



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

DEMÉTRIO DEMEVAL TRIGUEIRO DO VALE NETO

**MEDIDAS ESTRUTURAIS NO DIREITO BRASILEIRO: PARÂMETROS PARA
APLICAÇÃO NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**NATAL/RN
2020**

DEMÉTRIO DEMEVAL TRIGUEIRO DO VALE NETO

MEDIDAS ESTRUTURAIS NO DIREITO BRASILEIRO: PARÂMETROS PARA
APLICAÇÃO NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. iur. Leonardo Martins,
LL.M.

NATAL/RN
2020

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Neto, Demétrio Demeval Trigueiro do Vale.

Medidas estruturais no direito brasileiro: parâmetros para aplicação no controle judicial de políticas públicas / Demétrio Demeval Trigueiro do Vale Neto. - 2021.

173f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2020.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Martins.

1. Litígios estruturais - Dissertação. 2. medidas estruturais - Dissertação. 3. modificações legislativas - Dissertação. I. Martins, Leonardo. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca CCSA

CDU 347.91/.95



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

Mestrando: DEMÉTRIO DEMEVAL TRIGUEIRO DO VALE NETO

**Título: “MEDIDAS ESTRUTURAIS NO DIREITO BRASILEIRO: PARÂMETROS
PARA APLICAÇÃO NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 27 / 10 / 2020.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Doutor Leonardo Martins – UFRN
Presidente**

**RICARDO TINOCO DE
GOES:46636528400**

Assinado de forma digital por RICARDO
TINOCO DE GOES:46636528400
Dados: 2020.12.16 12:36:31 -03'00'

**Prof. Doutor Ricardo Tinoco de Goes – UFRN
1º Examinador**

**Prof. Doutor Sérgio Cruz Arenhart – UFPR
2º Examinador**

Natal (RN)
Novembro/2020

DEDICATÓRIA

Aos meus amores, Tetê e Maria Clara, que preenchem os meus dias com alegria e leveza.

Aos meus pais Demétrio e Ana Tereza, e a minha irmã, Tina, propulsores da minha formação desde a infância.

AGRADECIMENTOS

A Deus, nosso Senhor Jesus Cristo, pelo dom da vida e da busca pelo conhecimento.
A Ele toda a honra e toda a glória.

A Tetê e Maria Clara, que traduzem o significado do amor e da doação incondicional aos meus projetos, que são todos nossos antes mesmo que eu os sugira.

Aos meus pais Demétrio Júnior e Ana Tereza, incentivadores imensuráveis e responsáveis pela minha formação. A minha irmã, Tina, cujo orgulho desde pequena sempre me inspirou no seu sentido mais puro. A minha avó Ana, sempre muito coruja. Aos meus tios Carlos e Uiara, pelo suporte durante o período de Mestrado, em Natal. Ao meu tio Iraquitã, que me deu incentivo e contributo com ideias e leituras importantes, mesmo não sendo da área jurídica. Aos meus sogros Suy-Mey e Kennedy, sempre com o carinho do incentivo aos meus projetos profissionais.

Ao professor Dr. Leonardo, pelo enorme aprendizado, pela formação adquirida no estágio docência e pela orientação detida e valiosa ao meu trabalho, cujas críticas foram importantíssimas ao aprimoramento constante.

Ao meu amigo Bruno Almeida, cujo artigo em coautoria me trouxe ideias e casos valiosos para a dissertação, sem falar nos debates que muito contribuíram para a sistematização de conceitos.

Aos colegas de turma no Mestrado, especialmente os amigos Patrício e Mariana, parceiros que muito me ajudaram com conselhos, dicas, compartilhamento de material de estudo e trabalhos acadêmicos em conjunto. A companhia de vocês trouxe ainda mais leveza à conclusão do Mestrado.

Aos servidores da Comarca de Santana do Matos, que compreenderam a minha ausência nos períodos necessários. Gostaria de agradecer especialmente aos servidores do gabinete, em especial José Lucas, meu assistente, pela cooperação irrestrita que permitiu desenvolver todas as atividades do Mestrado sem afastamento da jurisdição.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, em especial o Professor Dr. Ricardo Tinoco de Góes, que deu grande contributo à minha formação jurídica, através de discussões pertinentes, intervenções relevantes e ensinamentos valiosos no modo de pensar o Direito e a profissão de magistrado e professor. Ao professor Sérgio Cruz Arenhart, cuja produção teórica constituiu referencial importantíssimo para este trabalho, pelo pronto

atendimento ao convite para integrar a banca examinadora final, fornecendo contribuições que certamente serão valorosas ao aprimoramento desta pesquisa.

Aos amigos Ramon e Fernando, que a PGE-PR me deu, pelas dicas importantes de bibliografia e as contribuições com o aprimoramento do trabalho. Ao meu amigo João Otávio Terceiro Neto, igualmente pelas importantes dicas de artigos e sugestões para o trabalho.

A Felipe Marçal, pelas importantes dicas de leitura que me deu.

RESUMO

O presente trabalho volta-se aos parâmetros jurídicos para aplicação das decisões estruturais no controle judicial de políticas públicas. Inicialmente, são analisadas premissas de análise dos litígios estruturais, por meio da busca de uma definição consistente dessas lides e do papel do juiz brasileiro ao lidar com elas, a partir do estudo crítico da origem do instituto. São apresentadas as normas jurídicas que as fundamentam, bem como de que forma as decisões estruturais operam no contexto de controle judicial das políticas públicas. Após, são segmentadas as fases do litígio estrutural, compostas do conhecimento do problema, da tomada de decisão por meio de uma decisão judicial nuclear e de sua posterior implementação por meio de medidas estruturais de tutela decorrentes, que possuem as características da atipicidade, transitoriedade, indispensabilidade e proporcionalidade (art. 139 do CPC e Art. 23 da LINDB). Ao final, é apresentada a maior adequação do processo coletivo em lidar com litígios estruturais, sendo sugeridas quatro modificações legislativas para lidar com as peculiaridades da superposição de variados conflitos e interesses e da prospectividade da tutela visada nos litígios estruturais, três das quais já engendradas pelo Anteprojeto de Código de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

Palavras-chave: Litígios estruturais; medidas estruturais; modificações legislativas.

ABSTRACT

The present research analyzes the legal standards for the judicial application of structural injunctions in public law litigation. Initially, assumptions for the analysis of structural disputes are analyzed, through the search for a consistent definition of these cases and the role of the Brazilian judge in dealing with them, based on a critical study of the institute's origin. The legal norms that support them are presented, as well as how structural injunctions operate in the context of judicial control of public policies. Afterwards, the phases of the structural litigation are divided, composed of the knowledge of the problem, of the decision making by means of a nuclear judicial decision and of its subsequent implementation by means of resulting structural protection measures, which have the characteristics of atypicality, transience, indispensability and proportionality (art. 139 of the CPC and art. 23 of the LINDB). At the end, it is presented the greater adequacy of the collective process in dealing with structural reform, suggesting four legislative modifications to deal with the peculiarities of the overlapping of various conflicts and interests and the prospective tutelage aimed at structural disputes, three of which have already been engendered by the Draft Code of Collective Procedure of the Ibero-American Institute of Procedural Law.

