas repisando que existem direitos inerentes ao bem comum em sua integralidade (direito público), outros de interesse de particulares isolados (direito privado) e ainda outros que assumem posição mutante (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), pois embora se refiram igualmente ao bem comum, relativizam-se na medida em que pode encontrar-se limitado a relações entre grupos, classe e categoria de pessoas contrapostas entre si, ou unidas em proporção de grande vulto, mas nem sempre na integralidade<sup>457</sup>.

---

<sup>453</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública. Comentários por artigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 04 apud SOUZA, José Augusto. Tutela Coletiva de Direitos. FGV DIREITO RIO, 2018.2, 156f, p. 05.

<sup>454</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo (...), p. 21.

<sup>455</sup> Ibid., p. 23.

<sup>456</sup> Ibid., p. 27.

<sup>457</sup> SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto do código (...), p. 49.

Nesse parâmetro, não destoia da tutela coletiva aqueles direitos difusos, fluídos, de difícil identificação, já que estão contemplados em categoria própria, nos termos da doutrina de Rodolfo Camargo Mancuso, para quem tais direitos têm ínsita conflituosidade interna, como característica marcante. Assim, apesar de doutrina defender que os processos estruturais não encontrariam adequação no universo dos processos coletivos, pensamos que o entendimento deve ser diverso, dada a fluidez reconhecida na seara de interesses ou direitos difusos.

Diz o doutrinador a respeito:

Interesses difusos são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluído, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g. o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. os consumidores)<sup>458</sup>.

Os interesses ou direitos difusos se encontram presentes em demandas complexas, nas quais há natureza multifacetada e pluridisciplinar de problemas, como são os casos de acidentes com barragens e desastres de grandes proporções, ou envolvendo questões ambientais diversas.

Aborda Teori Albino Zavascki que as situações jurídicas novas assumem configurações insuscetíveis de serem imediatamente apropriadas por modelos legais ou doutrinários, sendo apresentáveis de forma cumulada<sup>459</sup>, já que no mundo dos fatos, pode surgir a necessidade de reparação de lesados presentes (direitos individuais homogêneos) ou de grupo (coletivos *stricto sensu*) ou em face de pessoas indeterminadas, com potencial de serem atingidas no futuro (direitos difusos).

Neste sentido, se o operador do Direito se deparar com situações jurídicas heterogêneas, que são aquelas em que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou em forma cumulada de ambos, dependendo das circunstâncias de fato, o aplicador do direito deverá adequar os interesses especialmente no plano do procedimento, mediante o uso do princípio da adequação das formas:

A existência de situações desse jaez, que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma as distinções antes empreendidas, nem desautoriza o esforço metodológico que se deve desenvolver no trato doutrinário da matéria. Quando as peculiaridades do fato concreto não podem ser subsumidas direta e imediatamente nos gêneros normativos existentes nem submetidas aos padrões conceituais pré-estabelecidos, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente no plano dos

---

<sup>458</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In MILARÉ, Édis (org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**, 2005, p. 521-528 *apud* SOUZA, José Augusto. Tutela Coletiva de Direitos. FGV DIREITO RIO, 2018.2, 156f, p. 16-17.

<sup>459</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo (...), p. 33.

procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso. Também no domínio do processo coletivo, que, como todo processo, tem vocação essencialmente instrumental, há de imperar o princípio da adequação das formas: o instrumento deve ser amoldado para servir a seus fins. Nesses momentos, mais do que em qualquer outro, é indispensável que o juiz assuma efetivamente seu papel condutor e dirigente, o que inclui a tarefa de ordenar as situações novas, valendo-se para tal fim, dos recursos hermenêuticos e das linhas de princípios que o sistema oferece<sup>460 461</sup>.

O processo estrutural abarca, ao mesmo tempo, diversas demandas no espectro coletivo e individual homogêneo, e, neste sentido, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação no processo estrutural para viabilizar a tutela jurisdicional oportuna, para além da adequação das formas, sejam inclusos o diálogo e a cooperação ao longo de todo o procedimento<sup>462</sup>.

Há movimentação para a evolução do novo processo, considerando velhos comportamentos judiciais, isto é, se desloca a importância do julgamento da lide para a fase preparatória, pois na doutrina alienígena, sobretudo anglo americana, se verifica que grande parte dos processos complexos se encerra antes da sentença, ganhando relevância o modo como o procedimento é conduzido, especialmente se valendo de acertamento por acordos ou uso de mecanismos de resolução de disputas, com mediação das cortes<sup>463</sup>.

A alteração dos métodos de julgamento é tendência que vem sendo apontada como hábil para resolução de casos complexos, como os estruturais<sup>464</sup>.

Portanto, o processo estrutural se insere em um contexto técnico em desenvolvimento no país, inexistindo inovação substancial, pois a matéria neles tratada, referentes à reforma de instituições e estruturas, majoritariamente envolvendo políticas públicas, tem conteúdo transindividual, pertinentes a sociedade como um todo, não sendo exclusivos de um patrimônio jurídico determinado<sup>465</sup>.

---

<sup>460</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo (...), p. 45-46.

<sup>461</sup> No mesmo sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo (...), p. 34.

<sup>462</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 12

<sup>463</sup> MARCUS, Richard L. et al., Complex Litigation, p. 736-737.

<sup>464</sup> MARCUS, Richard L. et al., Complex Litigation, p. 739.

<sup>465</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo (...), p. 41.

## 4.2. ADOÇÃO DO MODELO COOPERATIVO E PARTICIPATIVO NO PROCESSO ESTRUTURAL

Deve-se admitir que o processo estrutural, que se propõe a trazer novas perspectivas na resolução de casos complexos e que envolve instituições sociais de profunda importância, deve ter seu curso procedimental adaptado. É tipologia de relevância especialmente nos países sulistas (apesar da origem norte-americana) e, em atendimento da doutrina mais progressista que o vê como instrumento de melhoria institucional e estratégia de mudança social<sup>466</sup>, assim deve ser estudado.

Com enfoque na resolução dos problemas, o processo estrutural considera secundária a determinação da verdade e a fixação de responsabilidades; a tutela tende a mirar organizações e sistemas que envolvem participantes com diferentes perspectivas e interesses e a participação na formulação do remédio é valor que concita as autoridades públicas (ou privadas) à cooperação para respeitar o que acordado<sup>467</sup>.

Nesse parâmetro, é necessário redesenhar algumas linhas tradicionais vindas do modelo adversarial, migrando para um modelo procedimental que inclua fases de natureza cooperativa, de diálogo e participativa, para formação de decisões judiciais fundamentadas mediante deliberação dos sujeitos do processo. Isto porque a tutela estrutural não se atinge por atos isolados ou por medidas estanques, mas pela adoção de medidas flexíveis que podem ser alteradas de acordo com a modificação das circunstâncias fáticas<sup>468</sup>. O juiz, nessa linha, deve superar a resistência das partes, para ver as decisões judiciais implementadas<sup>469</sup>.

O Poder Judiciário deve superar o ativismo judicial monológico no trato de causas relevantes, que é caracterizado por meio da edição de sentenças delineadas por mandamentos unilaterais e coercitivos, sem espaço deliberativo com o Poder Público e a sociedade civil<sup>470</sup>.

De destaque as ponderações de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

O exemplo de processo estrutural, por excelência, é aquele voltado à implantação de políticas públicas que envolvem direitos coletivos de interesse público: não cumpre, com efeito, de forma devida a função jurisdicional o juiz que isoladamente, em um solilóquio judicial, impõe à administração pública a obrigação de prestar um determinado serviço público sem conhecer, por exemplo, as receitas orçamentárias do ente público ou que não acompanha a

---

<sup>466</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil (...)*, p. 119.

<sup>467</sup> STURM, Susan P. *A normative theory (...)*, p.1377.

<sup>468</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Fundamentos do processo (...)*, p. 12.

<sup>469</sup> FISS, Owen M. *The limits of judicial Independence. University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, n. 1, 1993, p. 64.

<sup>470</sup> CAMPANHARO. Jorge Luiz Rodrigues. *Ativismo Judicial (...)*, p. 3.

efetiva implantação da medida de modo a alterar a execução imposta às necessidades concretas e atuais, conforme o caso<sup>471</sup>.

É necessário equilibrar o procedimento, por isso a defesa pela preponderância das características do modelo cooperativo<sup>472</sup>, que se compadece do redimensionamento do princípio do contraditório, valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, sendo o órgão jurisdicional parte dos sujeitos do diálogo processual, sem destaque ou protagonismo dos sujeitos processuais<sup>473</sup>.

Segundo Vitorelli, no caso Mendoza, relativo à contaminação ambiental no rio Matanza-Riachuelo, Argentina, ao considerar que a poluição do *Riachuelo* causava ilícitos ao meio ambiente e à população, a Suprema Corte instaurou um procedimento dialógico que envolveu a *Defensoria del Pueblo*, diversas organizações da sociedade civil, mais de 3.500 fábricas que operavam na região, universidades, cientistas, com o propósito de produzir uma decisão que incluía um plano de ordenamento territorial, o controle de atividades perigosos ou prejudiciais, dentre outras medidas<sup>474</sup>.

No Brasil, o Código de Processo Civil dispõe em seu artigo 6º que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”, sendo característico do Estado Constitucional atual, não se prescindindo de procedimento que enseje o diálogo constante entre juiz e partes, evitando processo de armadilhas<sup>475</sup>.

Assim, a participação, por sua vez, transpõe para o processo ideais democráticos, como técnica de construção de um processo civil visto como comunidade de trabalho que deve ser revisto em perspectiva policêntrica e coparticipativa, se estruturando a partir do modelo constitucional de processo<sup>476</sup>.

Retomando lições de Grinover, a participação é princípio dos processos coletivos, que pode ser assim resumido:

O princípio participativo é ínsito em qualquer processo que tem nele o seu objetivo político. Mas enquanto no processo civil individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (*participação no processo*), no processo coletivo a participação se faz também *pelo processo* (...). Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma

<sup>471</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 12.

<sup>472</sup> DIDIER JR., Fredie. Os três modelos (...), p. 214.

<sup>473</sup> Ibid., p. 218.

<sup>474</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 420. Sobre o caso Mendoza: BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In GARGARELLA, Roberto (org.). **Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 245-291.

<sup>475</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 13.

<sup>476</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.



participação maior *pele processo*: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”<sup>477</sup>.

Curial que se destaque a importância da participação: ela é fundamental para formatação e implementação da decisão estrutural, pois as partes estão imbricadas e comprometidas com seu conteúdo; tem função integrativa, já que envolve as partes para desenvolvimento de soluções e planos para superar as violações de direito continuadas<sup>478</sup>.

Ainda se vislumbra como oportunidade de obtenção e síntese de variadas perspectivas de um mesmo problema, para moldar a decisão estrutural no contexto das cortes e entre os diversos grupos de interesses. Além de ensinar um papel pedagógico, pois informa quem implementará as políticas para praticar a reforma institucional acerca dos obstáculos presentes, a participação serve para promover autonomia e o respeito dos indivíduos entre si e a si mesmos<sup>479</sup>.

Nessa seara, o *amicus curiae* é figura que leva a sociedade civil organizada para o processo, aperfeiçoa a jurisdição e faculta a participação de entidades com representatividade adequada ao caso<sup>480</sup>.

A inspiração no princípio democrático, aplicável para legitimação na formação das normas, não prescindindo de um processo participativo e argumentativo, é lição de Habermas que não pode ser desprezada, pois se as partes elaboram as normas, estas se legitimam para serem cumpridas e reciprocamente obedecidas e respeitadas, pois autor e destinatário se confundem<sup>481</sup>.

Esta visão de procedimento participativo e cooperativo não prescinde de algumas observações.

Susan Sturm chama a atenção para a postura (tradicional) dos advogados. Aquele que se prontifica a participar de um processo estrutural bem-informado, deve despir-se do clássico papel de adversário da outra parte, para assumir-se como componente de um esforço para desenvolver solução abrangente dos problemas levados à lide<sup>482</sup>. Os profissionais devem cooperar para a formatação da decisão judicial, que é o fruto da atividade processual e ato de

---

<sup>477</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo (...), p.12.

<sup>478</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1392-1393.

<sup>479</sup> Ibid., p.1394.

<sup>480</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 14.

<sup>481</sup> BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Legitimidade do ordenamento jurídico: entre Kelsen e Habermas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3315, 29 jul. 2012.

<sup>482</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1376.

manifestação de poder exclusivo do órgão jurisdicional, também sujeito aos limites do devido processo<sup>483</sup>.

Para isso, não poderão representar as partes se valendo de argumentação e retórica que fogem dos problemas reais a serem enfrentados, pois as partes representadas devem ter influência efetiva na formatação da decisão judicial. Os advogados devem ser mais fiéis na articulação dos interesses que representam, especialmente as perspectivas.

Nessa seara, o processo judicial que concite as partes à participação e à assunção de compromissos que levem a efetivar resultados, pode causar, aos poucos, a mudança de postura, de quem usa o tempo e o baixo custo do processo para deixar de cumprir deveres legais. O advogado é profissional que deve estar atento à alteração da realidade.

Outra alteração na visão do processo que se considera é a desvinculação ou o enfraquecimento da relação do direito e do remédio aplicável, melhor dizendo, da relação que decorre de provocar o Poder Judiciário a partir de alguma violação, para obter a aplicação de normas de responsabilização, já que as lides estruturais objetivam soluções em senso prospectivo, dinâmico e sistêmico.

O uso do poder coercitivo forma base jurisprudencial sólida como meio de eliminar as violações a direitos, especialmente em políticas públicas<sup>484</sup>, chegando à responsabilização de técnicos e ameaças de ordem de prisão, fixação de pesadas multas que favorecem o particular litigante, mas não atacam os verdadeiros problemas da mora ou da omissão, podendo ser insuficiente para mudança da realidade e para a reforma estrutural.

Com efeito, na esfera pública, a rotatividade de agentes do alto escalão deixa transparecer a relativa falta de compromisso com a resolução de problemas básicos e fundamentais, como são os de natureza estrutural. Não fosse essa questão, assim como nos Estados Unidos, o modelo de Estado corporificado em um político ou líder está, de certa forma, ultrapassado, já que no mesmo Poder Executivo se denota conflituosidade entre diversos órgãos, secretarias, ministérios e autoridades que chefiam áreas específicas de governo<sup>485</sup>.

Nesse quesito, curial que a calibragem do procedimento seja realizada mediante técnicas diversas do tradicional curso processual, sem perda da independência judicial e do diálogo com autoridades representativas de interesses governamentais e de regulação, como a inserção de momentos de deliberação entre as partes, para se chegar à construção de soluções

---

<sup>483</sup> DIDIER JR., Fredie. Os três modelos (...), p. 218.

<sup>484</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1378.

<sup>485</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 154. Também STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1430.

racionais, sem óbices legais de natureza orçamentária, por exemplo<sup>486</sup>, e evitando sanções que não resolvem a questão estrutural, como penas pecuniárias.

A esta altura, outra observação se destaca: o processo deverá ser local onde haja a mitigação das diferenças de poder, recursos e grau de sofisticação dos participantes, além de ser palco para irrepreensível respeito à integridade de instituições governamentais de diversas esferas de poder, quais sejam, os seus limites legais e a exigência de serem considerados os arcabouços normativos<sup>487</sup>.

Nessa esteira, as decisões judiciais se tornam produto de argumentos fundamentados em base factual confiável e de consensos de natureza corretiva, sendo solução que reflete a sua justiça, honestidade, efetividade e aplicabilidade. O provimento jurisdicional se escora em arcabouço jurídico relativo ao problema estrutural, se detendo o juiz nos temas propostos e na legislação existente<sup>488</sup>.

Outro ponto a ser observado é o uso do dever de consulta, sobretudo pelo juiz, pois sendo variante do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, se alarga o espectro do contraditório. O juiz deve consultar as partes sobre questões antes de decidir<sup>489</sup>, especialmente se há imbróglia técnica ou muito específico.

A doutrina alienígena entende que as cortes têm o potencial de desenvolver procedimentos e métodos que levam em consideração a capacidade para buscar os fatos sociais, considerar soluções competitivas e facilitar a negociação<sup>490</sup>, não podendo ser desprezada nenhuma ideia.

Esta visão comportamental mais flexível dos atores processuais é compatível com os processos estruturais, que trazem questões complexas, complicadas e, muitas vezes, com conhecimento monopolizado por especialistas, gestores e políticos que lidam com a política ou problema estrutural.

Foge-se do uso do poder pelo poder, de preferências pessoais ou de pura barganha, já que a decisão, com participação, traz norma que é persuasiva para os demais integrantes<sup>491</sup>.

O modelo cooperativo e participativo busca, em última análise, transformar o processo em uma comunidade de trabalho, sem preponderância, *a priori*, de qualquer imposição ideológica ou de disputa pelo poder.

---

<sup>486</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1390.

<sup>487</sup> Ibid., p.1410.

<sup>488</sup> Ibid., p.1411.

<sup>489</sup> DIDIER JR., Fredie. Os três modelos (...), p. 219.

<sup>490</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1408.

<sup>491</sup> Ibid., p.1399.

#### 4.2.1. Combinação de métodos

A inserção de instrumentos processuais ou fases novas, necessita ser pensada por intermédio de procedimento mais flexível, mas existente e permitido sob o ponto de vista da ciência processual.

Zaneti Jr. ensina que no Brasil, a combinação de métodos é utilizada, pois a prática segue melhor doutrina italiana e as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos que pugnam ser necessário, para obtenção da tutela adequada, um modelo combinado de direitos e remédios, como o incentivo à autocomposição antes e durante o processo judicial, e um reforço da tutela administrativa através de agências reguladoras, no processo coletivo<sup>492</sup>.

Na doutrina alienígena há propostas levadas para a seara procedimental, sendo que algumas técnicas são compatíveis com a sistemática jurídica nacional.

Doutrina nacional, de Lucon, ressalta a necessária prevalência de soluções negociadas ante as soluções imperativas, substituindo-se a “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, para quaisquer processos, sobretudo os estruturais, que exigem concessões pelas partes<sup>493</sup>.

Em um ambiente processual dialógico e colaborativo, se destaca o reconhecimento, pelo Código de Processo Civil, de categoria autônoma de negócios jurídicos processuais, superando a ideia de que o direito processual é indisponível, para privilegiar a autonomia das partes para ajustarem o processo às especificidades da causa<sup>494</sup>.

O doutrinador assevera que nos processos estruturais, o mecanismo poderá ser usado para as partes fixarem o modo de apuração de danos, bem como as formas e procedimentos adequados à sua reparação, com procedimento flexível e orientado pelo princípio da colaboração, para proporcionar sua simplificação e a admissão de execução contínua dos programas necessários à tutela do direito coletivo.

Inclusive, se desejam incluir fases de autocomposição no andamento do procedimento, não ensejando óbices, já que se discute a alteração procedimental e, se tocado o direito material, a forma de implementação<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> Como aderente do movimento mundial de justiça multiportas, com previsão no Código de Processo Civil de 2015 do estímulo à autocomposição, não se podem desprezar o uso de técnicas extrajudiciais para solução de litígios judicializados. In ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo (...), p. 13.

<sup>493</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 18.

<sup>494</sup> Assim, o artigo 190 do Código de Processo Civil dispõe que versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 20.

<sup>495</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. Negócios jurídicos (...), p. 73.

Assim, os negócios jurídicos processuais estariam inseridos em um quadro de reconhecimento de disponibilidade do modo de obtenção de tutela adequada. Para o interesse público, a celebração destes negócios é adequada, levando para a solução negociada, do que se comparada às tradicionais soluções da jurisdição estatal<sup>496</sup>.

Nesse sentido, os negócios a serem explorados consistem nos típicos, como o calendário processual e do saneamento consensual, e atípicos, decorrentes da cláusula geral de negociação processual, cujas estruturação é elaborada pelas partes de modo a atender conveniências e necessidades.

Conforme autorizada doutrina:

Trata-se de relevante traço de um novo modelo de processo, mais democrático, mais participativo, mas policentrista, em que o protagonismo dos litigantes influencia diretamente não só o andamento do processo como também o resultado final e, talvez o que mais revela, legitimando a decisão final, principal vetor de seu cumprimento integral<sup>497</sup>.

Os negócios jurídicos assumem importante papel na gestão pública contemporânea, após o êxito da ideologia do *New Public Management* e as novas técnicas de “governança pública” difundidas durante as Eras Thatcher e Reagan, para trazer eficiência ao setor governamental, e, assim, a rigidez formal da racionalidade de comando desse lugar à flexibilidade informal da racionalidade de consenso, e foram transpostos para o âmbito processual<sup>498</sup>.

Assim, trazem ao processo a consagração do princípio do autorregramento da vontade e, com a possibilidade de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa representa o princípio da adequação processual, e decorrente das garantias do processo legal, especialmente da razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação<sup>499</sup>.

Além dos negócios processuais, poderão ser usados os modos alternativos de solução de disputas (ADR) como mecanismos usados por juízes e advogados para facilitar a realização de acordos, na seara da mediação e conciliação e arbitragem não vinculante<sup>500</sup>.

A possibilidade de discussão do problema estrutural em diálogo com esferas de decisão próprias da estrutura de governo, seja com uso do mediador ou da arbitragem não vinculante (autocomposição induzida)<sup>501</sup>, é interessante, porque a decisão judicial colherá solução que não

---

<sup>496</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 20.

<sup>497</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. Negócios jurídicos (...), p. 71.

<sup>498</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” (...), p. 37.

<sup>499</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. Negócios jurídicos (...), p. 72.

<sup>500</sup> MARCUS, Richard L. et al., Complex Litigation, p. 651.

<sup>501</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 19.

se descola destes processos e de todo o arcabouço normativo regulatório, com maior facilidade de efetivação do plano em juízo<sup>502</sup>.

Em outras palavras, o processo de participação usado em formulação consensual é bastante salutar, já que as agências governamentais que laboram com alto grau de precisão técnica atuam nas negociações, preservando seus mecanismos de tomada de decisão, com boa troca de informações entre os diversos núcleos de interesse, servindo como *locus* educativo, com construção de remédio viável<sup>503</sup>.

No Brasil, há viabilidade de se utilizar o expediente da suspensão processual, para que os órgãos públicos tentem, por seus meios institucionais, trazer solução para o caso concreto. Este é um dos objetivos da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, criada em 27 de setembro de 2007 e instituída pelo Ato Regimento nº 05, de 27 de setembro de 2007, sendo unidade da Consultoria-Geral da União - CGU, que é órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União – AGU<sup>504</sup>.

Nos termos da normativa da referida Câmara, ela objetiva evitar a judicialização de novas demandas, além de encerrar processos ajuizados, reduzindo o tempo na solução dos conflitos. Um dos seus focos é a possibilidade de articulação de políticas públicas, pois nas reuniões de conciliação os órgãos públicos são estimulados ao diálogo e à cooperação uns com os outros.

Assim ocorreu em ações envolvendo repactuação de juros de dívidas estaduais com a União, nas quais uma das soluções aventadas, dado o grave problema estrutural envolvido, foi o de concitar as partes à resolução na esfera política, para o desenvolvimento de negociações.

Como resultado da medida judicial, se deu a suspensão das ações, e o superveniente pedido de desistência daquelas ajuizadas pelos Estados de Santa Catarina e de Minas Gerais, pois chegaram a bom termo com a União<sup>505</sup>.

A abertura da negociação judicial ou privada de questões no decorrer de um processo estrutural não prescinde de um ambiente colaborativo e democrático, no qual os atores processuais tenham voz.

A técnica precisará ser aperfeiçoada, vez que a mediação é importante para criação de alternativas de solução, em contexto no qual se busca a colaboração. Segundo o Ato Regimento

---

<sup>502</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1424.

<sup>503</sup> Ibid., p.1425-1426.

<sup>504</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF*: cartilha. 3ª ed. atual. Brasília: AGU, 2012. Disponível em [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br). Consultada em 24.jan.2023.

<sup>505</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 355-356.

referido, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses é tendente a *assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade*<sup>506</sup>.

Figura como um elo do futuro da institucionalização das boas práticas de composição, já que os processos podem chegar pela via da remessa dos membros do Poder Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial. O uso da conciliação é enfocado, mas é possível o arbitramento (arbitragem) das controvérsias, com emissão de parecer da Consultoria-Geral da União, quando não solucionadas pelo primeiro meio<sup>507</sup>.

Há notícia da existência de câmaras de negociação, conciliação, mediação e arbitragem na Procuradoria Geral do Estado do Pará<sup>508</sup>, que promove e estimula a adoção de medidas de autocomposição de litígios judiciais e controvérsias administrativas no âmbito da administração pública estadual, com vistas à resolução de conflitos e pacificação social e institucional.

Em âmbito municipal, a Procuradoria do Município de São Paulo criou o Núcleo de Desjudicialização e Arbitragem (NDA), formalmente constituído pela Portaria nº 28/2022 – PGM.G e tem como atribuições atuar em casos de mediação e de conciliação, inclusive em parceria com o Poder Judiciário<sup>509</sup>.

Assim, a mescla de procedimentos ou a combinação de meios e remédios em processos estruturais poderá ser viabilizada mediante a instrumentalização do diálogo interinstitucional, com o fim de buscar soluções que não são vislumbradas, inteiramente, em sede judicial.

Há um segundo ponto de vista, respeitante à combinação de procedimentos: a teoria sobre o uso de modelos deliberativos, mas que são regrados e estruturados pelas cortes de justiça. A eleição do procedimento é feita para que a forma de tutela seja pensada pelos interessados, e, assim se possam mitigar as violações de direito suscitadas, cuidando um terceiro (mediador ou facilitador) de verificar se os grupos estão representados, assegurando a devida representação nos debates e negociações, bem como define uma agenda, até chegar-se a um plano para ser levado a juízo<sup>510</sup>.

---

<sup>506</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaa2655.pdf>. Acesso em 05 jan. de 2023.

<sup>507</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União (...), p. 7-11.

<sup>508</sup> Informações disponíveis em <https://www.pge.pa.gov.br/procuradorias/pcam>. Acesso em 24 de jan. de 2023.

<sup>509</sup> PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Portaria da Procuradoria Geral do Município de São Paulo – PGM nº 28 de 25 de abril de 2022. Cria o Núcleo de Desjudicialização e Arbitragem. Disponível em <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-28-de-25-de-abril-de-2022>. Acesso em 03 de fev. de 2023.

<sup>510</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1431.

Há maior grau de formalidade normativa na fase deliberativa, e informalidade na tomada das posições e debates, para obtenção de consenso e construção da tutela jurisdicional, com menos risco de sub-representação dos interessados.

Nesse sentido, o papel do advogado é de facilitar a efetiva participação de seus clientes no processo de tomada de decisão corretiva, bem como de assessorar e monitorar partes que tenham habilidade de negociar ou ajudar grupos de interessados a eleger representantes para o debate, atuando mais efetivamente nas deliberações, ocasião em que poderá ser responsabilizado como interlocutor de grupos de interesse, mesmo em meio à relativa informalidade da elaboração do plano<sup>511</sup>.

Se as partes não quiserem aderir, o processo judicial retoma sua marcha, advindo o risco de imposição de penalidades e de prolação de decisão desfavorável a todos ou alguns interesses em disputa. Essa tipologia que retorna ao molde adversarial também é estratégia alienígena para estimular as partes ao retorno de tratativas de natureza autocompositiva ou que geram certo consenso e cooperação. Assim, as partes devem ponderar se é vantajosa a penalidade ou se preferível a busca de solução dialogada do problema<sup>512</sup>.

No Brasil, se pode indicar as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça que estimulam o uso da conciliação e mediação nos meandros da Justiça Federal, Estadual e Trabalhista. Há intensa normativa a respeito do tema na Resolução nº 125/2010, na qual se pugna pela aplicação de princípios fundamentais como a confidencialidade, a decisão informada, independência, respeito às leis vigentes, dentre outros<sup>513</sup>.

Quanto ao uso da mediação no decorrer dos processos estruturais, e a criação de um ambiente participativo sem a condução direta do juízo, Vitorelli assinala ser necessário o treinamento específico de mediadores que possam promover negociações produtivas, já que altas autoridades do Poder Executivo devem participar das tratativas em feitos estruturais, ensejando técnicas diversas daquelas padronizadas e empregadas nos litígios individuais, sobretudo familiares, construídas a partir da citada resolução do Conselho Nacional de Justiça<sup>514</sup>.

A doutrina norte-americana apresenta tais mecanismos que são voltados para a obtenção de certo consenso entre partes interessadas e autoridades governamentais em juízo,

---

<sup>511</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1434.

<sup>512</sup> Ibid., p.1437.

<sup>513</sup> Informações disponíveis no Portal do Conselho Nacional de Justiça: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>.

<sup>514</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 351.



com o fim de ser realizada a reforma estrutural vindicada, protegendo valores processuais e constitucionais importantes<sup>515</sup>.

Psicologicamente, lidar com o outro, ouvi-lo, negociar e se comprometer em processos governados pelas cortes de justiça, poderá infligir às partes e interessados a sensação de menor prejuízo. Essa sensação é um caminho para tornar os procedimentos cooperativos e deliberativos aptos ao sucesso, pois o protagonismo é compartilhado entre os envolvidos na seara judicial<sup>516</sup>.

Incontestável é a esperança de que novos formatos procedimentais possam ser testados e difundidos, bem como seja implantada nova cultura jurídica no consciente dos litigantes, para que nova postura das partes, profissionais e indivíduos implicados nos problemas institucionais sejam incentivadas.

As resistências devem ser desarmadas, bem como a sensação de irresponsabilidade e inefetividade de decisões judiciais que são descumpridas ou que não satisfazem o direito material, e por meio da participação direta e dialógica, com interesses que são interdependentes em sociedade, se desafiem as concepções existentes do papel do juiz no modelo adversarial de adjudicação, qual seja, de que deve buscar a verdade e punir os infratores para lograr resultados<sup>517</sup>.

Ao final, se pensado um modelo com fundamento legal na condução do procedimento cooperativo, para limitar tensões existentes entre o ideal da participação e a aplicação de tomada de decisão fundamentada nas questões estruturais postas em juízo, poderá ser bem-sucedida a tutela estrutural final.

---

<sup>515</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1434.

<sup>516</sup> YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School case. *ULCA Law Review*, 25, n. 2, 1977, p. 258.

<sup>517</sup> STURM, Susan P. A normative theory (...), p.1378.

#### 4.3. APERFEIÇOAMENTO, CONSTRUÇÃO E USO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS

Admitindo-se que o processo estrutural surja como categoria funcional no contexto dos processos coletivos, é necessário trazer à discussão o que é necessário seja melhorado para apurar os interesses e soluções possíveis em lides estruturais.

Lembrando que o processo é meio para servir a um fim, este submetido ao princípio da adequação<sup>518</sup>.

Tais técnicas também poderão ser extraídas do novo Código de Processo Civil (CPC), pois o propósito da comissão de juristas, declaradamente, era de inseri-lo no contexto social mediante a maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo, com o melhor rendimento possível, para otimização dos resultados de “cada processo em si mesmo considerado”, se dando maior coesão ao sistema<sup>519</sup>.

Segundo Leonel, é necessário que a doutrina se ocupe do novo, sendo oportuno lembrar que antigos e basilares institutos e temas merecem renovada atenção. Relembrando Barbosa Moreira, diz ser imperioso extrair das “antigas partituras, novas sonoridades”<sup>520</sup>.

Vitorelli defende que a conjugação criativa de técnicas processuais tradicionais pode permitir a implementação de medidas estruturantes<sup>521</sup>.

Lucon traz novas perspectivas quanto ao impacto do dever de cooperação e a mitigação de efeitos de institutos processuais, vez que a resposta adequada para o caso exige um diálogo contínuo e prospectivo de todos os elementos da controvérsia, como a formulação de pedidos genéricos e flexibilização da regra da eventualidade para delimitação do objeto litigioso, e o juiz que deve acompanhar a implementação das medidas determinadas, ao invés da imposição de um único comando, como “pague-se” ou “cumpre-se”<sup>522</sup>.

Construção técnica a ser considerada, é aquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADPF nº 165 ao reconhecer que os dispositivos relativos à execução coletiva previstos nos artigos 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor permitem outra interpretação, além da execução individualizada, qual seja, de que é recomendável, no âmbito das ações coletivas, a execução coletiva mandamental<sup>523</sup>.

---

<sup>518</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo (...)*, p. 55.

<sup>519</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel (...), p. 38 e 169-170.

<sup>520</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido: O direito superveniente**. São Paulo. Editora Método, 2006, p. 18.

<sup>521</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil (...)*, p. 390.

<sup>522</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Fundamentos do processo (...)*, p. 13.

<sup>523</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil (...)*, p. 463.

O aperfeiçoamento da técnica no processo estrutural é de bom alvitre, já que em casos complexos, o réu, com seus meios implementará a reforma, beneficiando aqueles que não colaboraram com a desordem estrutural, tampouco onerando o Poder Judiciário, o próprio réu e os beneficiários com ajuizamento de novas ações.