Keywords: Structural litigation; structural measures; legislative changes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11	
1	PREMISSAS JURÍDICAS PARA A COMPREENSÃO DE UMA POSSÍVEL TEORIA DO LITÍGIO ESTRUTURAL NO DIREITO BRASILEIRO	14
1.1	PROVIMENTOS ESTRUTURAIS COMO DESAFIOS INSTRUMENTAIS NA PROTEÇÃO DE DIREITOS.....	14
1.2	CONTEXTO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO REALIDADE FENOMENOLÓGICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO	22
1.3	PAPEL DO JUIZ NAS REFORMAS ESTRUTURAIS: CONCRETIZADOR DE VALORES CONSTITUCIONAIS?.....	26
1.4	PECULIARIDADES DA GÊNESE DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM SOLO BRASILEIRO	33
2	FUNDAMENTOS JURÍDICOS DAS DECISÕES ESTRUTURAIS NO DIREITO BRASILEIRO	43
2.1	AMPARO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL.....	43
2.2	FUNDAMENTO LEGAL PROCESSUAL.....	47
2.3	FUNDAMENTO LEGAL MATERIAL	54
3	CONTROLE JUDICIAL DIRETO E INDIRETO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO GATILHO ÀS DECISÕES ESTRUTURAIS	58
3.1	CONTROLE DIRETO E INDIRETO: ALICERCES METODOLÓGICOS MAIS FIRMES ÀS DECISÕES ESTRUTURAIS	58
3.2	LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS TÍPICOS: NECESSIDADE OU RISCO DE IMPLOÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES?.....	67
4	SEGMENTAÇÃO DAS FASES DO LITÍGIO ESTRUTURAL	76
4.1	FASE DE CONHECIMENTO DO PROBLEMA	80
4.2	FASE DE TOMADA DE DECISÃO: MATERIALIZAÇÃO DA DECISÃO ESTRUTURAL.....	81
4.2.1	Constatação de prévio estado de coisas inconstitucional?	82
4.2.2	Garantia mínima de direitos sociais?	88
4.2.3	Inércia administrativa na ampliação de direitos e garantias fundamentais com autossuficiência normativa	94
4.3	FASE DE IMPLEMENTAÇÃO DA DECISÃO: O USO DAS MEDIDAS ESTRUTURAIS DE TUTELA.....	96
4.3.1	Atipicidade	98
4.3.2	Transitoriedade	99
4.3.3	Indispensabilidade	100
4.3.4	Proporcionalidade	101
5	DECISÕES E MEDIDAS ESTRUTURAIS EM PROCESSO PRÓPRIO, COLETIVO OU INDIVIDUAL?	111
5.1	LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM PROCESSOS INDIVIDUAIS: TRÁGICA MISSÃO?	112

5.2	LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM PROCESSOS COLETIVOS: NÍVEL DE SUFICIÊNCIA?	122
5.2.1	A superposição de variados conflitos e interesses e as adaptações necessárias ao processo coletivo	123
5.2.1.1	<i>Abertura dos legitimados coletivos à representatividade adequada: sugestão de aprovação do art. 2º do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual</i>	<i>124</i>
5.2.1.2	<i>Participação efetiva dos atores envolvidos: sugestão de modificação legislativa..</i>	<i>132</i>
5.2.2	A prospectividade da tutela visada e as adaptações necessárias ao processo coletivo	140
5.2.2.1	<i>Relativização da regra de estabilização da demanda do art. 329 do Código de Processo Civil: sugestão de aprovação do art. 10, §§ 1º e 2º do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual</i>	<i>140</i>
5.2.2.2	<i>Necessidade de aderência da fundamentação aos limites objetivos da coisa julgada: sugestão de aprovação do art. 34 do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.....</i>	<i>147</i>
	CONCLUSÕES.....	154
	REFERÊNCIAS.....	164

INTRODUÇÃO

Há ultimamente uma preocupação crescente dos processualistas brasileiros com o que se chama de “decisões estruturais”. O termo traz uma complexidade inerente, como se houvesse uma dimensão construtiva de algo não realizável de imediato, que exigisse uma base prévia para dar origem a uma obra, sobre a qual haveria essa base estrutural. A indeterminação só aumenta quando se constata que os aplicadores do direito parecem perdidos, pois mesmo o gatilho que aciona o uso de decisões estruturais no controle judicial de políticas públicas é impreciso. Por conseguinte, a satisfação da pretensão, que é o objetivo final da tutela jurisdicional, é comprometida não só pela dificuldade inerente de operacionalizar novas situações jurídicas, mas sobretudo pela ausência de uma mesma língua entre aqueles que laboram com o processo judicial.

A relação entre o poder público e os juízes não é simples. A função executiva do Estado é independente tanto quanto a judicial, mas o poder revisional outorgado pela Constituição aos juízes, por si só, não municia suficientemente o magistrado para satisfazer com eficiência a tutela pretendida para litígios complexos. Em casos mais simples, cuja pretensão é retrospectiva de um fato ocorrido no passado e opõe somente os interesses do autor e do réu em conflito, essa dificuldade não é sentida. Quando se transpassa para casos mais complexos, voltados a uma tutela jurisdicional prospectiva e caracterizados por interesses superpostos de vários grupos e pessoas diferentes, o julgador encontra-se atado a institutos e procedimentos processuais que o engessam, pois não o permitem sequer compreender integralmente o problema posto, quiçá aplicar o direito de uma maneira racionalmente voltada a satisfazer a pretensão da parte vencedora.

Que são realmente processos, decisões, medidas e litígios estruturais? Há realmente uma diferença entre eles? Estamos diante de mais um modismo, decorrente do descumprimento desordenado e atabalhado de decisões judiciais? Se sim, como lidar com essa situação? Se não, como sistematizar esses conceitos para tentar trabalhar adequadamente com eles?

Sob a ótica do juiz, o objetivo central deste estudo é tentar situar as propaladas decisões estruturais no direito brasileiro, de modo a contribuir com o debate em torno do seu reconhecimento no contexto jurídico pátrio. A partir de uma abordagem bibliográfica analítica, verificar a pertinência conceitual dessa noção jurídica e estudar a sua sistematização metodológica, como ponto de partida para a sua aplicação adequada no processo judicial.

Ao final, se confirmada a expectativa de pertinência do instituto no ordenamento processual brasileiro, será verificado o estágio de reconhecimento a partir de sua fundamentação legal e seu amparo constitucional, de modo a que, por fim, seja apresentada alguma contribuição no fornecimento ao juiz de subsídios jurídicos para a sua aplicação no controle judicial de políticas públicas. O foco é assegurar um nível mínimo de consistência para trabalhar com as decisões estruturais.

A pretensão deste trabalho não se volta ao escopo redentor de solucionar os problemas da tutela coletiva ou estrutural no direito brasileiro, mesmo porque isso demandaria um estudo específico bem mais profundo e complexo. Entretanto, a partir das conclusões iniciais, aspira-se por instrumentos processuais que garantam alternativas para uma melhor adaptação e aplicação do processo aos litígios complexos, voltando-se a soluções que permitam ao magistrado conhecer melhor essas lides e julgá-las melhor.

O capítulo I começa pelas premissas jurídicas para a compreensão de uma possível teoria do litígio estrutural no direito brasileiro. Pretende decifrar o significado das decisões estruturais no ordenamento jurídico brasileiro a partir de um necessário retorno às bases que edificaram o instituto em sua origem, que remonta ao direito norte-americano.¹ A partir dessa abordagem inicialmente desenvolvida, busca-se perquirir em que medida essa produção científica influenciou a formação jurídica pátria, com a finalidade de questionar como deve ser assimilado o instituto dentro da formação jurídica brasileira. Em seguida, são apontados os fundamentos jurídicos, sejam legais ou constitucionais, que amparam as decisões estruturais. Após essa construção, que permite descortinar a existência jurídica do instituto em solo brasileiro, são propostas divisões metodológicas no controle judicial de políticas públicas que buscam maior firmeza metodológica na aplicação das medidas estruturais, as quais influenciaram inclusive a conformação maior ou menor de controle judicial conforme a opção adotada pelo sistema jurídico.

O capítulo IV segue com o propósito de segmentar as fases do litígio estrutural. Para tal fim, esquematiza o que justifica o recurso a decisões do tipo estruturais, terminando por apresentar as suas características verificáveis, consoante o regime jurídico aplicável. Aqui se rejeita qualquer proposta de caracterização que não encontre amparo legal, sob pena de descortinar uma interpretação criativa que não se ampare na lei.