Outra técnica aventada para aplicação no âmbito das ações coletivas é o uso do *cy-près* (“tão perto quanto possível), relativa à reparação fluída ou soluções difusas, se os beneficiários não puderem ser identificados, como ocorreu no caso de cobrança indevida de tarifas de táxi em São Francisco. A reparação determinada foi a cobrança de tarifas menores aos usuários de taxi, classe afetada e beneficiada pelo litígio instaurado<sup>524</sup>.

Pode ser implementado, também, pela compensação financeira a organizações que são afetadas à classe prejudicada, para que apliquem o dinheiro em projetos que restitua os prejuízos a quem sofreu os danos, de modo fluído<sup>525</sup>.

O *cy-près* é medida que mira o futuro, para resolver os problemas da instituição de modo prospectivo. A fluíção da reparação, ainda que não atinja os lesados iniciais, atingirá a classe ou grupo interessado de forma direta, implementando a reforma estrutural.

Assim é o esforço doutrinário para adequação de instrumentos clássicos ao processo estrutural.

Há alguns apontamentos sobre aperfeiçoamento em mecanismos processuais, que são invocados na doutrina, para lidar com o processo estrutural.

#### **4.3.1. Representação e Participação**

A doutrina especializada diz que a representação adequada deve levar em consideração alguns fatores, como: o representante não deve conflitar ou ter interesses antagônicos relativamente à classe como um todo; o representante deve ter suficiente interesse no resultado do processo, para assegurar uma boa defesa do (s) interesse(s) e o advogado dos representados deve ser experiente, competente e qualificado<sup>526</sup>.

Nesse cenário, o processo estrutural somente prosperará se o representante da classe identificar quem são as pessoas relevantes a serem ouvidas em juízo, para implementar a participação dos representados em juízo, bem como destacar interesses discordantes dentro de um mesmo grupo (subclasses), para considerar a nomeação de novos representantes ou levá-los

---

<sup>524</sup> Ibid., p. 465. Também em MARCUS, Richard L. et al., *Complex Litigation*, p. 688.

<sup>525</sup> MARCUS, Richard L. et al., *Complex Litigation*, p. 693.

<sup>526</sup> Ibid., p. 243.

à participação em juízo, para que acordos ou a tutela final resultem hígidos, sem perigo de descumprimento pela incompatibilidade de expectativas<sup>527</sup>.

Por isso, a necessidade de elaboração de estudos prévios, contendo os diversos grupos de interesses, a fim de que nenhum seja subestimado, já que os impactos da solução estrutural afetarão todos, indistintamente. Nestes termos, a participação levará à elaboração da tutela estrutural viável<sup>528</sup>.

O modo de ouvir os grupos interessados em um litígio policêntrico, ou seja, com diversos interesses afetados em jogo ou inúmeros centros problemáticos subsidiários, cada um dos quais se relacionando com os demais, de modo que a solução de cada um depende da solução de todos os outros<sup>529</sup>, tem precedentes no direito brasileiro.

O artigo 38 do Código de Processo Civil autoriza o juiz ou relator, em função da relevância da matéria e sua repercussão, admitir a intervenção no processo com representatividade adequada, que seja capaz de fornecer elementos para o convencimento judicial de interesse geral<sup>530</sup>.

Vitorelli noticia sobre iniciativas do Ministério Público, que realiza reuniões com representantes de grupos interessados, visitas *in loco*, audiências públicas, escutas sociais e recebimento de documentos, sendo técnicas que precisam ser calibradas de acordo com o tipo de questão em jogo, pois nem todas são absolutamente profícuas<sup>531</sup>.

Instrumentos tecnológicos podem ser desenvolvidos para gerir os interesses, de classes e subclasses, bem como para possibilitar a intervenção de gestores institucionais e orçamentários para desenvolver fases informativas e deliberativas, com menores custos.

Para que não se perca a representação de interesses antagônicos, na construção da teoria do processo coletivo estrutural se propõe a complementaridade entre participação e representação, sendo o representante instrumento que deposita as expectativas de terceiros, estes, titulares dos direitos em discussão, tendo o representante dever de concitar, por mais vezes durante o feito, a participação dos representados, não se perdendo o contato entre ambos<sup>532</sup>.

---

<sup>527</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 238 e 240.

<sup>528</sup> Ibid., p. 243.

<sup>529</sup> O conceito parte da linha de Lon Fuller. In FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 398, 1978 apud VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 327.

<sup>530</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 15.

<sup>531</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 243.

<sup>532</sup> Ibid., p. 300.

Em suma, se deve buscar a definição do grupo afetado pelo litígio, especificando-se os subgrupos relevantes<sup>533</sup>.

As questões de representação e participação deverão ser amadurecidas em sede de ação coletiva brasileira, para evitar a fuga dos representados para ações individuais, buscando advogados para tutelas reparatórias e compensatórias, ou a busca de outros legitimados para a propositura de novas demandas<sup>534</sup>.

#### 4.3.2. Pedido

Tradicionalmente, a regra do artigo 322 do Código de Processo Civil prevê postulação contendo pedido certo e determinado para lides individuais, regra que não soluciona questões estruturais, ensejando maus pedidos e ausência de resultados sociais significativos.

Nessa toada, a doutrina defende que os pedidos na ação estrutural exigem a suavização do princípio da demanda e da regra da eventualidade, para que seja, com base na interpretação sistemática do ordenamento e à efetivação da tutela, permitida certa fungibilidade ou plasticidade quando da solução do litígio, levando em consideração pedidos com conteúdo eventualmente mais genéricos e implícitos<sup>535</sup>.

Professora Lucon, nesta seara<sup>536</sup>:

Os legitimados ativos para tutela do direito coletivo violado podem não conhecer toda a extensão do dano causado – o que justifica a formulação de pedido genérico e a flexibilização da regra da eventualidade para a delimitação do objeto litigioso e o juiz, por seu turno, pode não antever a adequação e o resultado das medidas por ele determinadas (...).

Grinover leciona que já se tinha em mente que o pedido e causa de pedir deveriam ser interpretados extensivamente sob a égide do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, sendo que no processo coletivo o que se deve buscar é a tutela do bem jurídico a ser protegido, quebrando a rigidez de conceitos como conexidade, continência e litispendência do processo individual<sup>537</sup>.

Evolução conquistada no Código de Processo Civil é a combinação dos artigos 322, §2º, 341, III e 489, §3º pois dispõem que tanto a petição inicial, a contestação e a decisão devem ser interpretadas dentro de seu próprio contexto, de conformidade com a boa-fé. Com mais razão,

---

<sup>533</sup> Ibid., p. 319.

<sup>534</sup> Ibid., p. 307.

<sup>535</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 260.

<sup>536</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 13.

<sup>537</sup> <sup>537</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo (...), p. 13.

a combinação das regras e o entendimento que permite a interpretação contextual dos pedidos, deve ser aplicada no processo estrutural, para que a postulação dê abertura ao debate para traçar o caminho da solução de um problema<sup>538</sup>.

Um exemplo prático de mudança de paradigma, que considerava o caráter restritivo dos pedidos<sup>539</sup>, é o apresentado na Ação Civil Pública, alçada ao Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial nº 1733412/SP cuja pretensão era a realização de reforma e melhorias em hospital público<sup>540</sup>.

O caráter estrutural da lista de pedidos foi reconhecido e elogiada a iniciativa de tentar-se solucionar o problema enfrentado pela população. Os pedidos foram classificados como *absolutamente genéricos ou desvinculados de estudos e negociações prévios*, sendo certo que foram apontadas formas de melhoria *como o escalonamento das demandas e estabelecimento de canais de diálogo institucional*<sup>541</sup>.

Relativamente à proposta de elaboração de um pedido inicial aberto que estabeleça as diretrizes de reforma estrutural e o seu reajuste ao longo do desenvolvimento da lide, com clareza das características que o litígio for adquirindo, desde que respeitado o princípio do contraditório, não impacta no direito de defesa.

Este formato pressupõe certo desconhecimento sobre soluções futuras às violações contínuas de direitos constatadas, até a restauração do cenário à legalidade, no momento da postulação.

Deve ser permitido ao longo do processo estrutural, assim, o aditamento dos pedidos, se houver superveniência de fatos novos, para aderência do processo à realidade mutável, respeitado o contraditório. Para isso, desejável que as regras de estabilização da demanda sejam atenuadas<sup>542</sup>.

Leonel traz notícia de que o ordenamento lusitano quer permitir, sob a égide de recentes reformas, a alteração consensual dos elementos objetivos da demanda, a exemplo do pedido e

---

<sup>538</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 317.

<sup>539</sup> Crítica de Vitorelli ao CPC de 1973.

<sup>540</sup> Análise da natureza de processo estrutural da ação civil pública, que chegou ao STJ após interposição recursal pelo Ministério Público de São Paulo, em MUNHOZ, Manoela Virmond. O reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos processos estruturais como necessários à solução de litígios complexos: uma análise do recurso especial 1.733.412/SP. **Revista de processo**, vol. 308, 2020, p. 231-245.

<sup>541</sup> De relatoria do Ministro Og Fernandes, 2ª turma, julgado em 17/09/2019, a ementa da ação traz seu objeto, que se refere a melhorias e providências que vão desde a adequação de salas de atendimento, trocas de móveis e equipamentos, prestação de serviços e obras a preenchimento do quadro de médicos. Referência em VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 262.

<sup>542</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 448.

causa de pedir, caso haja acordo entre as partes, em 1ª ou 2ª instancias, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pedido<sup>543</sup>.

A flexibilização das regras relativas aos pedidos se faz necessária, bem como a sua interpretação, porque as demandas estruturais podem necessitar de formulação de novos planos de reorganização, independentemente do teor específico dos pedidos deduzidos em juízo, para se ter correspondência da solução com a realidade a ser alterada<sup>544</sup>.

A doutrina busca que se estabeleça a flexibilização da regra da congruência, já que buscando o processo estrutural alcançar uma finalidade, nem sempre as partes têm as condições de antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas<sup>545</sup>.

Esta estratégia foi utilizada na Ação Civil Pública já referida, nº 1000723-26.2018.4.01.4100 proposta pelo Ministério Público Federal relacionada à fiscalização das barragens pela Agência Nacional de Mineração, cujo pedido consistia na intimação dos réus para apresentação de plano de reestruturação da atividade de fiscalização de barragens no Brasil, que deveria contemplar medidas estruturais para o planejamento e gestão do setor.

Foi solicitado que o plano incluísse uma *dinâmica de avaliação e reavaliação contínua, com a submissão de relatórios semestrais ao juízo, a partir dos quais, em cooperação com as partes, o juízo poderá determinar novas medidas e a readequação das providências em juízo*<sup>546</sup>.

Esse formato permite a adaptação das medidas ao longo do tempo, fazendo com que o Poder Judiciário supervisione a implementação do que firmado, mediante o diálogo e cooperação interinstitucional no processo judicial, inclusive de sujeitos terceirizados, que participam da prestação dos serviços por instrumentos de direito administrativo, como termos de convênio e cooperação.

Regras estritas de correspondência entre pedido e execução específica podem inviabilizar a reforma estrutural em juízo.

---

<sup>543</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e (...), p. 149.

<sup>544</sup> A participação dos gestores enseja mudança de mentalidade para uso dos métodos americanos propostos, de solução consensual e deliberativos. Caso os gestores não colaborem, há ideias para nomeação de um terceiro imparcial ou de entidade criada para este fim ou até mesmo mediante o uso da intervenção, com nomeação de interventor, se a gestão é inexistente. VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 264, 272-274.

<sup>545</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1 p. 46-64, 2017, p. 56 *apud* MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Covid-19 e tutela (...), p. 567.

<sup>546</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil (...)*, p. 264/265. Também em BRASIL. Justiça Federal da Seção Judiciária de Rondônia. Ação Civil Pública nº 1000723-26.2018.4.01.4100. Porto Velho, 12/06/2018.

### 4.3.3. Ambiente processual colaborativo: Audiências diferenciadas

Estando o processo estrutural envolvido com interesses diversos, se admite a exigência de pluralização do diálogo processual como condição de uma solução que abranja todos os elementos do problema<sup>547</sup>.

No Superior Tribunal de Justiça, há referência à necessária formatação de ambiente colaborativo e democrático no processo estrutural, em caso relativo a excesso de prazo constatado em acolhimento institucional de crianças e adolescentes.

Nos autos do Recurso Especial nº 1854.842/CE, a relatora Ministra Nancy Andrighi decidiu que *para adequada resolução dos litígios estruturais é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil*<sup>548</sup>.

O desenvolvimento deste ambiente deve ser fundado mediante o uso de instrumentos positivados, como a possibilidade de realização de audiências mistas de autocomposição, instrução e decisão conduzidas pelo juiz, com mescla de técnicas que busquem o consenso, mas nas quais as provas podem ser produzidas tanto antes como após a contestação, com a colaboração das partes<sup>549</sup>.

A intimação de altas autoridades da administração e gestores é de rigor, para que se manifestem em audiência, possibilitando a produção de conteúdo de qualidade, pois a doutrina defende que o diálogo nas ações estruturais é essencial. A manifestação de quem é responsável pela atividade ou gestão da política pública ou problema estrutural colocado, serve como meio de prova, na modalidade de interrogatório livre<sup>550</sup>.

Para formar ambiente mais democrático e participativo, as audiências compostas pelas partes e gestores<sup>551</sup> poderá ser complementada por pessoas que pertençam à sociedade afetada pela política ou problema estrutural, a fim de que o juiz conheça a versão dos grupos prejudicados pelo litígio, além da versão do representante. A doutrina entende que o aspecto

---

<sup>547</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 328.

<sup>548</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 324.

<sup>549</sup> Ibid., p. 351.

<sup>550</sup> Ibid., p. 352.

<sup>551</sup> Quanto à participação de gestores, importante que sejam consultados profissionais como analistas de políticas públicas, pois são atores técnicos e políticos responsáveis por coletar, tratar e analisar dados, organizar e mediar reuniões com outros atores políticos e sociais, elaborar *policy reports* e estruturar recomendações. Assim o magistrado que não possui, muitas vezes, a *expertise* científica necessária estará amparado pelo referido profissional, evitando juízos de valor e *fake news* em suas decisões. In CARVALHO, Osvaldo Ferreira de, SOUZA, Gustavo de Assis. Desarmonia (...), p. 354.



humano é importante para a construção da solução, e fomento de amplo debate, dando-se voz a quem não costuma participar em juízo diretamente<sup>552</sup>.

Há experiências no Brasil sobre uma nova abordagem para lidar em processos estruturais.

Em audiências envolvendo ação civil pública estrutural relativa ao sistema de saúde do Estado do Ceará, se deu o nome de “reuniões” ao ato judicial, no qual os gestores públicos apresentaram espécie de seminários, projetando apresentações para mapeamento acurado do litígio, ensejando a participação de outros entes que poderiam colaborar na solução do caso. Foi assumido o protagonismo de atores processuais preocupados com a efetivação das soluções, sendo que a juíza federal Cíntia Menezes Brunetta, assumiu papel de facilitadora da comunicação. As decisões foram elaboradas em conjunto e a interposição de recursos não foi cogitada<sup>553</sup>.

A prática é inovadora na condução de audiências judiciais e da postura do juiz. As partes e participantes em colaboração, foram estimulados a ofertar posicionamento e análise sobre o tema, enriquecendo o debate interinstitucional, inclusive.

Para a criação de um ambiente processual colaborativo e democrático, além da alteração da postura do juiz, condutor dos atos processuais, e das partes, que participam diretamente das discussões, se reforça a busca de novo papel do advogado, que deve se eximir de criar concorrência ou disputa quando das suas intervenções no feito, isto é, exigindo direitos que desfavorecem a classe ou mediante a criação de hostilidade contra órgãos estatais ou agências governamentais que têm como missão auxiliar aquelas mesmas pessoas<sup>554</sup>.

A experiência estrangeira aponta para a realização de atos como o *town meeting*, termo cunhado por Stephen Yeazell, sendo intervenção que tem o fim de promover a condução dialógica do processo, com fomento de ocasiões de diálogo ampliado, por meio de realização de audiências e eventos públicos<sup>555</sup>.

Está-se diante de fomento de cultura diversa na aplicação da técnica jurídica. A mudança de postura, do viés adversarial para o ambiente colaborativo é útil em casos nos quais a solução judicial não se cogita como viável, sob o ponto de vista da complexidade do assunto, a exemplo do impacto no orçamento e em conflitos interfederativos.

---

<sup>552</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 353.

<sup>553</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 354.

<sup>554</sup> Ibid., p. 330.

<sup>555</sup> YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea (...), p. 244.

#### 4.3.4. Formação de juízos universais estruturais

O juízo estrutural universal significa a releitura das regras de competência e prevenção, para se dar racionalidade ao sistema.

No Ceará, surgiu litígio coletivo de natureza estrutural relativo às cirurgias ortopédicas e quando o processo se tornou conhecido, os juízes que enfrentavam lides individuais referentes ao mesmo assunto, declinavam da competência para remeter as lides ao juízo do feito estrutural, ao invés de suspendê-las.

Neste sentido, Vitorelli assinala que se há ação estrutural com objeto que intenta a resolução do problema, não há justificativa para atacá-lo em novos processos, perante juízes diversos. No Ceará, portanto, ocorreu uma releitura (inovadora) do artigo 54 e seguintes do Código de Processo Civil que tratam das regras de modificação de competência, significativa para ser utilizada na concorrência entre processos individuais e coletivos e entre distintas ações coletivas tratando do mesmo litígio.

As ações individuais, remetidas por prevenção ao juízo estrutural, que se torna espécie de “juízo universal”, são tratadas como componentes do processo estrutural e são solucionadas na medida em que a reorganização da estrutura permitir<sup>556</sup>.

Nos Estados Unidos, por outro lado, há mecanismo consistente no *forum non conveniens*, que permite a uma corte federal extinguir uma demanda, ainda que tenha competência em razão da pessoa e da matéria, para que seja julgada em outro foro mais conveniente (causas multidistritais). A regra é importante, pois permite a consolidação, no mesmo juízo, de causas relacionadas ou duplicadas, no interesse das partes e testemunhas, e no interesse da justiça<sup>557</sup> e pode ser aproveitada em processos estruturais.

Para que não houvesse problemas de concentração de causas em poucos juízos, foi criado, pelo Congresso, lei que prevê o *Panel on Multidistrict Litigation* para transferir causas com questões de fato comuns, de modo coordenado, composto por juízes federais. O painel verifica se a centralização dos processos será mais justa e tem como objetivo beneficiar o sistema judicial e os litigantes como um todo, não uma parte em particular, sendo dotado de ampla discricionariedade para desmembrar demandas, mantendo parte do julgamento com o juiz de origem e parte para o de destino<sup>558</sup>.

---

<sup>556</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 332.

<sup>557</sup> Nascido em 1948 In MARCUS, Richard L *et al.* Complex Litigation, p. 119.

<sup>558</sup> MARCUS, Richard L et al. Complex Litigation, p. 134 e 137.

Relevante é que o juiz de destino tenha conhecimento prévio das demandas a centralizar e que tenha experiência com casos complexos (estruturais), além de ter motivação e disponibilidade para julgar um grupo particular de casos<sup>559</sup>.

A técnica do juízo universal ou *fórum non conveniens*, contudo, não vem sendo adotada na jurisprudência brasileira, sendo espécie de experimento, pois o Superior Tribunal de Justiça vem fixando o entendimento de que as ações individuais devem ser obrigatoriamente suspensas, para aguardar julgamento das ações coletivas referentes ao mesmo tema<sup>560</sup>. Não há junção das causas duplicadas perante o mesmo juízo.

A mesma técnica suspensiva vem sendo utilizada no sistema de formação de precedentes do CPC, como no incidente de resolução de demandas repetitivas, no recurso especial e no recurso extraordinário repetitivos, que contribuem para a desmobilização do grupo, já que as partes devem aguardar a resolução da causa piloto, deixando de investir no próprio processo.

Finalmente, o uso da técnica da prevenção aventado no Ceará, que enseja a criação de espécie de juízo universal é sugestão relativa a uma mudança de paradigma do comportamento dos juízes que se deparam com ações individuais, quando existente ação coletiva estrutural, que parece ter inspiração no *fórum non conveniens* americano, criado para tratar litígios complexos.

Ora, o tema é tormentoso, pois os instrumentos aventados consideram a flexibilização do entendimento de regras sobre competência, sendo necessária a alteração legislativa.

#### **4.3.5. Produção probatória: novas abordagens**

No processo estrutural se busca a prova do padrão de conduta que denote violação continuada, um problema disseminado, recorrente, inerente ao funcionamento da própria estrutura, não se tratando de ilícito episódico<sup>561</sup>.

Difícilmente o litígio será controverso, pois uma vez que tem repercussão social significativa, não é difícil comprovar a sua existência por meio de documentos produzidos, muitas das vezes, em sede de inquérito civil. Os réus é que deverão comprovar o funcionamento adequado da instituição, nos termos da regra que permite a inversão do ônus da prova em favor

---

<sup>559</sup> Ibid., p. 139.

<sup>560</sup> Casos citados: REsp 1110549/RS, Tema 923 e REsp 1525327/PR. In VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 333 e nota 29.

<sup>561</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 73.

da coletividade, já que o Superior Tribunal de Justiça aceita a aplicação do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor a qualquer controvérsia, além da consumerista<sup>562</sup>.

O que se busca provar, de fato, é a (in) viabilidade da solução do problema estrutural sob o ponto de vista financeiro ou gerencial e a impropriedade das medidas propostas no plano para resolver as questões. Ambas as discussões têm natureza prospectiva, devendo o Poder Judiciário determinar medidas para o futuro.

Assim, além da aceitação de outros elementos de prova no processo estrutural, há que ser referida a importância de se ter a fase probatória disponível em momentos posteriores ao início da implementação de um plano, para viabilizar a produção de novos elementos de provas que esclareçam as transformações provocadas pelo plano, com o fim de retroalimentar o sistema<sup>563</sup>.

A abertura maior da fase probatória poderia ser justificada à luz do artigo 191 do Código de Processo Civil, relativo à calendarização de atos procedimentais, antes de ser cogitada a inserção do modelo experimental apregoado pela doutrina estrangeira<sup>564</sup>.

Quanto aos meios de provas, o uso de documentos e justificativas técnicas pormenorizadas seguem o padrão probatório convencional quanto aos assuntos de viés orçamentário, inclusive com necessária menção consequencialista ou comportamento futuro, em obediência ao artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A definição de providências futuras, tangenciando a melhor forma de distribuição orçamentária a longo prazo, exige que a fase probatória inclua a oitiva de especialistas e de gestores executivos e financeiros, bem como autoridades governamentais, seja como testemunhas, ou como peritos<sup>565</sup>.

Como testemunha, se cogita a sua produção pela tomada de depoimento por declaração escrita, sem aplicação dos sistemas clássicos, como *cross* ou *direct examination*, especialmente em assuntos técnicos, já que o comparecimento pode ser um modo hostil de prestar informes que, de outra forma, se viabilizariam por meio escrito<sup>566</sup>. A flexibilidade na produção da prova é um sintoma do controle e gestão do caso pela corte.

Além do que, um meio de prova negligenciado (atípico) e que poderia ser aproveitado é a estatística, ramo da matemática que se incumbe de ordenar e analisar os dados, para permitir

---

<sup>562</sup> No STJ: REsp 1.253.672/RS, AgInt no AREsp 691.589/GO, AgInt no AREsp 222.660/MS, dentre outros. VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 373.

<sup>563</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 386.

<sup>564</sup> Nos termos explicitados no item 2.9. do presente trabalho. VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 387.

<sup>565</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 378.

<sup>566</sup> MARCUS, Richard L et al. Complex Litigation, p. 748-749.

sua exibição ou que deles se extraíam inferências<sup>567</sup>. O método estatístico é relevante, porque é possível a obtenção de informações importantes por meio da coleta de dados de apenas uma fração relevante de toda a população.

O elemento da probabilidade, que é realidade (aparentemente) fora da técnica jurídica que prefere a prova como demonstração direta de um fato, é na verdade elemento subliminar contido nas provas tradicionais, como nas comparações de digitais, testes de DNA e outras de envergadura científica. Assim, não pode ser rechaçado o uso da prova estatística em processos estruturais, pois pode servir para comprovar violações de direitos, já que muitas delas não são verificáveis por provas de outra natureza, ou por demonstração direta<sup>568</sup>.

Organizações internacionais vêm compilando dados interessantes sobre a prática de discriminação, e há notícia de que a maior ação coletiva da história dos Estados Unidos, envolvendo *Wal-Mart Stores v. Dukes* e denúncias de discriminação no ambiente de trabalho foi instruída pelos autores com um grande estudo estatístico para demonstrar que o *Wal-Mart*, como maior empregador privado do mundo, apresentava processo de promoção subjetivo e não publicizado, gerando *déficit* de mulheres nos cargos de gerência<sup>569</sup>.

Assim Vitorelli conclui que *como uma violação estrutural é derivada de um padrão de conduta, as análises estatísticas podem ser um importante elemento para demonstrar que a violação é reiterada e se ela for removida, os resultados da performance da instituição serão superiores*<sup>570</sup>.

Neste viés, a abertura probatória, tanto dos meios, como da produção probatória é discussão relevante em sede de processos estruturais.

#### **4.3.6. Medidas urgentes**

O sistema processual brasileiro dispõe de instrumentos processuais que são facilitadores de uma tutela eficaz, antes mesmo da deflagração do trânsito em julgado da ação e cumprimento de sentença, úteis no processo coletivo estrutural, a exemplo da chamada tutela provisória estrutural, trazida por Vitorelli.

Previstas no artigo 297, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015, possibilitam que medidas urgentes ou com requisitos da evidência sejam implementadas de

---

<sup>567</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 379.

<sup>568</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 381.

<sup>569</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>570</sup> *Ibid.*, p. 383.

imediate. Melhor dizendo, aquelas providências práticas, de curto prazo para o início da implementação de um plano, já na fase de conhecimento<sup>571</sup>.

O início da implementação de tutela provisória facilita o desenvolvimento de fase probatória, que considerará a realidade em mutação, ao mesmo tempo que, pelo caráter de provisoriedade da medida, ainda ensejará alterações e adaptações da tutela. Contudo, é bom reforçar que não é recomendável que liminares sejam concedidas para promoção de alteração profunda da realidade, dada a precariedade de sua natureza.

Vitorelli ressalva que a concessão de medidas liminares estruturais não deve ser proibida pela legislação, devendo haver sopesamento da resposta jurisdicional à luz da urgência, do direito de acesso à ordem jurídica justa e à tempestividade da resposta jurisdicional, bem como do direito do réu à segurança jurídica e da necessidade de prévio contraditório<sup>572</sup>.

Como exemplo de situação estrutural que demandou concessão de tutela de urgência é a relativa ao contexto da pandemia de COVID-19, na ADPF nº 756.

Nela, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu tutela provisória *inaudita altera parte*, de caráter eminentemente estrutural, para determinar ao Governo Federal que promovesse *todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, além de determinar a apresentação de um plano, em 48 horas, acerca das estratégias que colocava em prática ou colocaria para enfrentamento da situação, com atualização a cada 48 horas enquanto durasse a conjuntura excepcional*<sup>573</sup>.

Instrumento importante nos processos estruturais, servem para que sejam debelados riscos de danos irreversíveis aos titulares de direitos violados.

#### **4.3.7. Decisão parcial de mérito**

A decisão parcial de mérito estrutural é mecanismo relevante, pois permite o desfecho de temas com instrução madura ou incontroversos, sem necessidade de esgotamento da fase instrutória, sendo facilitadora em causas complexas que trazem muitos pedidos ou de difícil instrução, e promotora do ideal da tempestiva entrega do serviço jurisdicional<sup>574</sup>.

Ela tem o potencial de colaborar na progressiva redução de complexidade de litígios estruturais, permitindo que o juiz alie a fase de conhecimento com a execução, dando cabo de

---

<sup>571</sup> Ibid., p. 347.

<sup>572</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 349.

<sup>573</sup> Ibid., p. 350.

<sup>574</sup> Ibid., p. 388

importantes questões, enquanto outras prosseguem sendo instruídas. Devido à pouca plasticidade de uma decisão que cinde o mérito, a parcial deve focar temas mais genéricos, como a responsabilidade do réu pelo litígio e pela solução do problema estrutural<sup>575</sup>.

Nessa esteira, o teor das decisões em um processo estrutural deve indicar as medidas necessárias que a princípio devem ser empregadas para atuação do direito material, acompanhando o juiz seu desdobramento, para verificar se elas promovem ou não o direito a ser tutelado. O dispositivo da decisão deve ser um modo de cumprimento, não uma simples ordem<sup>576</sup>.

O ideal de uso de provimentos em cascata em processos estruturais pode ser testado no Brasil, tendo como alternativa o uso da fase de cumprimento de decisões parciais, a primeira decisão servindo como núcleo e as demais, complementares. Se resolvidas todas as questões, a sentença, como ato final, declara o litígio estrutural resolvido. Trabalha-se, concomitantemente, na fase de conhecimento e de cumprimentos parciais, para resolução do problema estrutural<sup>577</sup>.

O julgamento parcial facilita a medição dos riscos para as partes, ensejando a celebração de acordos quanto a temas não decididos, com a suspensão da instrução de outros pontos, além de subsidiar informações nos autos, pois a implementação de partes julgadas enseja a realização de relatórios que servirão como arcabouço argumentativo e probatório para decisões futuras, final ou parcial<sup>578</sup>.

O julgamento de um processo estrutural, assim, não é feito de decisão única, mas de microdecisões que precisam ponderar os impactos sobre os subgrupos afetados, sendo que o resultado deve combinar decisão e implementação.

Segundo Vitorelli, a duração razoável do processo estrutural *é o tempo coerente para produzir a mudança social significativa que o processo pretende (...). Correr para a sentença, em litígios estruturais, não é vantajoso*<sup>579</sup>.

Assim, muito colabora a decisão parcial de mérito para o procedimento estrutural, servindo como mecanismo de retroalimentação contínua.

---

<sup>575</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 388.

<sup>576</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 17.

<sup>577</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 389.

<sup>578</sup> Ibid., p. 391.

<sup>579</sup> Ibid., p. 396-397.

#### 4.3.8. Retenção de jurisdição

Tecnicamente, a retenção de jurisdição, autorizada em alguns ordenamentos alienígenas, ocorre quando o juiz mantém jurisdição para decidir novamente uma questão já decidida, à luz de novos fatos surgidos no futuro, qual seja, decisão anterior não impede nova manifestação judicial sobre o mesmo assunto, para considerar os temas estruturais como algo próximo a relações de trato sucessivo<sup>580</sup>.

No Brasil, o sistema processual permite que o juiz considere, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito de influir no julgamento de mérito, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão<sup>581</sup>.

Vislumbra-se avanço deste entendimento com aplicação da lei de mandado de injunção, que permite a revisão da decisão judicial quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito, pois autorizaria a leitura mais flexível da coisa julgada, diante de relevantes modificações fáticas ou jurídicas supervenientes<sup>582</sup>.

Isso porque para tratar de problemas complexos, soluções e problemas são redescobertos ao longo do processo e, por isso, o rigor da coisa julgada pode ser atenuado no processo estrutural, permitindo-se que a decisão seja progressivamente adequada às modificações da realidade, resguardado o contraditório, com retenção de jurisdição do juízo prolator da decisão.

Finalmente, a admissão de possível retrocesso das fases processuais implementadas, sem que haja preclusão de determinado debate, visa à garantia da tutela do direito. Se determinado planejamento não foi o mais adequado, se volta a dialogar a respeito de novas medidas cabíveis para a realização da tutela adequada<sup>583</sup>.

Há, portanto, uma adaptação de institutos preclusivos ao longo do procedimento, para rediscussão de tópicos não implementados convenientemente no mundo dos fatos, se retendo a jurisdição, para alcançar adequada tutela do bem jurídico.

---

<sup>580</sup> O Código de Processo Civil da Califórnia prevê em seu artigo 664.6 que *se requerido pelas partes, o juízo pode manter jurisdição sobre a causa para executar um acordo, até que este seja cumprido em todos os seus termos*. VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 438.

<sup>581</sup> Assim, o artigo 493 do Código de Processo Civil: Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir. In VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 441.

<sup>582</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 342.

<sup>583</sup> SQUADRI, Ana Carolina. Processo estrutural e o acesso à tecnologia e a medicamentos como um direito fundamental ao desenvolvimento. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 132, 2022, p. 100.



Em suma, a tentativa é de atribuir-se uma nova visão de institutos tradicionais e seu uso em favor dos processos estruturais, especialmente na teoria das preclusões.