¹ A partir do caso *Brown versus Board of Education*, julgado em 1954 pela Suprema Corte norte-americana. O precedente firmado gerou o impulso necessário para que se estudasse o assunto, inicialmente nos Estados Unidos, mas depois nos demais países, especialmente na América do Sul.

Por sua vez, o capítulo V resgata toda a análise feita para questionar se os litígios estruturais devem ser apreciados no contexto de um processo individual, coletivo ou em um processo específico que lhe seja próprio. Primeiro se examina como essas demandas mais complexas são analisadas em processos individuais, a partir de experiências colhidas no contexto jurídico pátrio e em outros países. Depois, a partir de suas características essenciais, questiona-se se o processo coletivo atual é suficiente para tutelar as pretensões ventiladas. Ao final, com base nessas características essenciais, são analisados projetos de lei pertinentes e apresentadas outras sugestões de modificações legislativas, para tornar o processo mais adequado à dinâmica dos litígios estruturais, sempre com vistas a tentar fornecer melhores subsídios para que o juiz trabalhe adequadamente com essas demandas, permitindo uma melhor aplicação do direito nesses casos.

1 PREMISSAS JURÍDICAS PARA A COMPREENSÃO DE UMA POSSÍVEL TEORIA DO LITÍGIO ESTRUTURAL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. PROVIMENTOS ESTRUTURAIS COMO DESAFIOS INSTRUMENTAIS NA PROTEÇÃO DE DIREITOS

A literatura jurídica brasileira debruça-se hoje sobre a intervenção judicial em políticas públicas sem o necessário rigor dogmático voltado à aplicação pragmática dos institutos jurídicos envolvidos. Isso implica não apenas a inviabilização de uma abordagem metodológica adequada, como também compromete o estudo funcional da divisão de poderes do Estado e a efetividade dos direitos fundamentais.

No contexto de discussão acerca do papel da jurisdição na concretização dos direitos fundamentais, muito se produz sobre a categorização de direitos ou mesmo a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, mas ainda não se dá enfoque suficiente aos parâmetros jurídicos que permitem detectar e avaliar esses limites, o que viabilizaria ao menos uma avaliação mais precisa do papel jurisdicional, independentemente da corrente adotada.

Tomando por exemplo o estudo das *dimensões* dos direitos, já com vistas aos direitos fundamentais prestacionais ou de segunda *dimensão*,² que envolvem uma prestação positiva do Estado para a sua efetivação, a doutrina diverge a respeito da natureza e rol destes, quais teriam implementação imediata, bem como se o teriam. A própria divisão metodológica dos direitos fundamentais nas apontadas *dimensões* enseja discussões doutrinárias, inclusive a respeito de quais direitos seriam albergados pelas dimensões seguintes,³ o que corrobora a constatação de que muito se produz academicamente acerca da dogmática até de justiciabilidade dos direitos a uma prestação positiva do Estado, mas proporcionalmente pouco se produz acerca de novas medidas legislativas ou judiciais aptas a garanti-los. O mesmo ocorre com a tipificação dos litígios coletivos. Apesar de embasados em previsão constante do art. 81, § único da Lei nº 8.078/90, os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos compõem uma classificação abstrata que para alguns se encontraria

² Adota-se aqui a nomenclatura de dimensões, e não de gerações, a fim de não gerar a falta impressão de substituição de uma geração por outra, como diz Ingo Sarlet, uma vez que o “reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

³ Segundo Paulo Bonavides, além das três dimensões, haveria também os direitos de quarta dimensão, produtos da globalização dos direitos fundamentais, os quais seriam compostos pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, além do direito à paz, o qual comporia a quinta dimensão. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 524-526.

dissociada da realidade de aplicação, imprópria para a tutela do direito material litigioso.⁴ Nesse contexto, não se inclui uma firme preocupação acerca da precisão científica de parâmetros jurídicos que possibilitem uma análise da natureza e do papel do juiz em garantir direitos fundamentais, o que, contudo, é essencial a uma abordagem que se volte de forma inclusiva ao problema da concretização judicial em litígios de maior complexidade.

O estudo dessa problemática independe de qualquer teoria subjetivista ou objetivista de direitos fundamentais adotada,⁵ pois antes se funda no dever estatal de o Estado-juiz agir, por imperativo legal e constitucional⁶, independentemente do enfoque metodológico dogmático aderido. Volta-se a uma preocupação na instrumentalização da atuação estatal, e não em sua materialização. Em outras palavras, mesmo para quem defenda ingerência judicial mínima em políticas públicas, é relevante questionar, como método de estudo, como se dá a relação entre o Estado-juiz e o Estado-gestor, quando aquele compele este a reformar estruturas estatais existentes. Que fazer, quando mesmo após conformação integral do direito pela Constituição ou pelo legislador, ordens judiciais imediatas de fazer ou de não fazer intervenções estatais são insuficientes para garantir direitos violados pelo poder público?

⁴ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016. p. 483. O autor propõe uma reclassificação de direitos e interesses coletivos com base no nível de complexidade e conflituosidade: (1) Litígios globais, que atingiriam a sociedade como um todo, mas nenhum de seus integrantes, em particular. Como o interesse individual é reduzido, a conflituosidade é baixa, mas a complexidade pode ser baixa ou alta, a depender da tutela exigida no processo (é o caso de dano ambiental em região desabitada ou pequenas lesões ao público consumidor). (2) Litígios locais, que atingem grupo específico de pessoas unidos por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. A conflituosidade é maior, sendo média, e a complexidade pode ser baixa ou alta, a depender da tutela exigida no processo (é o caso de dano ambiental em terra indígena ou lesões graves ao público consumidor que gerem elevado prejuízo financeiro, ferimento ou morte). (3) Litígios irradiados, que atingem a sociedade, afetando de modo desigual, em intensidade e natureza, os vários subgrupos sociais. A conflituosidade é alta, pois há diferentes interesses de cada um, podendo algum grupo inclusive ter interesse na ausência de tutela, podendo a complexidade ser baixa ou alta, a depender da tutela exigida no processo (é o caso de dano ambiental provocado pela construção de usina hidrelétrica, atingindo uma cidade). *Ibid.* p. 483-600. Observe-se que, na classificação proposta pelo autor, o dano ambiental não é uma categoria estanque, poderá ser global, local ou irradiado, a depender do grau de litigiosidade processual, o qual requererá também do juiz providimentos e técnicas processuais de tutela distintos.

⁵ Faz-se remissão aqui às cinco teorias de direitos fundamentais apresentadas por Ernst-Wolfgang Böckenförde já em 1976: teorias liberal e social-democrática, de cunho subjetivista; teorias axiológica, institucionalista e funcional-democrática, de cunho objetivista (BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Grundrechtstheorie und Grundrechts-interpretation**. In: STAAT, VERFASSUNG, DEMOKRATIE: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991. p. 119). Mais recentemente, acrescenta-se a teoria principiológica, amparada na distinção de regras e princípios (MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27). Sem a pretensão de aprofundar tais teorias, a finalidade é demonstrar que, independentemente da concepção ideológica subjacente à construção dos direitos fundamentais, é mister que se estude o tema a partir de parâmetros jurídicos consistentes, que permitam ao aplicador ao menos trabalhar de forma metodologicamente adequada com a análise da natureza e do alcance do papel do juiz em garantir direitos fundamentais.

⁶ Esse fundamento legal e constitucional será estudado no capítulo 2.

Ao menos em tese essa discussão tem relevância diante da constatação de que, seja nas democracias mais consolidadas do mundo, seja nas mais periféricas, a função de executar políticas públicas não é conferida ao juiz, que sempre precisa da mão da gestão pública para implementar obrigações de fazer outorgadas ao Estado, quaisquer que sejam. Aliás, já imbuído dessa tarefa, propõe-se no processo pragmático de prolação das decisões judiciais duas acepções de provimentos estruturais, uma em sentido amplo; outra, em sentido estrito.

Em sentido amplo, os provimentos estruturais seriam a técnica decisória subjacente a qualquer decisão judicial não imediatamente exequível, ou cujos efeitos jurídicos de uma exequibilidade imediata poderiam ensejar prejuízo superior à situação de fato já existente, na efetivação do direito material pretendido, não necessariamente voltada a reformas estruturais em instituições públicas. Na acepção ora proposta enquadram-se as várias técnicas utilizadas pelos juízes para instrumentalizarem decisões judiciais. É o exemplo da modulação de efeitos em ADIs e ADCs, apenas para citar uma técnica utilizada no processo abstrato de controle de constitucionalidade.

Cite-se a recente decisão tomada monocraticamente pelo Ministro Dias Toffoli em medida cautelar no julgamento conjunto das ADIs nº 6.298, 6.299 e 6.300, que questionam a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alteraram o Código de Processo Penal para implementar o Juiz das Garantias. Foram liminarmente declarados constitucionais os arts. 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D, *caput*; 3º-E e 3º-F do CPP, introduzidos pelo art. 3º da Lei nº13.964/2019, que propriamente delineavam o novo instituto; inconstitucional o art. 3º-D, § único, que assentava sistema de rodízio de magistrados, por violação à auto-organização dos tribunais e à iniciativa reservada de lei para dispor sobre organização judiciária; inconstitucional o art. 157, §5º, que impedia o juiz que conhecesse de prova inadmissível para prolatar sentença ou acórdão, por violação ao princípio do juiz natural; constitucionais, mas com interpretação conforme, os arts. 3º-B a 3º-F do CPP, para esclarecer que não se aplicariam aos processos de competência originária dos tribunais, de competência do Tribunal do Júri, casos de violência doméstica e familiar e processos de competência da Justiça Eleitoral.

Em face do prazo exíguo de 30 (trinta) dias do art. 20 da Lei nº 13.964/2019 pelo legislador para a operacionalização das modificações, foi apontada a necessidade de “fixação de um regime de transição mais adequado e razoável”, que viabilizasse, “inclusive, sua adoção de forma progressiva e programada pelos tribunais”.

Ressaltou-se que o parágrafo único do art. 3º-F fixa o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que as autoridades disciplinassem o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso seriam transmitidas à imprensa. Por se tratar de uma norma de transição fornecida pelo próprio legislador, em relação a ponto específico muito mais simples que a efetivação do juiz das garantias, foi estabelecido que o apontado interstício seria aplicado como regra geral de transição para a eficácia de todo o microsistema, de modo a viabilizar condições factíveis de aplicabilidade da decisão, na forma do art. 297 do Código de Processo Civil.

O provimento estrutural no caso consistiu na adaptação judicial do prazo fornecido pelo legislador no art. 3º-F da lei em exame para uma situação diversa, com o objetivo de tornar possível, no mundo dos fatos, a implementação da nova situação jurídica gerada a partir da declaração liminar de inconstitucionalidade dos dispositivos acima mencionados. Caso não fosse feita essa adaptação pelo julgador, haveria uma decisão judicial inefetiva: a suspensão de vigência de dispositivos inconstitucionais sem um prazo razoavelmente possível para que o Estado formatasse modificações estruturais de adequação da realidade então atual para uma realidade ideal, imposta em razão das inconstitucionalidades verificadas.

Aliás, nessa acepção ampla – que abarca decisões não imediatamente exequíveis em qualquer campo jurídico–, pode-se citar talvez o exemplo mais emblemático de provimentos estruturais em relações privadas: o procedimento falimentar estabelecido na Lei nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Para concretizar o princípio constitucional econômico da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII da CF), a lei cria um típico processo estrutural composto por sucessivas etapas voltadas à superação da crise empresarial, impossível de ser combatida por meio de uma decisão judicial singular. A preservação da empresa jamais poderia ser obtida por meio de uma decisão judicial instantânea, é naturalmente um processo gradativamente construído por etapas interdependentes. Tem-se, na medida do possível, o deferimento de processamento de recuperação judicial (art. 6º e 52), a concessão judicial da recuperação judicial (art. 58), a eventual decretação de falência (arts. 56, §4º; 62; 73 e 94), o encerramento da recuperação judicial (art. 61 e 63) ou da falência (art. 156) e a sentença de extinção das obrigações do falido (art. 158), caso não tenha sido possível a recuperação judicial.

Por outro lado, em outro sentido, os provimentos estruturais em sentido estrito constituem a técnica decisória subjacente à decisão judicial não imediatamente exequível, ou cujos efeitos jurídicos de uma exequibilidade imediata poderiam ensejar prejuízo superior à

situação de fato já existente, na efetivação do direito material pretendido, envolvendo, em menor ou maior grau, reforma estrutural em instituição pública.

Os provimentos estruturais em sentido estrito representam o recorte teórico deste trabalho, que se volta especificamente à atuação judicial nas reformas estruturais em organizações públicas. É o caso das reformas em repartições públicas que não dispõem de rampas adequadas de acessibilidade, descumprindo assim o art. 11 da Lei nº 10.098/2000 e os art. 227, §2º e 244 da Constituição Federal, que estabelecem parâmetros de acesso mínimo de portadores de necessidades especiais em prédios públicos. Também os presídios que se encontrem em péssimas condições físicas que implicam violações qualificadas das normas constitucionais de integridade física e moral da pessoa presa (art. 5º, XLIX da CF) e legais pertinentes aos direitos básicos de assistência material e à saúde (art. 41, VII da Lei nº 7.210/84). É o exemplo também dos Municípios que não disponham de serviço de educação infantil para crianças de até 5 (cinco) anos de idade em garantia para toda a população, como manda o art. 208, IV da CF, que veicula norma constitucional acabada, sem necessidade de qualquer conformação pelo legislador.

Esses três casos denotam violações jurídicas questionáveis em juízo, de difícil enfrentamento judicial, pois envolvem dificuldades gerenciais de implementação pelo magistrado em cada caso, imprevisíveis inclusive à cláusula aberta do art. 139, IV do CPC.

Se é certo que, no caso de países de modernidade tardia,⁷ essa premissa é agravada pelo não raro descumprimento de decisões judiciais, mesmo nas democracias mais consolidadas, em menor ou maior grau, o juiz impõe obrigações de conformação ao poder público não imediatamente realizáveis, pela constatação decorrente de que a gestão pública requer uma fase de planejamento antecedente à execução, por mais singelo que seja o serviço público a ser prestado. Percebe-se, então, que o objeto de estudo ora tratado reside prioritariamente em uma problemática de tutela processual efetiva das obrigações de fazer, quando oponíveis ao poder público, e não em uma possível apologia ao arbítrio do papel do juiz, ou a uma questão surgida a partir da constatação empírica de descumprimento de decisões judiciais.

Como mencionado, na experiência jurídica atual brasileira, esse impasse é agravado pela ausência de rigor dogmático. Não somente é nebulosa a definição dos limites jurídicos da atuação judicial, como ora se defende que tais intervenções judiciais nos litígios de maior

⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23-43.

complexidade se deem indistintamente por meio de decisões,⁸ medidas⁹ ou processos¹⁰ estruturais, sem a precisão conceitual essencial a uma compreensão razoável para aplicação adequada desses institutos. O efeito prático dessa atecnia de enfrentamento não raramente resulta em decisões pouco refletidas, inclusive premidas por uma crescente cobrança por maior produtividade judicial.

É preciso, portanto, aferir em primeiro lugar como determinar o alcance da atuação judicial no controle judicial de políticas públicas, perquirindo também por uma sistematização conceitual destas categorias, fundada em possíveis distinções entre si com importantes repercussões jurídico-práticas, visando a melhor compreendê-las para aplicá-las, no campo da intervenção judicial nas políticas públicas.