#### 4.3.9. Execução negociada

A execução negociada, para atribuir o caráter flexível de imposição de medidas e assegurar a efetiva tutela do direito coletivo, a partir do diálogo e da colaboração, é outra técnica para implemento da reforma estrutural, cabendo às partes acompanhar a implantação das medidas e a depender do resultado alcançado, cabendo ao juiz a fixação de medidas e revogação do que for ineficaz ao longo do procedimento<sup>584</sup>.

A execução negociada pode ser contemplada na seara dos negócios jurídicos processuais, mediante a calendarização dos atos, técnica de gestão do tempo processual, para que a tutela jurisdicional seja prestada de modo mais célere e racional, mediante a flexibilização procedimental. Há regras processuais que permitem a sua celebração<sup>585</sup>.

Não há problemas no uso dos negócios jurídicos em sede de execução negociada, já que não há intrusão no direito material ou mérito, mas trata dos atos e fases próprias da relação jurídica processual, prescindindo, inclusive, de homologação judicial para produção de efeitos, ressalvada a calendarização, de participação obrigatória do órgão judicial<sup>586</sup>.

Não se tem uma execução em sentido estrito, pois não se propugna pela invasão do Estado-juiz forçadamente na esfera jurídica do demandado, nem por meio de ameaças compelindo o réu a fazer algo (execução indireta), mas como uma *soft judicial execution*, escorada na persuasão, na liquidez, na incitação, na flexibilidade, no diálogo e na criatividade.

Sobrepõem-se os princípios da boa-fé e da colaboração, que assumem alta densidade, pois a cooperação do executado e a lealdade recíproca entre as partes são fundamentais para a obtenção de um cronograma de implantação e à realização da tutela<sup>587</sup>.

---

<sup>584</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo (...), p. 18.

<sup>585</sup> Nos Estados Unidos, a possibilidade de celebração de negócios constitutivos de formato procedimental não tem respaldo legal, mas há livro de recomendações a juízes, o *The elements of case management: a pocket guide for judges*, de William W. Schwarzer e Alan Hirsch e editado pela *Federal Judicial Center* em 2006. Na Europa, a prática é descrita na Recomendação (1984) 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, adotada em 28.02.1984 (prevista hoje no §9-4 do *Dispute Act* norueguês, na regra 1.4.2 das *Civil Procedure Rules* inglesas, no artigo 764 do *Code de Procédure Civile* francês e no artigo 183 do *Codice di Procedura Civile Italiano*. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” (...), p. 36.

<sup>586</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. Negócios jurídicos (...), p. 74.

<sup>587</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” (...), p. 35.

Neste sentido, o modelo de execução negociada deve propugnar pela fixação fracionada e negociada de prazos flexíveis e revisáveis para cada etapa de um cronograma de cumprimento voluntário<sup>588</sup>.

Como medidas de apoio, a doutrina aponta como eficaz a apresentação de um cronograma negociado de cumprimento voluntário para efetivação da tutela específica das obrigações de fazer, como meio não coercitivo, e o uso de medidas atípicas, para que a consecução de metas e resultados sejam alcançados.

Há, por fim, uma verdadeira execução complexa cooperativa, exigindo do juiz e das partes habilidades novas, como são a inclinação para o diálogo, a escuta ativa, a curiosidade, o comprometimento, a articulação, o bom senso, livrando-se as partes da cultura do litígio bilateral, para ser buscada uma pragmática processual, como saber para a busca de estratégias para a harmonização entre executado e exequente<sup>589</sup>.

#### **4.4. APLICAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NO BRASIL**

O estudo de alguns dos casos mais impactantes na sociedade é importante, porque demonstra que o processo estrutural ronda os bastidores da Justiça, bem como compõe jurisprudência brasileira.

Não se analisarão todos os casos, pois não se pretende exaurir a temática no âmbito casuístico, mas demonstrar que nem tudo o que denomina estrutural, de fato o é. Por outro lado, é curial que se conscientize que mais importante do que a reforma estrutural no plano do direito material é o uso de mecanismos processuais estruturantes que, se não levam, necessariamente para a reforma estrutural, geram bons resultados práticos para as múltiplas partes e interessados envolvidos.

Por outro viés, se traz exemplo de prática, ainda, de ativismo judicial, no qual se torna mais evidente a contrarreforma estrutural.

---

<sup>588</sup> Ibid., p. 34.

<sup>589</sup> Ibid., p. 36.

#### 4.4.1. Caso da COVID-19<sup>590</sup>

A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 709 distribuída no Supremo Tribunal Federal é considerada como um marco dos processos estruturais no Brasil. Foi proposta por partidos políticos que narraram condutas omissivas e comissivas do governo federal, no contexto da pandemia de COVID-19, relativamente ao alto risco de contágio e de extermínio de povos indígenas, em violação às garantias constitucionais da pessoa humana.

Um dos pedidos foi de cunho estrutural, qual seja, de elaboração de plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, sendo certo que, ao ser deferida tutela provisória, o ministro relator destacou que as políticas públicas em benefício dos povos indígenas deveriam ser construídas a partir de um “diálogo institucional e intercultural”.

Ficou determinada a elaboração de um plano pela União, com prazo de 30 dias, para enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), representantes das comunidades indígenas, com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), para lhe monitorarem a execução.

Foi realizado o diálogo entre os membros do grupo e os técnicos, sendo que o STF criou uma Sala de Situação para o monitoramento da COVID-19 sob supervisão direta do ministro relator. Ao longo de 2020 foram proferidas dez decisões monocráticas, uma colegiada e um acórdão, além de diversos despachos, com diversas providências. O plano foi criado, com estabelecimento de medidas concretas, indicação de parâmetros mínimos e autoridades que deveriam participar da condução da crise.

É a ADPF nº 709 o primeiro exemplo de processo verdadeiramente estrutural conduzido pelo Supremo Tribunal Federal, já que apesar de não ser o plano perfeito, a sua implementação e desenvolvimento não prescindiam de um esforço coletivo<sup>591</sup>.

Nele se verificam diversas medidas estruturantes, como a supervisão judicial, a criação de comitês, a determinação para elaboração de plano de trabalho e a concessão de medida estrutural urgente, na qual se visava a reformulação da política levada a cabo, até aquele momento, de modo a serem superadas as violações a direitos fundamentais dos indígenas.

---

<sup>590</sup> Comentários gerais a respeito em VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 484-488.

<sup>591</sup> Algumas providências que foram determinadas em juízo: criação de barreiras sanitárias para impedir o ingresso de terceiros em território dos povos indígenas em isolamento ou de povos indígenas de recente contato; plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, criada para gestão de ações de combate à pandemia, composta por autoridades que a União entendesse pertinentes, membros da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Pública da União e por povos indígenas indicados pela APIB, dentre outros. VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 485-486.

É a implementação de um modelo com vertente mais dialógica e participativa.

#### 4.4.2. Caso Raposa Serra do Sol

Outro caso, com elementos estruturais, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, se deu na ação popular Pet nº 3.388/RR, em cujo bojo se admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas a decisão estabeleceu condições, algumas com base na lei e na Constituição, outras, elaboradas em sede de julgamento, conhecido como caso Raposa Serra do Sol<sup>592</sup>.

Esse caso se afina ao modelo de processo estrutural que serviu como catalisador de mudanças institucionais quanto ao tema da demarcação indígena, fomentando a reforma estrutural, alterando comportamento de instituições.

O pedido deduzido na ação popular se referia à declaração de nulidade da Portaria nº 534 do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, que previa a continuidade da demarcação.

A r. decisão traz 19 (dezenove) condições<sup>593</sup>, após declaração de constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa do Sol<sup>594</sup>, e tratam, em geral, da forma como se deve dar o usufruto dos índios nas terras (itens i, ii, iii, iv, vii, viii); da forma de administração, ingresso de pessoas e atuação das autoridades de defesa na área (itens vi, ix, x, xi, xii); da vedação de atividades por grupos não-índios (item xv), além de outras questões de relevo, como a proibição de expansão de áreas demarcadas e a determinação de que os direitos dos povos indígenas não se sobreponham a questões de segurança nacional.

Foi ordenado o cumprimento imediato da decisão, mediante supervisão do eminente Relator do caso.

Na ementa do julgamento da Pet 3388 ED, julgada em 23/10/2013, se asseverou “que as condições consideraram pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada, não apenas por decorrerem da própria Constituição, mas pela necessidade de se explicitarem diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de

---

<sup>592</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos (...), p. 109.

<sup>593</sup> Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em 16 de set. de 2022.

<sup>594</sup> Raposa Serra do Sol é uma terra indígena de 1.747.464 hectares, situada no Estado de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã. Uma parte da reserva faz fronteira com a Venezuela. Destina-se à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas, com uma população estimada de mais de 20 mil habitantes. In CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Caso Raposa Serra do Sol**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7a614fd06c325499f1680b9896beedeb>>. Acesso em 16 de set. de 2022.

forma efetiva as graves controvérsias existentes na região”. Ainda, “que as condições não podem ser objeto de questionamento em novos processos, pois objeto do que foi decidido, fazem coisa julgada material”.

De fato, as condições foram incluídas no julgamento para garantir que as terras indígenas não se tornassem território impenetrável dentro das fronteiras brasileiras.

Algumas delas foram consideradas controversas, pois se aproximavam de normas legisladas, de natureza abstrata, tendo sido alvo de impugnações por interessados no processo, especialmente atacadas aquelas cujo teor fugiam de ditames constitucionais, como a condição que proibia a ampliação da área demarcada e outra que fixava a data da promulgação da Constituição como marco temporal para declarar um pedaço de terra como indígena<sup>595</sup>.

Por tais discussões, o Supremo Tribunal achou por bem aplicar os condicionamentos apenas ao caso concreto *sub judice*, sendo que os fundamentos adotados pela Corte não se estenderiam a outros processos em que se discutisse matéria similar, de forma automática<sup>596</sup>, para evitar a pecha ativista.

Concordes União e Poder Judiciário com os critérios de demarcação, sobretudo o da continuidade, em dissonância do que defendido pelo Estado de Rondônia e autor popular na ação originária, que defendiam a descontinuidade para que não se prejudicasse a produção agrícola do Estado, foi possível concretizar a defesa das áreas por diferentes etnias, com acréscimo das condições ou salvaguardas pelo Judiciário<sup>597</sup>.

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), autarquia vinculada ao Ministério do Meio Ambiente e parte do Sistema Nacional do Meio Ambiente, tendo como missão a proteção do patrimônio natural na promoção do desenvolvimento socioambiental, exercendo o poder de polícia ambiental para proteção das unidades de conservação federais e monitorando o uso público e exploração de seus recursos econômicos (quando permitido)<sup>598</sup>, foi o órgão escolhido pelo Supremo para executar a decisão.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal foi criado ambiente favorável para a elaboração de planos comunitários de manejo ambiental e territorial, e, desde 2015 há instalação de Escritórios Regionais para atendimento das comunidades. Há, com apoio do Poder

---

<sup>595</sup> Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/decisao-raposa-serra-sol-vale-toda-administracao>. Acesso em 16 de set. de 2022.

<sup>596</sup> Disponível em <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7a614fd06c325499f1680b9896beedeb>. Acesso em 16 de set. de 2022.

<sup>597</sup> Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/decisao-raposa-serra-sol-vale-toda-administracao>. Acesso em 18 de set. de 2019.

<sup>598</sup> Disponível em <https://oeco.org.br/dicionario-ambiental/27802-pra-que-serve-o-instituto-chico-mendes/>. Acesso em 18 de set. de 2022.

Judiciário, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), na comunidade do Maturuca<sup>599</sup>.

Há notícias de que a demarcação da área, após dez anos, proporcionou a elaboração do Regimento da Raposa Serra do Sol pelos povos Wapichana, Patamona, Makixi, Taurepang e Ingarikó, que é conjunto de normas baseadas nos costumes, crenças e tradições destes povos que dividem os 1.747.464 hectares.

Houve avanços na seara política, pois foi possível a consolidação da organização dos povos indígenas, tornada a terra um projeto de vida, com produção e comercialização na Raposa. Os povos têm autonomia de decisão, produzindo de forma consciente e responsável.

Anos depois, em 2017, o então presidente da República aprovou parecer da Advocacia Geral da União que manda a União aplicar as “salvaguardas institucionais” estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal para o caso Raposa Serra do Sol para todos os processos de demarcação de terras indígenas. Em outros termos, o parecer vincula a administração pública federal<sup>600</sup>, tornando a decisão do Supremo, destacada de um processo subjetivo, em norma de incidência obrigatória<sup>601</sup>.

A importância da publicação do parecer se dá porque a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) se negava a dar aplicação à r. decisão do Supremo Tribunal Federal, ensejando aumento na judicialização das disputas envolvendo terras indígenas.

No entanto, o Poder Judiciário não serve para fiscalização e monitoramento contínuo do que foi decidido e implementado. Por isso, o envolvimento dos poderes responsáveis por funções de fiscalização e controle devem atuar, sob pena de as terras indígenas sofrerem invasões por exploradores, em violação de normas de preservação ambiental, como é o caso do garimpo ilegal<sup>602</sup>.

Didier *et al* entendem ser o caso emblemático, porque há apanágio de decisões estruturais, com imposição de regime jurídico de transição entre a situação anterior e a querida, concretizando o princípio da segurança jurídica<sup>603</sup>.

---

<sup>599</sup> Disponível em <https://cimi.org.br/2019/10/raposa-serra-do-sol-como-esta-a-terra-indigena-apos-uma-decada-da-historica-decisao-do-stf/>. Acesso em 18 de set. de 2022.

<sup>600</sup> De acordo com o artigo 40 da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia Geral da União), que assim estatui: Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

<sup>601</sup> Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/decisao-raposa-serra-sol-vale-toda-administracao>. Acesso em 16 de set. de 2019.

<sup>602</sup> Disponível em <https://infoamazonia.org/2022/07/07/raposa-serra-do-sol-resiste-a-invasao-de-4-mil-garimpeiros-enquanto-governo-de-roraima-aprova-lei-pro-garimpo/>. Acesso em 18 de set. de 2022.

<sup>603</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos (...), p. 109.

Há a fixação de adoção de formas atípicas de medidas de execução e de mecanismos de cooperação judiciária, bem como consensualidade que abrangeu a adaptação do processo, pois por meio de petições no Supremo Tribunal Federal, a ação popular ganhou efeitos concretos, com disposição de medidas a serem implementadas na origem e pelo órgão executor (ICMBio), para chegar-se ao estado ideal de coisas<sup>604</sup>.

Comparativamente ao caso *Brown*, o Raposa Serra do Sol também apresentou condições ou diretivas/salvaguardas para a implementação da decisão judicial que considerou constitucional preceito da União, relativo à demarcação continuada da reserva. Como em *Brown*, houve paradigma constitucional para a solução do caso (direitos civis nos EUA e direito ambiental no Brasil).

Do mesmo modo, a autoridade da Corte Suprema dos dois países foi questionada, pela abrangência das condições ou diretivas lançadas, caracterizadas como de detalhamento legislativo e, em certa extensão, com afronta da autoridade legislativa de Poder diverso.

No final, em ambos os casos, se contornou a situação mediante o uso de atos normativos do Poder Legislativo (EUA) e do Poder Executivo (Brasil), superando o conflito suscitado entre poderes e a legitimidade das decisões. Com efeito, há confirmação do efeito direto reduzido da decisão, que se ampliou em efetividade após a confirmação do julgado por ato do Poder Executivo, reforçando o efeito indireto provocado pelo Poder Judiciário em poderes concorrentes da formação democrática das leis.

---

<sup>604</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos (...), p. 108.

#### 4.4.3. Caso do rompimento das barragens de Brumadinho

O caso é trazido à tona, vez que nos dizeres impactantes de Fábio Luís Guimarães:

(...) a se pensar numa avalanche de rejeitos de mineração que arraste violentamente vagões de trem, caminhões, máquinas pesadas, veículos, construções e um restaurante, com todas as pessoas que ali estavam para almoçar, tem-se o último capítulo de uma legislação ineficaz e, o primeiro, para uma série de embates por uma renovação do direito<sup>605</sup>.

Ao ceifar a vida de mais de 270 pessoas e inúmeros desaparecidos em 25 de janeiro de 2019, o acidente colocou em xeque o bem-estar e a higidez ambiental, social, econômica, cultural e territorial de diversas comunidades situadas ao longo da bacia do Rio Paraopeba, atingidas pelos resíduos do rompimento<sup>606</sup>.

As ações civis públicas ajuizadas por legitimados ativos como o Estado de Minas Gerais, o Ministério Público e a Defensoria Pública, todas no ano de 2019, em razão do rompimento da barragem B-I de rejeitos e soterramento das barragens B-IV e B-IV-A da Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho, Minas Gerais, decorrente da atividade minerária realizada pela Companhia Vale do Rio Doce – Vale S.A., conhecido como o desastre de Brumadinho, são conhecidas como exemplo de processo coletivo, com elementos estruturais<sup>607</sup>.

A pergunta que se faz quanto ao caso concreto é se seria um problema estrutural, ou uma situação de ilicitude contínua e permanente ou meramente desconforme, ainda que não propriamente ilícita, vez que a barragem instalada como estrutura de risco, deveria ser, nos parâmetros da legislação, alvo de atenção técnica peculiar<sup>608</sup>.

Ana Luíza Barros identificou a situação de omissão reiterada do Poder Público no seu dever de fiscalizar e regulamentar o tema das barragens, diante da prática contínua das mineradoras em adotar o alteamento a montante (método mais barato e inseguro para depósito

<sup>605</sup> GUIMARÃES, Fábio Luís. Brumadinho: Um (doloroso) aprendizado de lições novas de processo coletivo. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jan./abr., 2022, p. 3.

<sup>606</sup> BARROS, Ana Luíza Rocha. Novos sistemas de justiça (...), p. 19/20.

<sup>607</sup> São citadas as seguintes ações civis públicas: 5010709-36.2019.8.26.0024; 5026408-67.2019.8.26.0024; 5044954-73.2019.8.13.0024; 5087481-40.2019.8.13.004 e 5071521-44.2019.8.13.0024. BARROS, Ana Luíza Rocha. **Novos sistemas de justiça na atividade jurisdicional brasileira: o processo estrutural à luz do litígio decorrente do rompimento da barragem da mina córrego do Feijão em Brumadinho/MG**. 2020. 103f. Monografia. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: 2020, p. 10.

<sup>608</sup> GUIMARÃES, Fábio Luís. Brumadinho: Um (doloroso) aprendizado (...), p. 5.



de rejeitos)<sup>609</sup>, que causaram, no desastre narrado, prejuízo aos direitos transindividuais de diversos sujeitos envolvidos<sup>610</sup>.

Ocorrido o desastre, a estratégia dos legitimados ativos foi o ajuizamento de ações cautelares antecedentes, visando à indisponibilidade de bens da mineradora, para, dentre outros objetivos, ser prestado atendimento material e multidisciplinar às famílias que ficaram desabrigadas, além de pedidos para adoção de medidas para mitigação dos danos, melhor dizendo, para contenção do avanço dos rejeitos das barragens rompidas e conseqüente remoção do volume de lama lançado.

Pedidos de monitoramento, mapeamento, fiscalização e entrega de relatórios também compõem o arcabouço de medidas requeridas em juízo<sup>611</sup>. No aditamento dos pedidos na ação principal, é narrada a elaboração de outros mais específicos, mas ainda, amplos e dinâmicos, por ter escorço na gênese e implementação de planos de ação, com cronograma definido e metas, inclusive, de natureza preventiva.

Esse formato é considerado pela doutrina como pedidos de natureza estruturante, inclusive o relativo à exigência de a requerida Vale S.A. custear, a título de danos econômicos, entidades instituídas para prestar assessoria técnica independente às pessoas atingidas pelo desastre<sup>612</sup>.

As ações judiciais ajuizadas são conhecidas como Processo Coletivo do Paraopeba, e se acredita que as medidas requeridas levarão à formação de precedentes na seara estrutural, porque a causa do processo, qual seja, o rompimento da barragem aliado com a omissão contínua do dever de fiscalizar, teria gerado violação massiva e sistêmica de direitos constitucionalmente garantidos, gerando um estado de coisas desconforme ou inconstitucional<sup>613</sup>.

No transcorrer das lides, foram postos em prática mecanismos tipicamente utilizados em lides complexas e estruturais, como a negociação e celebração de acordos, o diálogo entre as partes e o de natureza interinstitucional; a transação sobre direitos, a princípio considerados indisponíveis; medidas típicas de administração, como a forma de captação de água em Pará de

---

<sup>609</sup> Segundo artigo da Minerar Jr, Empresa Júnior de Engenharia de Minas da Escola de Minas da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP, o alteamento a montante é método mais simples e de mais baixo custo de construção, associado à maioria dos casos de ruptura de barragens de rejeitos por todo o mundo. Existem outros métodos de redução de risco de liquefação, sendo o mais conservador deles o alteamento a jusante e o método que apresenta a maior estabilidade, de alteamento na linha de centro. O estudo é parte da geotecnia. Disponível em <https://minerajr.ufop.br/blog.texto26setembro.html>. Acesso em 21 fev. 2023.

<sup>610</sup> BARROS, Ana Luíza Rocha. Novos sistemas de justiça (...), p. 21.

<sup>611</sup> Ibid., p. 23-24.

<sup>612</sup> BARROS, Ana Luíza Rocha. Novos sistemas de justiça (...), p. 25.

<sup>613</sup> Ibid., p.21.

Minas, a ser feita mediante a perfuração de poços artesianos e a construção de reservatório de água, à luz da poluição causado no Rio Paraopeba; a contratação da Fundação Oswaldo Cruz e da Fundação Ezequiel Dias com custeio pela Vale, para monitoramento sanguíneo da população atingida quanto a contaminação por metais pesados<sup>614</sup>.

Arranjos estruturais no Poder Judiciário foram realizados, como a instauração de Comitê para Gestão de Assuntos Emergenciais no Tribunal de Justiça, além de medidas administrativas para aperfeiçoar o funcionamento local do Poder Judiciário, como a criação de secretaria remota para a comarca, capacitação de conciliadores para atendimento às vítimas, a expansão do Centro Judiciário de Soluções de Conflito em Brumadinho. Tal demonstra a necessária mudança de paradigma em lides com ampla repercussão social<sup>615616</sup>.

Os acordos foram celebrados em audiência de conciliação, com homologação em juízo.

A forma multitudinária do conflito ensejou a conclusão de acordos parciais, para que a autocomposição coletiva fosse frutífera, pois caso a lide fosse decidida em um juízo coletivo convencional, a procedência das dezenas de pedidos deduzidos em ações individuais ocorreria por meio de obrigações de fazer e de pagar para reparação dos danos causados, com problematização no momento de seu cumprimento<sup>617</sup>.

Segundo os estudos levados a efeito para fixação dos valores devidos a título de indenização, foi considerada a natureza irradiante do conflito, as localidades mais afetadas e os grupos que suportaram os efeitos da ação em maior ou em menor grau.

O maior trunfo deste feito com diversas medidas estruturantes foi a realização de mediação pelo Tribunal, após estabelecimento de uma comunicação fluída entre as partes, apesar da alta animosidade, especialmente, diante da perda de vidas, do dia a dia prejudicado e das aflições sofridas após o desastre ambiental<sup>618</sup>.

Assim, o (s) acordo (s) coletivo (s) firmado (s) com a participação da corte, equivalendo a verdadeira decisão estrutural, partiu do problema da insegurança das barragens, a maneira pela qual são monitoradas e os danos que causou após o seu rompimento, para reorganizar o problema, instando os envolvidos à adoção de conjunto de medidas de fortalecimento do serviço público e seu aperfeiçoamento para melhoria da infraestrutura

---

<sup>614</sup> GUIMARÃES, Fabio Luís. Brumadinho: Um (doloroso) aprendizado (...), p. 2.

<sup>615</sup> Ibid., p. 6.

<sup>616</sup> Essas medidas são trazidas por Susan Sturm, utilizadas no direito norte-americano para resolução de casos estruturais, sobretudo envolvendo litígios de direito público.

<sup>617</sup> GUIMARÃES, Fabio Luís. Brumadinho: Um (doloroso) aprendizado (...), p. 11.

<sup>618</sup> Ibid., p. 15.

local<sup>619</sup>, apesar de alguns interesses envolvidos serem indisponíveis (meio ambiente), para que a tutela fosse satisfatória do ponto de vista de seu cumprimento e efetividade social<sup>620</sup>.

São noticiados no acordo sessenta e seis projetos para fortalecimento do serviço público estadual, além de vinculação de receitas indenizatórias para custeio de despesas correntes do Estado, inclusive contratações temporárias de pessoal em função do rompimento da barragem e do cumprimento do acordo, com claro impacto orçamentário e administrativo<sup>621</sup>.

Com cumprimento das obrigações em perspectiva e a particularidade procedimental, o caso poderia ser classificado como estrutural. Mas há divergência.

Na ausência de previsão judicial para a mudança ou aperfeiçoamento na regulação estatal em relação à segurança nas barragens, a mudança estrutural não foi completa, mas não se pode negar que a ação coletiva venha dotada de elementos estruturantes<sup>622</sup>.

Releva ressaltar que quanto ao tema da reestruturação e fiscalização das barragens no país, o Ministério Público Federal propusera ação civil pública, esta estrutural, contra a União e a Agência Nacional de Mineração (ANM), no contexto do desastre aqui narrado e de Mariana.

Terminou em acordo, cuja cláusula sexta se estabeleceu que a *ANM elaborará plano de reestruturação da atividade de fiscalização de Barragens no Brasil, respeitada sua autonomia institucional*. Assim, não houve interferência ou prática de ativismo sobre matérias e atividades concernentes à agência reguladora, sendo que o acordo prevê medidas estruturais que orientaram a formulação dos pedidos na ação civil proposta, inclusive com vinculação de alocações orçamentárias futuras e possibilidade de aprovação de projeto de lei, compromisso assumido pela União<sup>623</sup>.

Em nossa opinião, o caso Brumadinho apresenta importantes técnicas procedimentais, que podem ser aproveitadas em lides complexas. O fato de não haver incursão na política de barragens não torna o caso menor em importância, pois neste sentido, se evitou a incursão judicial em assunto regulatório, isto é, o Poder Judiciário se esquivou da atuação ativista, em claro respeito às outras esferas de Poder.

---

<sup>619</sup> Ibid., p. 13.

<sup>620</sup> Ibid., p. 16

<sup>621</sup> Ibid., p. 22.

<sup>622</sup> GUIMARÃES, Fabio Luís. Brumadinho: Um (doloroso) aprendizado (...), p. 25.

<sup>623</sup> VITORELLI, Edilson. Processo civil (...), p. 215.

#### 4.4.4. Os casos de reserva de vagas em creches municipais e outros direitos fundamentais – a contrarreforma.

Famosos e de relevo na doutrina defensora dos processos estruturais são os casos envolvendo a concessão de vagas em creches da rede pública municipal, assunto no qual as instituições autoras (especialmente pelo patrocínio da Defensoria Pública) preferem a demanda individual, em detrimento de ações coletivas<sup>624</sup>.

A deflagração desta litigiosidade individual no tema das creches e pré-escolas ocorreu porque na primeira década dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal defendia tese de que o Poder Judiciário poderia agir, na omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, na formulação e execução de políticas públicas, para o Poder Judiciário determinar, mesmo excepcionalmente, a sua implementação pelos órgãos estatais inadimplentes, superando situação de comprometimento da eficácia e integridade de tais direitos<sup>625626</sup>.

O Supremo atribuía eficácia direta e imediata à norma do artigo 208, IV da Constituição Federal<sup>627</sup> que estabelece o dever de o Poder Público assegurar educação infantil, em creche e pré-escola pelos Municípios, ensejando a entrada de milhares de ações individuais em face do Município de Santo André e da Capital, com provimento favorável nas instâncias inferiores, criando-se um problema de política pública<sup>628</sup>.

Seguindo doutrina constitucional que traz a diferenciação da eficácia dos direitos previstos em normas da Constituição Federal, Ramos afirma que o deferimento de ações pretendendo a concessão de vagas em creches ou educação infantil têm teor ativista, pois não é dado ao Poder Judiciário definir o nível de eficácia da norma constitucional de natureza programática<sup>629</sup>.

Outrossim, os direitos fundamentais sociais são veiculados por normas constitucionais de eficácia limitada, portanto, derivados. O direito à educação infantil constitui modalidade do

---

<sup>624</sup> Vitorelli aponta outros exemplos, como ocorreu no caso Brumadinho, no qual a Defensoria Pública de Minas Gerais criou um canal de negociação individual para celebração de acordo, o que se supunha deveria ser uma negociação coletiva. Nos casos de direito à saúde ocorre o mesmo artifício, de busca de soluções individuais, em detrimento da estrutural de viés coletivo. *Ibid.*, p. 479.

<sup>625</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 269-270.

<sup>626</sup> A título exemplificativo, Sérgio Cruz Arenhart cita outros exemplos de decisões superiores sobre intervenção em políticas públicas: AgRg na SL 47PE, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, Dje. 29.04.2010; AgRg no RE 628.159/MA, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, Dje 14.08.2013; AgRg no AgIn 810.410/GO, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, Dje 07.08.2013. In ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito (...)*, p. 392.

<sup>627</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

<sup>628</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil*, p. 124

<sup>629</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 270.

direito social à educação, cuja exigibilidade é diferida. A sua previsão no ECA (artigo 54) não teria, neste espeque, autonomia regulatória, pois é mera reprodução do preceito constitucional (artigo 6º, *caput*), sem plenitude no plano da eficácia<sup>630</sup>.

Não seria lícito, portanto, ao Poder Judiciário ignorar a opção prescritiva adotada na Constituição que torna dependente de providências integrativas o enunciado constitucional, de amplo espectro, como a formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangendo medidas legislativas, administrativas e orçamentárias que extrapolam os limites da função jurisdicional<sup>631</sup>.

Nesta seara, o Supremo alterou a estrutura da norma constitucional.

Vitorelli expõe que é possível extrair deste entendimento, permissão para que o Poder Judiciário aja em praticamente todas as políticas imagináveis, já que ao contrário da Constituição norte-americana, bastante sucinta, a brasileira contempla direitos fundamentais amplos o bastante para apoiar, em base constitucional, qualquer política pública, bastando pequeno esforço argumentativo<sup>632</sup>.

Nessa linha, a reforma da política pública começou a ser realizada pelo Poder Judiciário, de modo distorcido e sem planejamento, mediante julgamento de ações judiciais individuais, e especialmente em São Paulo, de 2011 a 2014, mais de oito mil vagas foram “criadas”, com efetivação de matrículas de crianças em estabelecimentos escolares sem criação de estrutura adequada, resultando na desastrosa superlotação de salas de aula e a redução da qualidade de ensino<sup>633</sup>.

Ciente deste problema, a Municipalidade paulistana celebrou acordo nos autos da ação civil pública nº 0150735-64.2008.8.26.0002 em 2016, no qual se comprometia a implementar 85.000 (oitenta e cinco) mil vagas em creches até o final de 2020, inexistindo cláusula que restringisse o ajuizamento de novas demandas<sup>634</sup>.

Pela tensão criada em âmbito judicial, a Municipalidade tomou medidas institucionais para promover a disponibilização de vagas e acesso adequado da população à informação, como foi a inauguração da plataforma “Vaga na Creche”, denotando efeitos positivos da demanda coletiva<sup>635</sup>.

---

<sup>630</sup> Ibid., p. 272.

<sup>631</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial (...)*, p. 271.

<sup>632</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil*, p. 103.

<sup>633</sup> Ibid., p. 126 e notas 64 e 65.

<sup>634</sup> Ibid., p. 173.

<sup>635</sup> A plataforma Vaga na Creche é resultado da evolução do sistema Fila Na Creche que foi lançado em abril de 2018, em versão beta como um dos produtos de iniciativa de governo aberto da Secretaria Municipal de Educação. Disponível em <https://educacao.sme.prefeitura.sp.gov.br/entenda-como-funciona-a-plataforma-vaga-na-creche/>. Acesso em 20 de dez. de 2022.

Nessa esteira, apesar de o Poder Judiciário também ter posicionamento sobre a excepcionalidade que deve permear sua intervenção em determinados assuntos, como asseverado no Recurso Especial 1367549, no qual se declara que “*em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar*”, persiste o viés intervencionista em áreas que são consideradas como prioritárias, como a saúde, a educação e o meio ambiente equilibrado<sup>636</sup>.

Os casos de implementação de direitos sociais denotam que as ações individuais, apesar de minarem a política pública, continuam a ser ajuizadas, com comprometimento do planejamento das políticas.

Nesta seara ainda se vive com o fantasma do ativismo judicial monológico, que provoca a quebra da isonomia e o privilégio de quem litiga antes, gerando a contrarreforma estrutural<sup>637</sup>.

Quanto aos temas suscitados, ainda deve haver mudança de cultura no Brasil, para uso dos instrumentos processuais de gerenciamento das lides.