Nessa toada, a execução judicial de políticas públicas é um problema a ser enfrentado por meio de uma abordagem dogmática com a qual a maioria dos processualistas não está acostumada, ainda arraigada à elaboração de conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações com coerência analítica, mas sem grande repercussão distintiva de resultados pragmáticos.¹¹ No mais, é premente a necessidade de uma transmutação de abordagem mais voltada para a eficiência, cada vez mais vista, inclusive, como condição e garantia de legitimidade do agir jurisdicional, uma vez que normalmente o estudo da execução judicial de políticas públicas somente traz dois tipos de produção literária:

⁸ OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” - Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-368. PINTO, Henrique Alves. **O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. MEDEIROS JR., Leonardo. **Processo estrutural consequencialista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 203-232.

⁹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. GISMONDI, Rodrigo. **Processo civil de interesse público & medidas estruturantes**: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018. PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. XIII, jan./jun. 2014, p. 229-258. MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais)**: características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. v. 1, nº 2, jul./dez. 2015. FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná. LUCON, Paulo dos Santos. Fundamentos do Processo Estrutural. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga *et al.* **Inovações e Modificações do CPC**: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

¹¹ Essa crítica relevante e pertinente é trazida por Eduardo José da Fonseca. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, out. 2012, p. 46.

trabalhos dogmáticos voltados ao plano do dever ser, sobre normas sobre a execução das obrigações de fazer, e trabalhos sociológicos sobre o plano do ser, veiculando os desafios técnicos na implantação de políticas públicas ambientais, educacionais, assistenciais, culturais, de saúde, habitacionais, econômicas, de lazer, de saneamento básico, de segurança pública, de produção agropecuária, de transportes, de abastecimento alimentar, entre outros.¹²

Acrescente-se que, mesmo no plano do dever ser, embora haja estudos consistentes acerca das normas de execução das obrigações de fazer, a literatura jurídica brasileira carece de premissas jurídicas mais firmes para o controle judicial de políticas públicas em litígios mais complexos. Por vezes, o juiz precisa satisfazer o direito pretendido sem compreender adequadamente seu papel no controle de políticas públicas, e, mais evidentemente, sem meios jurídicos suficientes para uma tutela adequada, a ensejar soluções jurídicas que, quando não inconstitucionais, revelam-se ineficazes.¹³ Se o foco da tutela de direitos fundamentais deve

¹² Conforme muito bem sustentado pelo autor, a processualística brasileira jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica. *Ibid.* p. 46.

¹³ Citem-se os últimos casos notoriamente divulgados nos sistemas de comunicação de decisões judiciais que, em meio à pandemia do coronavírus, a pretexto de efetuarem um controle judicial de legalidade e legitimidade sobre supostas omissões na decretação de “lockdown”, ou mesmo sobre decretos editados por Prefeitos e Governadores nesse sentido, substituíram indevidamente a “vontade do gestor” pela “vontade do juiz”. Sem adentrar no mérito das variadas decisões, cuja análise detida caso a caso seria essencial, mas impraticável neste momento, consideramos que, no caso de decisões que conferiram a tutela provisória genericamente, ainda com base no direito constitucional à saúde, sem um exame sério, detalhado e comprovado da imprescindibilidade da medida a partir das evidências científicas então existentes, há inconstitucionalidade por violação ao art. 2º da CF/88, uma vez que a decretação ou não da medida somente se torna ilegal ou abusiva a partir de quando, podendo ou não agir, o administrador se omite ou abusa do seu poder discricionário em desvio de finalidade ao interesse público. Para além disso, justamente pela falta de precisão científica na análise, essas decisões podem piorar o quadro de combate à pandemia, pois simplesmente partem do pressuposto simplista de que o “lockdown” é ou não uma melhor opção sem uma análise acurada das repercussões da decisão em outras áreas da sociedade. Como bem salientado em recente decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia na Rcl 40.786/CE, confirmatória da decisão prolatada pela instância inferior, julgada em 26/05/2020, o Poder Judiciário não pode figurar como simples instância de revisão de decisão administrativa: “DECISÃO RECLAMAÇÃO. DECRETO CEARENSE N. 33.574, DE 5.5.2020, ESTABELECIMENTO DE POLÍTICA DE ISOLAMENTO SOCIAL RÍGIDO (LOCKDOWN) PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA (COVID-19). MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO POR COMISSÃO PROVISÓRIA DE PARTIDO POLÍTICO. APONTADO DESCUMPRIMENTO DAS DECISÕES PROFERIDAS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NS. 6.341/DF E 6.343/DF: INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE UTILIZAR RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO: PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO À QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Reclamação, com requerimento de medida liminar, ajuizada pela Comissão Provisória Estadual do Partido Social Liberal – PSL do Ceará, em 20.5.2020, contra a seguinte decisão proferida pela Desembargadora Relatora do Mandado de Segurança n. 0625997-93.2020.8.06.0000 no Tribunal de Justiça do Ceará, pela qual teria sido descumprida a decisão deste Supremo Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6.341/DF e 6.343/DF: “De início, verifica-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, sob a Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, por unanimidade, em 15.04.2020, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal, na Medida Provisória 926/2020, para o enfrentamento do coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. O Governador do Estado do Ceará, em 05.05.2020, emitiu o Decreto nº 33.574/2020, que instituiu a “Política de Isolamento Social Rígido como Nova Medida de Enfrentamento da Pandemia”, contra o qual o impetrante se insurge neste mandamus. Em análise preliminar, observa-se que o

ser sempre acompanhado com uma preocupação com a efetividade, mesmo para esse objetivo é necessário firmar alicerces que permitam a adequada aplicação do direito.

As conceituações e sistematizações são úteis, como instrumentos de compreensão e análise de compatibilidade dos instrumentos estruturais com o direito brasileiro, ao se firmarem premissas jurídicas a partir das quais se possa compreender os institutos e aplicá-los de forma efetiva no controle judicial de políticas públicas.¹⁴ Com isso, ao menos se busca um controle judicial de políticas públicas (i) defensável, no sentido de proposições jurídicas que encontrem guarida no ordenamento jurídico brasileiro, sob o viés da adequada fundamentação legal e constitucional, evitando-se a importação indevida de institutos estrangeiros; (ii) eficaz, na rejeição de formulações jurídicas pouco úteis à tutela dos direitos fundamentais.

Decreto nº 33.574/2020, emitido quando já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a mencionada competência, expôs sua motivação nos "considerandos", com referência, inclusive a relatório epidemiológico da Secretaria de Saúde. O impetrante alega que desse decreto advém graves prejuízos de ordem econômica e social, e sustenta, com base em artigos, reportagens e publicações recentes na mídia, emanados de médicos e autoridades públicas mundiais, que o lockdown não reduz a propagação da doença, nem seria a única forma de conter ou minimizar seus impactos. É fato notório que, na esteira da crise gerada pela Covid 19, enfrentamos uma crise de informação, num complexo cenário de múltiplos entendimentos e divergências, abrangendo, inclusive, a área de estudos e pronunciamentos a respeito da eficácia do lockdown. Sabe-se que não compete ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, para analisar a conveniência, oportunidade e eficiência do ato da administração, salvo se houver ilegalidade ou ilegitimidade. Dessa forma, *prima facie*, não há elementos suficientes para autorizar, em sede de decisão liminar neste Mandado de Segurança, o reconhecimento de irregularidade formal ou desconformidade dos motivos determinantes do Decreto com a legalidade. Portanto, não vislumbro, neste momento inicial, o *fumus boni iuris* a ensejar o deferimento da medida liminar. Ante o exposto, indefiro a liminar pleiteada” (doc. 3, fls. 41-42). (...) DECIDO. [...] 7. Na presente reclamação, o reclamante aponta como ato reclamado decisão judicial que, ao apreciar mandado de segurança coletivo impetrado por “comissão provisória” de partido político, indeferiu requerimento liminar em mandado de segurança. O objeto daquela ação é a suspensão das medidas de isolamento previstas nos incs. III, IV e V do Decreto cearense n. 33.574/2020. Alega-se suposta contrariedade ao princípio de legalidade e às liberdades de circulação e de livre exercício de atividade econômica e, ainda, carência de base científico, na forma preconizada pela Lei n. 13.979/2020. Pela decisão reclamada, a Desembargadora Relatora do Mandado de Segurança n. 0625997-93.2020.8.06.0000 limitou-se a indeferir a medida liminar requerida. Afirmou a insuficiência de elementos aptos a demonstrar a ilegalidade ou abusividade do ato apontado como coator, porque estaria amparado em “estudos epidemiológicos da secretaria de saúde” e porque a existência de controvérsia científica sobre a eficácia do lockdown como medida de enfrentamento à epidemia não seria suficiente para afastar a presunção de validade da medida. 8. A decisão reclamada não expõe contrariedade ao decidido por este Supremo Tribunal nas decisões apontadas como paradigmas de confronto. Nelas se reafirma a autonomia dos Estados e Municípios para adotar medidas locais de combate à pandemia provocada pela Covid-19, respaldadas em critérios técnico-científicos. 9. O deslinde da controvérsia sobre a eficácia, ou não, da medida restritiva imposta no Ceará demandaria esforço probatório, o que sequer pode ser cogitado em reclamação, pois transcenderia seu restrito espaço de cognição. [...] 13. Pelo exposto, nego seguimento à presente reclamação (§ 1º do art. 21 e parágrafo único do 161 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), prejudicada a medida liminar requerida. Publique-se. Brasília, 26 de maio de 2020. Ministra CARMEN LÚCIA Relatora”.

¹⁴ Mesma preocupação encontra-se em VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 284, 2018, p. 333-369.

1.2 CONTEXTO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO REALIDADE FENOMENOLÓGICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Os litígios estruturais são também chamados pela doutrina ora de “litígios de interesse público”¹⁵, “litígio de reforma estrutural”, “reforma estrutural”¹⁶, “litígio institucional” ou ainda “reforma institucional”¹⁷. O conceito de lide de interesse público (*public interest litigation* ou *public law litigation*) foi apresentado por Abram Chayes em 1976,¹⁸ para designar uma formatação que se diferenciava da lide tradicional em seis premissas: (i) pretensão formulada na demanda não rigidamente posta, mas adaptável pelas partes e pelo juiz; (ii) abandono da estrutura bipolar, para uma estrutura expansiva e difusa do litígio; (iii) instrução processual não retrospectiva nem meramente preparatória, mas prospectiva e normativa; (iv) provimento final não voltado à compensação de um ilícito passado, mas ao futuro; (v) remédio jurídico não imposto, mas negociado; (vi) a sentença não põe fim ao processo, instaura uma nova fase de contínua participação do órgão judiciário; (vii) o juiz não tem mais uma postura simplesmente passiva, limitada à atribuição de subsunção dos textos de lei aplicáveis aos fatos, mas ativa, de organizar e adaptar a lide para a garantia de uma solução justa e viável; (viii) o objeto da demanda não é apenas uma disputa privada acerca de direitos disponíveis, mas uma lesão jurídica pertinente ao funcionamento de políticas públicas.¹⁹

O processo de interesse público consiste, pois, em uma lide que veicula uma pretensão coletiva de interesse de toda a sociedade, a qual vise à alteração de uma dada situação fática ilegal ou inconstitucional no funcionamento de uma política de interesse público, a fim de adequá-la a um estado de coisas futuro conforme o ordenamento jurídico.

Três anos mais tarde, Owen Fiss apresenta²⁰ o significado jurídico de litígios de reforma estrutural, ou simplesmente reforma estrutural. Para ele, cinco fatores respondem pela

¹⁵ CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*. v. 89, n. 7, 1976, p. 1281-1316. BERIZONCE, Omar. Los conflictos de interés público. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, São Paulo, v. I, 2015, p. 161-188.

¹⁶ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*. v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 2. VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estrutural em la República Argentina – dificultades políticas y procedimentales que incidem sobre la eficacia de estas decisiones. *In: Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 62-65.

¹⁷ SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. *Michigan Law Review*. v. 97, 1994, p. 1994-2036.

¹⁸ CHAYES, Abraham. *Op. cit.* p. 1281-1316.

¹⁹ *Ibid.* p. 1281-1316

²⁰ FISS, Owen. *Op. cit.* p. 17-28.

transformação do modelo tradicional de resolução de disputas em um modelo estrutural: (i) o deslocamento do foco da lide dos meros litígios individuais que refletem a realidade social para a modificação dessa mesma realidade, em razão da imperatividade de conformação aos valores constitucionais; (ii) a cisão da necessária figura processual unitária do autor como vítima, legitimado processual e beneficiário da decisão em três diferentes figuras jurídicas distintas; (iii) a cisão da necessária figura processual unitária do réu como infrator, legitimado processual e destinatário da decisão em três figuras distintas; (iv) o deslocamento de uma postura judicial passiva, voltada a declarar simplesmente o direito em prol da parte vencedora, para uma ativa, voltada ao controle da representação adequada da vítima; (v) o deslocamento da tutela jurídica episódica e final como solução para uma sucessiva e continuada implementação do direito.²¹

O litígio de reforma estrutural reside na lide coletiva plurifocal, no sentido de atingir número indeterminado de pessoas, por meio da qual, após o ajuizamento da demanda por representante processual adequado, a tutela jurídica processual após eventual reconhecimento do direito volta-se à implementação de modificação na estrutura da máquina pública para conformá-la aos valores constitucionais. Essa análise é bem ilustrada pela demanda de danos morais proposta pela família de preso falecido em unidade prisional em face do Estado, por violação à proteção constitucional conferida à integridade física e moral (art. 5º, XLIX da CF) decorrente da morte em presídio público, geradora de dano moral à família em razão de ato ilícito cometido (art. 186 do CC). Caberá ao juiz lidar com um litígio grave, porém simples, em que basta a verificação dos pressupostos jurídicos de responsabilidade civil do Estado, os quais, presentes, ensejarão o dever de indenizar, com a fixação de uma indenização razoável à família da vítima. Isso enseja a execução do direito reconhecido após o pagamento integral da obrigação de pagar imposta. Trata-se de uma típica demanda individual, sem reflexos jurídicos para terceiros não envolvidos com a violação do direito discutido.

Após a notícia desse fato, é possível que o Ministério Público, com fundamento em suas funções institucionais (art. 129, II e III da CF), instaure inquérito civil para apurar as condições de salubridade da cadeia pública em questão, sendo ao final apurado que o presídio encontra-se em péssimas condições físicas, fato que representa sérias violações das normas constitucionais de integralidade física e moral (art. 5º, XLIX da CF) e legais pertinentes aos direitos básicos de assistência material e à saúde (art. 41, VII da Lei nº 7.210/1984). Considerando a legitimidade conferida pelo art. 5º, inciso I da Lei nº 7.347/1985 para a tutela

²¹ FISS, Owen. *Op. cit.* p. 17-28.

de direitos difusos (art. 1º, IV da Lei nº 7.347/85 e art. 81, I da Lei nº 8.078/1990), o órgão ministerial propõe ação civil pública objetivando a interdição do estabelecimento prisional por funcionar em condições inadequadas (art. 66, inciso VIII da Lei nº 7.210/1984).

Incumbirá ao juiz lidar com um litígio grave, complexo, em que a fase de conhecimento, consistente em verificar a conformação do presídio às normas legais e constitucionais, será curiosamente a mais simples. Difícil será executar a sentença para efetivar a interdição pretendida, uma vez que não se voltará ao passado, mas ao futuro, para viabilizar a compatibilização da extensão da interdição pretendida com o critério da proporcionalidade na atuação decisória e com o escopo de efetivamente satisfazer a pretensão jurídica veiculada, já que uma interdição não ocorre da noite para o dia.