#### **4.5. COMPATIBILIZANDO O PROCESSO ESTRUTURAL COM O ESTADO DE DIREITO NO BRASIL**

O processo estrutural, finalmente, deve refletir o senso de civilidade do Estado brasileiro, para não ser usado com viés totalitário, mas representar o espírito de liberdade próprio da luta pelo Direito, em respeito à ordem constitucional e as garantias do devido processo legal.

O processo não pode prejudicar o crescimento da nação, por meio de interpretações desgarradas do texto normativo e dos postulados hermenêuticos. A insegurança jurídica monumental que se traz com a prática do ativismo afasta investimentos no país, já que estrangeiros querem objetividade e cumprimento das regras<sup>638</sup>.

É conhecida, inclusive, no âmbito dos tribunais, a prática de uso seletivo da subsunção, que é a escolha normativa operada de forma desvirtuada, para atender o interesse ou a pessoa envolvida, fugindo do princípio da isonomia, cedendo à pressão do governo, de elites políticas

---

<sup>636</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil*, p. 104.

<sup>637</sup> Termo cunhado por Edilson Vitorelli, se refere à possibilidade de o Poder Judiciário se tornar o arauto da contrarreforma, na medida em que a reforma pode estar ocorrendo em outro fórum ou esfera. VITORELLI, Edilson. *Processo civil*, p. 509.

<sup>638</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Judicialização (...)*, p. 114.

ou pressões populares, ainda mais mediante o uso de decisões monocráticas proferidas no âmbito das cortes de Poder<sup>639</sup>.

O Poder Judiciário não poderá mais atuar casuisticamente, decidindo de maneira diversa para situações análogas, para fazer oscilar a jurisprudência e a estabilidade jurídica das relações. Conhecidos são os fenômenos da “supremocracia” e “ministrocracia” no Brasil, pois o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem deixado de atuar com coesão e linearidade, para agir como se cada ministro fosse uma corte diversa ou uma ilha de pensamento autônoma<sup>640</sup>.

Também há de serem tomados outros cuidados quanto ao uso de processos complexos e estruturais, no contexto do direito brasileiro que é bastante regulado, tendo o princípio da legalidade como um dos bastiões constitucionais.

A litigiosidade não pode ser transformada em substituta, pura e simples, de todas as demais instâncias de poder, para tornar a ação política e regulatória desnecessárias. Isto porque a litigiosidade gera resultados incertos, mas que são mais rápidos do que a regulação, de natureza mais lenta, mas é previsível e dá tempo para que as instituições a ela se adaptem<sup>641</sup>.

Os juízes devem mudar a realidade e refletir sobre ela por meio de raciocínio concreto, se socorrendo de dados positivos, abandonando a prática do raciocínio casuístico<sup>642</sup>. Por isso, o direito coletivo está diretamente implicado nos processos estruturais, sendo o novel ramo jurídico do século XXI<sup>643</sup>.

Outrossim, a intensificação da litigiosidade estrutural e de grande impacto tem chances de desaguar em condutas indesejadas, como a prática de legislatura para filtrar a discussão de temas sensíveis em sede judicial, a amenização de normas de responsabilização, a diminuição de recursos para entidades e associações representativas de grupos de interesses, dentre outras políticas de retaliação<sup>644</sup>.

Nesse viés, o processo estrutural não vem para se juntar à intensa litigiosidade, mas pode ser alternativa para diminuí-la, com concentração de esforços para resolver problemas de base, não destruindo Estados nacionais, mediante condenações que imponham substanciais e caras mudanças de políticas públicas, ou pondo em xeque grandes e estáveis corporações surpreendidas com condenações milionárias, sob pena de ser o processo politizado, já que

---

<sup>639</sup> OLIVEIRA, Lucas Soares de. *Metástases políticas (...)*, p. 36.

<sup>640</sup> OLIVEIRA, Lucas Soares de. *Metástases políticas (...)*, p. 49.

<sup>641</sup> YEAZELL, Stephen C. *Unspoken truths (...)*, p. 1780.

<sup>642</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” (...)*, p. 33.

<sup>643</sup> SANTOS, Dorival Moreira dos. *Anteprojeto do código (...)*, p.39.

<sup>644</sup> YEAZELL, Stephen C. *Unspoken truths (...)*, p. 1772.

grandes réus podem fortalecer laços políticos, para resguardar interesses econômicos, ameaçados, em grande medida, pela intensa e descontrolada litigiosidade<sup>645</sup>.

O que se vem buscando na doutrina alienígena e na nacional é a quebra do paradigma do modelo clássico de processo para enfrentamento de novas questões na sociedade complexa, mediante o uso de habilidades em seara judicial<sup>646</sup>, para fuga de modelos sancionatórios, como a execução forçada e a incidência de multa e algumas atrocidades, como a ameaça de prisão (*contempt of court*) contra agentes públicos, especialmente, sem previsão legal que permita a acumulação de sanções processuais e penais<sup>647</sup>.

Deve-se privilegiar a resolução do conflito para desfocar do julgamento isolado do juiz, já que o novo Código de Processo Civil foca em institutos como a permissão para se celebrar negócios jurídicos processuais e incentiva a autocomposição, ensejando o redimensionamento do papel do Poder Judiciário e a sua democratização no que tange ao exercício tradicional da jurisdição<sup>648</sup>.

Assim, na supercomplexidade da vida social pós-moderna, as fórmulas de coercitividade judicial tendem a falhar e estão na contramão de um mundo onde se vê a preferência por técnicas leves de interferência social<sup>649</sup>, como tendencialmente se apresenta o novo Código de Processo Brasileiro.

O procedimento, posto como mecanismo de realização de direitos, é elemento importante, pois traz o gerenciamento judicial e os métodos de solução alternativos como mudanças procedimentais usadas para alcançar certos objetivos. Outros mecanismos podem ser pensados e vem sendo, para que se fuja de óbices como a intrusão dos juízes em assuntos de outras esferas de poder<sup>650</sup>.

---

<sup>645</sup> Questão levantada nos Estado Unidos, quando do uso das *class actions* envolvendo bilhões de dólares. In YEAZELL, Stephen C. *Unspoken truths* (...), p. 1771.

<sup>646</sup> MARCUS, Richard. *Public Law Litigation* (...), p. 651.

<sup>647</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” (...), p. 32.

<sup>648</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. *Negócios jurídicos* (...), p. 73.

<sup>649</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” (...), p. 33.

<sup>650</sup> MARCUS, Richard. *Public Law Litigation and Legal Scholarship* (...), p. 686.



#### 4.6. DIFICULDADES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NO BRASIL

As principais dificuldades para implementar o processo estrutural consistem na falta de legislação e estrutura do Poder Judiciário para efetivá-lo, principalmente em sede de execução<sup>651</sup>.

A doutrina aponta que nas relações privadas, há resquícios de leis que permitiriam a criação de decisões microinstitucionais, a exemplo da Lei nº 12.529/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência prevendo instrumentos que, judicial ou extrajudicialmente, autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento destas decisões<sup>652</sup>.

No anteprojeto de Código de Processo Civil, foi criado o artigo 151, que previa em seu §1º, “*quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste*”<sup>653</sup>.

O dispositivo permitia liberdade ao juiz para promover procedimento compatível com o processo estrutural, para surtir efeitos concretos, mas não foi aprovado na versão final do atual Código de Processo Civil.

À míngua de legislação específica, ainda há outros obstáculos a serem superados, no atual Estado telocrático (*télos*=fim, *krátos*=governo), no qual os papéis tendem a mudar, pois o Poder Legislativo passa a estabelecer os fins, o Poder Executivo a implantar os meios para atingi-los e o Poder Judiciário a controlar a implantação<sup>654</sup>.

O Poder Judiciário precisará pensar o papel e a preparação dos juízes para tempos em que se exigem habilidades além da técnica de composição de conflitos bilateral, para que aprendam novas formas de diálogo estruturalmente distintas, como a interação com agentes que participam do processo estrutural e todo o *staff* técnico, sintonizando a atuação deles com os anseios da população e haja legitimidade.

---

<sup>651</sup> MOSSOI, Alana Carolina; MEDINA José Miguel Garcia. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 1018, n. 1046, p. 255.

<sup>652</sup> Edilson Vitorelli cita os artigos 38, VII e 61, §2º, VI que preveem sanções à prática de atos que violam a ordem econômica a adoção de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. In VITORELLI, Edilson. Decisões estruturais no direito (...), p. 396.

<sup>653</sup> MOSSOI, Alana Carolina; MEDINA José Miguel Garcia. Os obstáculos (...), p. 261. Também em Código de Processo Civil: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

<sup>654</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” (...), p. 25.

O juiz deve ter mínimo domínio da linguagem político-administrativa e da técnico-científica, deslocando-se para a mediação multilateral, e caminhar na concretização de grandes objetivos socioeconômicos previstos na Constituição, mitigando a prática de ativismo<sup>655</sup>.

Melhor dizendo, é necessário o treinamento e preparação multidisciplinar dos magistrados para lidar com novos contextos de litígios e abordagens.

O novo Código de Processo, quanto ao regramento da execução, não alterou o estatuto anterior e não trouxe inovações para o trato de questões coletivas, nem para aquelas demandas relativas às políticas públicas, detendo-se mais na busca pela solução consensual dos conflitos e aperfeiçoamento de resolução de processos de massa<sup>656</sup>.

Outro impasse é a existência do princípio da demanda, que exige do juiz a decisão de mérito nos limites propostos pelas partes, e, para operar o processo estrutural, necessário que se tenha flexibilidade para a adequação da decisão judicial às particularidades do caso concreto<sup>657</sup>.

Apesar de existente a possibilidade de aplicação de medidas atípicas na execução, a ausência de previsibilidade e de modelo legalmente predefinido a ser observado, ensejam cuidados na eleição de uma multiplicidade de medidas executivas que podem ser aplicadas e quanto à forma de aplicação de tais medidas, com certo grau de indefinição também em sede jurisprudencial<sup>658</sup>.

Obstáculos como a ausência de disposição das partes para soluções concertadas, desinteresse pela cooperação e por procedimentos deliberativos em busca de consensos, são outros empecilhos relevantes, pois não há cultura consolidada no Brasil acerca da adoção de soluções alternativas ao modelo de adjudicação bilateral, seja porque é mais trabalhoso para as partes o envolvimento pessoal para solucionar o problema, seja pelo volume de trabalho existente.

A ausência de capacidade institucional do Judiciário para lidar com questões técnicas relacionadas a políticas públicas também é arguida na doutrina<sup>659</sup>.

Os custos econômicos destes processos não podem ser desprezados, pois não há fontes de custeio adequadas para processos longos e com grandes quantidades de sujeitos

---

<sup>655</sup> Ibid., p. 34.

<sup>656</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. Negócios jurídicos (...), p. 69.

<sup>657</sup> PINTO, Henrique Pinto. O enquadramento das decisões estruturais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 271, 2017, p. 377.

<sup>658</sup> MOSSOI, Alana Carolina; MEDINA José Miguel Garcia. Os obstáculos (...), p. 265.

<sup>659</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. Negócios jurídicos (...), p. 69.

participantes. O acompanhamento da implementação de medidas estruturais ao logo do tempo demanda mais juízes, melhor estruturação do Poder Judiciário e, portanto, mais gastos<sup>660</sup>.

Finalmente, o dogma da separação de poderes é um grande obstáculo pois, por mais que se queira afastá-lo, as funções de Estado devem ser lidas, sob a lente constitucional, com o fim de preservação da estruturação dos poderes, sendo inafastável que cada qual tem seu espaço de atuação delimitado pela norma superior e respeitada a lei básica da física, relativamente ao espaço que deve ser ocupado por cada um.

#### **4.7. DE LEGE FERENDA: O NOVO MODELO PROCESSUAL ESTRUTURAL NO BRASIL**

De todo o exposto, verifica-se que o processo estrutural não é previsto na legislação brasileira com tal nomenclatura. Mas se pode extrair que as preocupações atinentes ao processo coletivo lhe são correlatas.

Uma primeira abordagem é considerar que o processo estrutural está contido no âmbito dos processos coletivos, para o qual o Brasil tem pretensão de constituir um Código Brasileiro, cujo cerne é destacar as peculiaridades desse universo, sem descolamento do Código de Processo Civil, conforme leciona Leonel:

Aceitamos a ponderação de que a tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, de fato, apresenta peculiaridades que devem contar com regulamentação própria. Mas as vigas mestras para a compreensão do processo civil (seja ele individual ou coletivo) encontram-se assentadas na doutrina tradicional, bem como no nosso Código de Processo Civil<sup>661</sup>.

O Anteprojeto de Código de Brasileiro de Processos Coletivos visa representar um avanço, fortalecimento e desenvolvimento da legislação do direito processual coletivo, e melhoria para a prestação jurisdicional no Brasil<sup>662</sup>. São várias as versões, mas ficou consolidado no projeto de lei PL nº 5.139/2009 que aguarda deliberação de recurso na mesa diretora da Câmara dos Deputados e não contemplou todas as intenções de avanço legislativo<sup>663</sup>.

<sup>660</sup> MOSSOI, Alana Carolina; MEDINA José Miguel Garcia. Os obstáculos (...), p. 263.

<sup>661</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e (...), p. 145.

<sup>662</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis., GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

<sup>663</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em 05 mar. de 2023.

O projeto de lei destaca a necessidade de, sempre que possível, as ações coletivas serem processadas e julgadas por magistrados especializados. Essa preocupação é dimensionada por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

Os processos coletivos não podem permanecer perdidos e misturados a outras centenas ou milhares de processos individuais, gozando, na prática, de idêntico valor e sendo-lhes atribuídos os mesmos recursos humanos e materiais. Deve-se entender que os recursos humanos e materiais e o tempo despendido para os processos coletivos representam investimento em benefício da própria saúde do Poder Judiciário, que só poderá dar vazão aos conflitos de massa que lhe chegam se enfrentados e processados coletiva, molecularizada e conjuntamente, e não de modo disperso e contraproducente<sup>664</sup>.

Não sendo possível a especialização, os feitos coletivos deverão ter prioridade de processamento e julgamento. Nesse espeque, a legislação visa mitigar o número de ações individuais, com necessidade de estrutura apropriada do Poder Judiciário ser implementada, para adequado gerenciamento de dados destes processos em âmbito nacional<sup>665</sup>.

Há outras novidades sobre as quais a doutrina vem se debruçando e se pretendem sejam inseridas no regramento coletivo, mas que não foram contempladas no projeto de lei, como a ampliação do rol de legitimados mediante a inclusão da pessoa natural para a defesa dos direitos e interesses difusos, garantida em países como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Portugal e Austrália, fazendo valer o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Além da aferição da representatividade adequada dos legitimados, por meio do uso de parâmetros como credibilidade, prestígio e experiência, capacidade, histórico e conduta em outros processos coletivos, sendo substituídos por outros legitimados, caso inaptos para a defesa do bem jurídico tutelado<sup>666</sup>.

Outros temas que a doutrina explora e são coincidentes com as preocupações no processo estrutural se referem à questão probatória, quais sejam, a atribuição do ônus a quem detiver mais conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos ou facilidade em demonstrá-los, considerando as alegações de todas as partes; regras de preclusão mais flexíveis, dentre outros instrumentos e mecanismos estudados ao longo do trabalho<sup>667</sup>.

A reforma da legislação do processo coletivo, bem como a aprovação de um código específico são temas atuais e em discussão na academia, sem que a via legislativa tenha acompanhado as atualizações, dado os anos de retardo na análise do referido projeto de lei.

---

<sup>664</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código (...), p. 19.

<sup>665</sup> Ibid., p. 19-20.

<sup>666</sup> Ibid., p. 23-24 e 26.

<sup>667</sup> Ibid., p. 28.

Paralelamente à discussão do código de processo coletivo, existe o projeto de lei nº 8.058/2014, que “institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”<sup>668</sup>. Como se denota, se restringe a trazer procedimento apto ao tratamento de políticas públicas em juízo, celebrando o *public law litigation*, sem categorizar a modalidade como processo estrutural.

O projeto apresenta como justificacão a necessidade de fixacão de parâmetros seguros para as partes e os juizes lidarem com o controle jurisdicional de políticas públicas, criando-se um processo de cognicão e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervençã do Poder Público e da sociedade.

O projeto é resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido por Grinover, que sucedeu o seu criador, Kazuo Watanabe. Houve colaboraçã de alunos e professores da Faculdade de Direito de Vitória, bem como da Faculdade de Direito da USP e Universidad Lomas de Zamora de Buenos Aires.

Ele conta com a incorporaçã das últimas experiências de tribunais da Argentina, Colômbia e Estados Unidos da América<sup>669</sup>.

Ele estipula, no seu artigo 1º, que o controle de políticas públicas deve ser regido pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário.

O projeto traz um “processo especial” com as seguintes características: a) estruturais para facilitar o diálogo institucional; b) policêntricas, indicando a intervençã no contraditório do Poder Público e da sociedade; c) dialogais, pela abertura de diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; d) colaborativas e participativas; e) flexíveis quanto ao procedimento; f) tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; g) que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; h) que flexibilizem o cumprimento das decisões e que prevejam adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisã do juiz e em estreito contato com este<sup>670</sup>.

---

<sup>668</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervençã em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em 07 de mar. de 2023.

<sup>669</sup> Idem. Justificacão disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1284947&filename=Avulso+-PL+8058/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1284947&filename=Avulso+-PL+8058/2014). Acesso em 07 de mar. de 2023.

<sup>670</sup> Artigo 2º do PL.

Ainda prevê a possibilidade de uso de qualquer ação ou tipo de provimento, para que a política pública seja implementada ou corrigida com a indicação da autoridade responsável por sua efetivação.

O procedimento inclui prazo de manifestação preliminar para a autoridade informar sobre o planejamento, recursos financeiros orçamentários e cronograma para atendimento do pedido, sendo ponto inovador<sup>671</sup>. Nessa fase, ainda, é prevista a designação de audiências públicas e possibilidade de intervenção de *amicus curiae*, além de contemplar os meios alternativos de solução de disputas.

Há disposição que permite, independentemente do pedido do autor (exceção à regra da congruência), o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, tais como a determinação de apresentação de planejamento à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, ou a inclusão de créditos adicionais especiais no orçamento.

A doutrina entende que o projeto de lei constituiria possibilidade de um marco legal que estabelece disciplina normativa sistemática, precisa e segura para a condução do processo jurisdicional. Além de que proporciona instrumentos para a exequibilidade de pronunciamentos jurisdicionais em relação aos quais subjaz constante mutabilidade das necessidades sociais que embasam políticas públicas<sup>672</sup>.

O novo processo seria necessário para o fim de se fixar parâmetros seguros para o magistrado e as partes, e, com cognição e contraditório ampliados, a intervenção judicial em políticas públicas não se torne um problema insolúvel para a Administração Pública.

O modelo superaria as dificuldades oriundas da falta de informações, de dados, de assessoria e de contatos com a Administração encarregada da implementação da política, para trazer à tona a faceta político-participativa do processo jurisdicional com conotação garantista<sup>673</sup>.

Nesse panorama, concorda-se que alguns ajustes devem ser feitos na legislação que contempla o processo coletivo, sendo desnecessária uma lei específica para processos envolvendo políticas públicas, que é espécie de processo complexo, perfeitamente subsumível no microsistema coletivo.

---

<sup>671</sup> LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo (...), p. 283.

<sup>672</sup> Ibid., p. 276.

<sup>673</sup> Ibid., p. 276-278.



## CONCLUSÕES DO TRABALHO

a) o processo estrutural ficou famoso nos Estados Unidos, sobretudo em temas de políticas públicas, mas não deve ser materialmente limitado. O novo modelo que se quer desenvolver, por necessidade pragmática, busca adoção e aplicação de procedimento mais flexível, que seja compatível para o trato de temas complexos, além do uso de mecanismos que proporcionem maior interação e protagonismo compartilhado dos rumos do processo, para efetivação de resultados<sup>674</sup>;

b) deve-se tomar como base de processo estrutural aquele que visa à reforma estrutural, por meio da adoção do procedimento cooperativo e dialogado, preferencialmente. A imposição da reforma pela construção de solução imposta, como em *Brown* nos Estados Unidos, na demanda sul africana por moradia e no Brasil, no caso da Raposa Serra do Sol, ainda remete ao ativismo e ao questionamento do papel do Poder Judiciário, apesar da força simbólica das decisões, sintomas aferidos nos desdobramentos posteriores;

c) o processo estrutural no modelo cooperativo permite que o Poder Judiciário intervenha quando for necessário para solucionar conflitos e realizar a reforma estrutural, sem que incida em excesso, ao afastar julgamentos de casos estruturais em lides individuais, e, ao mesmo tempo, contorna vieses de intervenção deficiente, ao realizar diálogo interinstitucional e gestão de casos por meio de instrumentos processuais disponíveis no sistema nacional<sup>675</sup>. No Brasil se envereda para esta vertente, com destaques para o caso COVID-19 e Brumadinho (com elementos estruturantes), nos quais prevaleceu a ideia de elaboração de planos e autocomposição, envolvendo múltiplos atores processuais, para solucionar graves e complexas questões emergenciais;

d) o formato que se vislumbra ser o mais adequado para o trato da reforma estrutural é o coletivo, sem prejuízo do uso de ações abstratas, como são as de controle de constitucionalidade, com destaques para a ADPF, seja porque admitem representação de ampla gama de interesses atuantes institucionalmente, com enfoque na preservação do sistema de Direito<sup>676</sup>, seja pelos efeitos de suas decisões – *erga omnes*. Propugna-se pelo aperfeiçoamento

---

<sup>674</sup> A mesma reflexão foi feita em OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020, p. 256. Na doutrina alienígena, a doutrina dos processos complexos de Richard Marcus deixa assente que os processos estruturais é espécie do gênero de processos complexos.

<sup>675</sup> MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Covid-19 e tutela (...), p. 572.

<sup>676</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo** (...), p. 249.



do modelo cooperativo e de execução negociada, mediante uso de mecanismos de *soft judicial execution* (autocomposição e diálogo, sem imposição);

e) a prática do ativismo judicial se relaciona diretamente ao tipo de modelo processual utilizado. Se o modelo propugnado adotar elementos do tipo adversarial, a decisão ativista surge com maior frequência, pois seu conteúdo não considera a realidade do problema posto. Por outro lado, se o modelo participativo e de procedimento mais flexível for o adotado, a maior interação das partes permitirão a construção de decisão com menor carga de imposição, mitigando a prática ativista. O modelo individual favorece o fenômeno, enquanto o coletivo, por abranger maior carga de representatividade de interesses, tende a ser menos intrusivo nos negócios dos outros entes;

f) finalmente, se conclui que o procedimento é de grande importância para a solução da questão de mérito, que será mais sofisticada e inerente à realidade se o processo contiver mecanismos que proporcionem a descoberta dos fatos controvertidos, e a maior interação das partes, o que se propugna seja alinhado ao processo estrutural.

## BIBLIOGRAFIA

- ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, vol. 1008, p. 43-54, 2019.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é Direito Alternativo?** Disponível em O QUE É DIREITO ALTERNATIVO 2 (forumjustica.com.br).
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225, novembro, p. 389-410, 2013.
- AZEVEDO, Júlio Camargo de. O processo estrutural como instrumento adequado de controle políticas públicas (uma análise empreendida à luz das experiências jurisdicionais argentina, colombiana e brasileira perante a crise do sistema prisional). **Revista de Processo Comparado**, vol. 6, jul-dez, p. 49-79, 2017.
- BALDO, Rafael Antonio. Democratização do orçamento público pela legalidade, legitimidade e economicidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, vol. 8, nº 1, p. 689-705, 2018. Disponível em: HeinOnline.
- BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Legitimidade do ordenamento jurídico: entre Kelsen e Habermas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3315, 29 jul. 2012.
- BARROS, Ana Luíza Rocha. **Novos sistemas de justiça na atividade jurisdicional brasileira: o processo estrutural à luz do litígio decorrente do rompimento da barragem da mina córrego do Feijão em Brumadinho/MG (Monografia)**. 2020. 103f. Faculdade de Direito. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: 2020. Disponível em <http://tede.domhelder.edu.br/handle/tede/72>.
- BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a “judicialização da política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 103, p. 325/336, 2008.
- BÍBLIA. Português. Tradução de João Ferreira de Almeida. Sociedade Bíblica do Brasil: Curitiba, 1600p, 2015.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, vol. 01, nº 07, p. 5-15, 2000.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª edição. São Paulo: Almedina, 2018.
- CAMBI, Eduardo e WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. Litígios complexos e processo estrutural. **Revista do Processo**, vol. 295, p. 55-84, 2019.

- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de, SOUZA, Gustavo de Assis. Desarmonia da judicialização das políticas públicas: reflexões críticas para a efetivação do direito à saúde no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 42, p. 345-372, 2020.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito alternativo. **Revista Jurídica Consulex**, n. 25, Ano XI, p. 36-37, 1992.
- CHAYES, Abram. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. **Harvard Law Review**, vol. 96, n. 1, p. 4-60, November 1982. Disponível em: HeinOnline.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**, vol. 212, p. 25-56, 2012.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. **Revista de Processo**, vol. 242, p. 49-67, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, vol. 198, n. 36, p. 213-225, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, jan./mar., p. 101-136, 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.
- EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. **Yale Law Journal**, vol. 99, nº 8, p. 1983-2002, June 1990.
- EISENBERG, Theodore; YEAZELL, S. C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 3, p. 465-517, January 1980. Disponível em: HeinOnline.
- FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2015.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2007.
- FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, vol. 78, n. 5, p. 965-980, July 1993. Disponível em: HeinOnline.
- \_\_\_\_\_. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. The limits of judicial Independence. **University of Miami Inter-American Law Review**, vol. 25, n. 1, p. 57-76, 1993. Disponível em: HeinOnline.

- \_\_\_\_\_. Two models of adjudication. How Does the Constitution Secure Rights. **American Enterprise Institute Constitutional Studies**. Robert A. Goldwin e William A. Schambra editors. 1985.
- FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, vol. 91, n. 4, p. 635-697, 1982.
- FUX, Luiz. Tutela jurisdicional: finalidade e espécies. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, vol. 14, n. 2, p. 153-168.
- GARAVITO, César Rodriguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica (versión digital)**, vol. 14, p. 1-27, diciembre 2013.
- GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: Oops...It's still moving! **University of Miami Law Review**, vol. 58, n. 1, p. 143-172, October 2003. Disponível em: HeinOnline.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GUIMARÃES, Fabio Luís. Brumadinho: Um (doloroso) aprendizado de lições novas de processo coletivo. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, jan./abr., p. 1-26, 2022.
- JAYME, Fernando Gonzaga *et al.* (org.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil**. 1ª ed. Belo Horizonte/MG: Del Rey, vol. 1, p. 11-20, 2017.
- JEFFRIES, John; RUTHERGLEN, George A. Structural Reform Visited. **California Law Review**, vol. 95, n. Special Issue, 2007, p. 1387-1422. Disponível em: HeinOnline.
- JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processo Estruturais**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.
- LEONEL. Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido: O direito superveniente**. São Paulo: Editora Método, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Manual do Processo Coletivo**. 5ª ed. ver., ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2021.
- LEVY, Leonard W., PHILIPS, Harlan B. The Roberts Case: Source of the "Separate but Equal" Doctrine. **The American Historical Review**, vol. 56, nº 3, 1951.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas. Breves apontamentos sobre o projeto de lei 8058/2014. **Revista de Processo**, vol. 252, p. 275-300, fev. 2016.

- MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Shneider. Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. **Revista do Processo**, vol. 273, p. 69-93, 2017.
- MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Covid-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo como limite. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 555-576, 2020.
- MAGNOLI, Demétrio (org.). **História das Guerras**. 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2006.
- MARCUS, Richard L. Public Law Litigation and Legal Scholarship. **University of Michigan Journal of Law Reform**, vol. 21, n. 4, p. 647-696, 1988. Disponível em: HeinOnline.
- \_\_\_\_\_. The agenda-setter for complex litigation. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 149 n. 5, p. 1257-1276, 2001. Disponível em: HeinOnline.
- MARCUS, Richard L; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. **Complex Litigation. Cases and materials on advanced civil procedure**. 5. ed. West, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela cautelar a tutela antecipatória. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, nº 1, p. 425-454, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Função controlada do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 24, p. 451-458, 2023.
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. vol. 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política. Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MISHKIN, Paul J. Federal Courts as State Reformers. **Washington and Lee Law Review**, vol. 35, n. 3, p. 949-978, 1978. Disponível em: HeinOnline.
- \_\_\_\_\_. Uses of Ambivalence: Reflections on the Supreme Court and the Constitutionality of Affirmative Action. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 131, nº 4, p. 907-932, 1982-1983. Disponível em: HeinOnline.
- MOSSOI, Alana Carolina; MEDINA José Miguel Garcia. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 1018, n. 1046, p. 255-276, 2020.
- MUNHOZ, Manoela Virmond. O reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos processos estruturais como necessários à solução de litígios complexos: uma análise do recurso especial 1.733.412/SP. **Revista de processo**, vol. 308, p. 231-245, 2020.
- NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol. 7, nº 2, p. 395-412, 1984. Disponível em: HeinOnline.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas na justiça constitucional brasileira: constitucionalismo abusivo, contraconstitucionalismo e teoria dos veto players na atuação do

Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 132, p. 33-74, 2022.

- OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 251-278, 2020.

- PINDER, Kamina Aliya. Reconciling Race-Neutral Strategies and Race-Conscious Objectives: The Potential Resurgence of the Structural Injunction in Education Litigation. **Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties**, vol. 9, nº 2, p. 247-280, 2013. Disponível em: HeinOnline.

- PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 271, p. 369-402, 2017.

- PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla Tutela Sommaria (Note de *iure condito e de iure condendo*). In: **I Processi Speciali (Studi Offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi)**. Napoli: Jovene, 1979.

- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

- \_\_\_\_\_. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, vol. 102, p. 334-356, 2007.

- RENDLEMAN, Doug. The civil rights injunction. **University of Chicago Law Review**, vol. 47, nº 01, p. 199-212, 1979. Disponível em: HeinOnline.

- RIBEIRO, Ana Carolina Cardoso Lobo. O orçamento republicano e as emendas parlamentares. **Revista Tributária e de Finanças Pública**, ano 29, vol. 150, p. 57-78, 2021.

- SABEL, Charles F. & SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. **Harvard Law Review**, vol. 117, p. 1016-1101, 2004. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/737](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737).

- SILVA, Daniel Neves. **O que foi a Guerra de Secessão?** Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-foi-guerra-secessao.htm>.

- SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. **Revista Da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, n. 92, p. 163-198, 1997.

- SOUZA, José Augusto. **Tutela Coletiva de Direitos**. FGV Direito Rio, 2018.2, 156f.

- SQUADRI, Ana Carolina. Processo estrutural e o acesso à tecnologia e a medicamentos como um direito fundamental ao desenvolvimento. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 132, p. 91-111, 2022.
- STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. **Georgetown Law Journal**, vol. 79, nº 5, p.1355-1446, 1991
- TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 94, p. 73-80, 1999. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67433>.
- TISCHAUSER, Leslie Vincent. **Jim Crow Laws: Landmarks of the American Mosaic**. Greenwood: Santa Barbara, California; Denver, Colorado; Oxford, England. 2012.
- VILLAS BOAS, Marco (org.); CECHIN, José (coord.). **Judicialização de planos de saúde: conceitos, disputas e consequências**. Palmas: Editora Esmat, p. 103-116, 2020.
- VIOLIN, Jordão. **Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A experiência Norte-Americana na Resolução de Litígios Policêntricos**. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- VREELAND, Cindy. Public Interest Groups, Public Law Litigation, and Federal Rule 24 (a). **The University of Chicago Law Review**, vol. 57, nº 1, 1990.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284, p. 333-369, 2018.
- \_\_\_\_\_. Litígios Estruturais. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). **Processo Estruturais**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.
- \_\_\_\_\_. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- \_\_\_\_\_. **Processo civil estrutural**. Teoria e prática. 2ª ed. Editora Juspodivm, 2021.
- \_\_\_\_\_. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. vol. 7/2018, jan-jun., p. 147-177, 2018.
- YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **ULCA Law Review**, 25, n. 2, p. 244-260, 1977. Disponível em: HeinOnline.
- \_\_\_\_\_. The misunderstood consequences of modern civil process. **Winsconsin Law Review**, nº 3, p. 631-678, 1994. Disponível em: HeinOnline.
- \_\_\_\_\_. Unspoken truths and misaligned interests: political parties and the two cultures of civil litigation. **UCLA Law Review**, vol. 60, nº 6, p. 1752-1791, 2013. Disponível em: HeinOnline.

- WATANABE, Kazuo (org). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ZANOIO, Guido Timoteo da Costa. Opção pelos pobres, constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e população em situação de rua. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 132, p. 279-297, 2022.
- ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção? **Civil Procedure Review**, vol. 10, n. 2, p. 11-40, 2019.
- ZAVASCKI, Teori Alberto. **Processo coletivo**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005. 295f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2005.