Trata-se de uma típica demanda estrutural, com reflexos jurídicos inclusive para terceiros não envolvidos com a violação do direito discutido, com destaque ao menos para três grupos de pessoas: os futuros apenados que ali cumprirão pena, os agentes penitenciários que trabalham naquela unidade sob tais condições e os agentes políticos que decidem acerca da implementação de políticas públicas. Note-se que o interesse jurídico do Ministério Público como órgão legitimado processualmente poderá ou não coincidir com a pretensão dos próprios apenados, grupo mais afetado, dos agentes penitenciários ou dos agentes políticos envolvidos.

É plenamente possível que as pessoas que ali cumram pena, em sua maioria, entendam que sair daquela localidade realmente seja a melhor solução, por meio de uma interdição. Por outro lado, é possível que o grupo de agentes penitenciários compreenda ser a melhor saída uma reforma estrutural na unidade. Também é possível que os agentes políticos com poder decisório, como Secretários de Estado, compreendam que a interdição agravará o problema em vez de resolvê-lo, uma vez que superlotará outras unidades, piorando as condições de salubridade não apenas daquele como dos demais presídios. Nesse caso, melhor seria que não fossem realizadas interdições ou reformas.

Essas alternativas decisórias têm apenas uma pretensão ilustrativa do interesse de cada grupo social afetado, na hipótese de serem divergentes. Os atores envolvidos ainda poderiam convergir total ou parcial nas soluções, o que poderia facilitar o desenrolar do litígio. O ponto fulcral a ser percebido reside na constatação de que o modelo tradicional de

resolução de disputas é insuficiente para lidar com a policentria²² de interesses jurídicos envolvidos, presente em quaisquer litígios, mas acentuada no âmbito dos estruturais.²³

Uma clássica metáfora descritiva é a da teia de aranha: a tensão entre os filamentos é determinada pela relação entre todas as partes que a compõem; se um deles rompe, a tensão de todo o sistema é redistribuída entre todas as outras partes, gerando o rompimento de toda a teia.²⁴ A lide estrutural é a constatação de um litígio coletivo complexo no mundo dos fatos, composto de vários interesses e direitos superpostos, caracterizados por premissas de objeto e propósito distintos dos litígios individuais no campo da tutela processual: (i) exame de um conflito coletivo entre grupos de interesses superpostos, coincidentes ou não, e não de uma demanda entre particulares com interesses contrapostos; (ii) objetivo não retrospectivo, mas prospectivo na fase satisfativa da obrigação reconhecida, voltado precipuamente não à declaração ou à reparação de uma ilegalidade, mas à pretensão jurídica corretiva, a partir do conhecimento da origem dos problemas envolvidos.

O ponto de partida de análise dos dois estudos referidos é o controle judicial de políticas públicas, o que não compromete nem influi na constatação de que é possível a existência de litígios estruturais no direito privado,²⁵ conforme inclusive amplamente reforçado pela doutrina.²⁶ A evidência mais emblemática de litígio estrutural privado no direito brasileiro é a lide falimentar e de recuperação empresarial, cujo processamento encontra-se previsto na Lei nº 11.101/05.²⁷

Cuida-se de um conflito coletivo com várias classes de credores envolvidos e etapas sucessivamente envolvidas, com o objetivo de reerguer economicamente uma empresa, como entidade de importância relevante na garantia dos princípios constitucionais econômicos da função social da propriedade, livre concorrência e pleno emprego (art. 170, III, IV e VIII da CF).

²² O termo é de Lon Fuller, para designar a propriedade que um problema complexo possui de envolver uma série de circunstâncias complexas menores, imbricadas entre si, cujas soluções são interdependentes. FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**. v. 92, n. 2, 1978, p. 401.

²³ *Ibid.* p. 401.

²⁴ FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **Yale Law Journal**. v. 91, n. 4, mar. 1982, p. 645.

²⁵ FISS, Owen. *Op. cit.* p.2.

²⁶ No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.* p. 356. OSNA, Gustavo. *Op. cit.* p. 189. FERRARO, Marcela Pereira. *Op. cit.* p. 541; VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. v. 7, ano 4. São Paulo: RT, jan-jun. 2018, p. 159. BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 120.

²⁷ Conforme inclusive explicado no item 1.1 deste trabalho, na página 17.

Justamente por conta dessa amplitude, Edilson Vitorelli²⁸ propõe uma premissa conceitual de processo de interesse público apartada da estrutural, a fim de abranger litígios somente propostos contra o poder público, voltados para toda a sociedade de destinatários possíveis da decisão, seja por meio dos precedentes obrigatórios, controle de constitucionalidade ou processo coletivo, e não necessariamente voltado à reorganização de uma instituição. Embora essa distinção seja metodologicamente útil para instrumentalizar possíveis mecanismos jurídicos de tutela do interesse público por meio de legitimados extraordinários, é importante destacar que o sentido de *public law litigation* trabalhado pela doutrina majoritária é tipicamente o da descrição de litígios estruturais públicos²⁹, e não o da tradução literal, qual seja, litígios de interesse público, assimilados em sentido amplamente possível, permitindo trabalhar com cada uma das suas possibilidades jurídicas de tutela. O objetivo reside precipuamente em firmar constatação acerca da natureza peculiar desse tipo de litígio em sua complexidade, a fim de que se trabalhe com os conceitos jurídicos adequados a essa realidade.

Nesse contexto, a primeira premissa da presente análise é a constatação da existência de litígios complexos de controle judicial de políticas públicas como espécie de litígios estruturais, aos quais o processo coletivo precisa se adaptar para resolver.

1.3 PAPEL DO JUIZ NAS REFORMAS ESTRUTURAIS: CONCRETIZADOR DE VALORES CONSTITUCIONAIS?

Os conflitos policêntricos expõem a insuficiência das técnicas de jurisdição usuais para solução dos problemas. Essa insuficiência enseja a proposição de que, em alguma medida, sejam necessárias técnicas gerenciais mais flexíveis e abertas.³⁰ Nos apontados estudos fundantes dos litígios estruturais, é importante perceber que Chayes trabalha com uma compreensão tipológica, descritiva do litígio estrutural como fenômeno detectável no mundo da vida.³¹

²⁸ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.* p. 147-177.

²⁹ Inclusive nesse sentido amplamente estudado do papel da jurisdição em conflitos de interesse público, citem-se os seguintes trabalhos em literatura estrangeira: DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**. n. 6. p. 279-295. 1957; KOMESAR, Neil K. A job for the judges: the Judiciary and the Constitution in a massive and complex society. **Michigan Law Review**. Michigan, fev. 1988. v. 86. n. 4. p. 657-721.

³⁰ FLETCHER, William A. *Op. cit.* p. 647.

³¹ Cf. Nota de rodapé nº 17, em que são descritas as características da lide de interesse público (*public law litigation*) segundo Chayes, como uma formatação de demanda que difere da lide tradicional por conta de sua maior complexidade, com base nos oito apontamentos característicos mencionados.

Embora Fiss também apresente uma descrição da demanda estrutural (*structural suit*), inclusive coincidente ao modelo de Chayes, a partir da insuficiência e premente redefinição do modelo tradicional e individualista de resolução de disputas, o autor enfatiza uma formatação conceitual de atuação judiciária pautada essencialmente por valores constitucionais. Ele vai além para prescrever uma nova postura e papel do juiz nesse tipo de conflito: significar e fazer aplicar os valores constitucionais. Revela a *structural injunction* como meio por meio do qual os juízes conferem significado aos valores constitucionais, na medida em que busca reestruturar as organizações estatais em seus aparatos institucionais existentes, para eliminar eventuais ameaças a esses valores.³² Trata-se, assim, do meio formal do qual o Judiciário se vale para buscar organizar as burocracias organizacionais existentes, de modo a conformá-las com a Constituição.³³

Para compreender melhor as *structural injunctions*, é indispensável retornar às suas origens, no direito anglo-saxão e norte-americano. As *injunctions* são remédios constitucionais de equidade secularmente utilizados nos sistemas de *common law*, para inibir ou impor comportamentos com vistas a garantir direitos, quando não previstos nos precedentes nem nas

³² FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. **Harvard Law Review**. v. 93, n. 1, 1979. p. 1-58. E prossegue o autor: *Structural reform is premised on the notion that the quality of our social life is affected in important ways by the operation of large-scale organizations, not just by individuals acting either beyond or within these organizations. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully secured without effectuating basic changes in the structures of these organizations. The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted. As a genre of constitutional litigation, structural reform has its roots in the Warren Court era and the extraordinary effort to translate the rule of Brown v. Board of Education' into practice. This effort required the courts to radically transform the status quo, in effect to reconstruct social reality. The courts had to overcome the most intense resistance, and, even more problematically, they had to penetrate and restructure large-scale organizations, public school systems. The imagery was rural and individualistic - the black child walking into an all-white school - but the reality, especially by the midig60's, as the focus shifted to the urban centers and the nation at large, was decidedly bureaucratic.* Em tradução livre: a reforma estrutural é fundada na noção de que a qualidade da vida em sociedade é afetada de forma relevante pelo funcionamento das organizações de larga escala, não apenas pela atuação dos indivíduos, seja no seio ou para além dessas organizações. É também fundada na crença de que nossos valores constitucionais não podem ser integralmente assegurados sem que se efetuem mudanças básicas nas estruturas organizacionais. A demanda estrutural é aquela em que um juiz, confrontando a burocracia estatal diante de valores de dimensão constitucional, atua para reestruturar a organização, para eliminar eventual ameaça àqueles valores, posta pelos arranjos institucionais existentes. As injunções são os meios por meio dos quais essas ordens reconstrutivas são transmitidas. Como um gênero de litígio constitucional, a reforma estrutural tem suas raízes na era de Warren Court, e seu extraordinário esforço de concretizar o julgado Brown v. Board of Education'. Esse esforço exigiu dos tribunais radicalmente transformar o status quo, com o escopo de reconstruir a realidade social. Os tribunais tiveram que enfrentar a mais intensa resistência, e, ainda mais problematicamente, penetrar e reestruturar organizações em larga escala, os sistemas públicos escolares. O cenário era rurícola e individualista – uma criança negra deslocando-se a uma escola só para brancos -, mas a realidade, especialmente em meados dos anos 60, sob as lentes dos centros urbanos e da nação em geral, era decididamente burocrática.

³³ Idem. The allure of individualism. **Iowa Law Review**. v. 78, n. 5, 1993, p. 965.

leis escritas (*statutory law*) qualquer outro mecanismo processual de tutela cabível.³⁴³⁵ As suas origens remontam aos tribunais ingleses de equidade (*Courts of Equity*), os quais, durante o reinado de Edward I, na segunda metade do século XIII, foram criados para abrandar a rigidez do sistema de *common law*, possibilitando um último recurso ao rei³⁶

Quando esgotados os recursos cabíveis no sistema jurídico, essas Cortes de Equity, por delegação régia, passaram a decidir pretensões dirigidas ao soberano, buscando a reforma de decisões judiciais ou o reconhecimento de novos direitos, a partir de um julgamento segundo a sua consciência e senso de justiça, já que era legítimo que o governante inovasse na ordem jurídica.³⁷ Enquanto os instrumentos tradicionais de equidade voltavam-se a um objeto específico, a flexibilidade das *injunctions* fez com que passassem a ser os principais mecanismos processuais de tutela, pois poderiam coibir lesão ou ameaça a direito em quaisquer outros assuntos não abarcados pelos instrumentos já previstos no ordenamento escrito.³⁸ Assim, residiam em uma ideia simples: a de que o julgador poderia impor a alguém a realização ou a abstenção de um comportamento para evitar uma violação jurídica, com base em um juízo de equidade.³⁹ Pela ausência de previsão legal expressa do instituto, e diante da falta de outro instrumento processual cabível para tutelar o direito buscado, cuidava-se de uma decisão construída pela prática equitativa, visando a proibir ou impor comportamentos das partes.

Contudo, apesar da origem comum, o direito norte-americano não assimilou o instituto para tratar potencialmente de qualquer lacuna na ordem jurídica. Com o decorrer do tempo, os tribunais estadunidenses desenvolveram jurisprudência no sentido de condicionar o manejo de *injunctions* a três pressupostos: (i) o objetivo de defesa de direitos da propriedade;

³⁴ ABRAHAM, Henry J. **The Judicial Process** – an introductory analysis of the courts of United States, England and France. 5. ed. Nova York: Oxford University Press, 1986. p. 14.

³⁵ Owen Fiss propõe uma divisão em três tipos diferentes de *injunctions*, acrescentando à preventiva a reparadora: (i) preventiva (*preventive*), que busca a evitar a ocorrência de lesão jurídica futura; (ii) reparadora (*reparative*): que busca compelir o réu a corrigir os efeitos jurídicos de uma lesão jurídica passada; (iii) estrutural (*structural*): que busca reorganizar uma instituição pública em atividade. FISS, Owen M. **The civil right injunction**. Indiana University Press. Bloomington & London, 1978, p. 8-19. Tanto a tutela preventiva quanto a reparadora se referem ao modelo tradicional de resolução de disputas, a novidade reside na tutela estrutural, que busca impor comportamentos futuros, não bastando mais a proibição de comportamentos futuros, ou a solução de conflitos passados.

³⁶ WALKER, Daniel J. Administrative injunctions: assessing the propriety of non-class collective relief. **Cornell Law Review**. v. 90, 2005. p. 1125-1126.

³⁷ WALKER, Daniel J. Administrative injunctions: assessing the propriety of non-class collective relief. **Cornell Law Review**. v. 90, 2005. p. 1127.

³⁸ MAITLAND, F. W. **Equity**: also the forms of action at common law. Cambridge: Cambridge University Press, 1910. p. 254-255.

³⁹ YAZELL, Stephen C. Injunction. In: LEVY, Leonard Williams; KARST, Kenneth L; WINKLER, Adam (org.). **Encyclopedia of the American Constitution**. 2. ed. New York: Macmillan Reference, 2000. p. 1372.

(ii) a natureza preventiva de danos jurídicos irreversíveis; (iii) o caráter subsidiário de aplicação, quando não previsto na legislação nenhum outro instrumento processual cabível para a tutela do direito reclamado.⁴⁰ Esses filtros de admissibilidade reservavam-nas a situações jurídicas circunscritas a pessoas e atos de conduta facilmente determinados, o que as ajustava perfeitamente a demandas meramente individuais, sem grande repercussão coletiva.

Surgidas para o tradicional modelo de resolução de disputas que foi retro apresentado (tópico 1.1.1), amoldavam-se a lides de natureza privada, bipolar e retrospectiva ao conflito. Por meio delas, seria suficiente que o juiz meramente impusesse um dever de não fazer, restaurando uma situação jurídica de iminente violação de direitos, como era frequente. Fazendo um paralelo com as pretensões atualmente vistas, é o retrato atual e análogo da demanda proposta com o fim de compelir um vizinho a não construir um muro para além de um limite tolerável. Nela cabe ao juiz simplesmente, em caso de lacuna legislativa na exata dimensão de altura, determinar uma margem exata de elevação sem prejuízo ao lindeiro prejudicado, ao prolatar uma ordem proibitiva suficiente para executar o pleito.

Após a independência norte-americana, em nível estadual, a tradição foi mantida, mas, enquanto alguns Estados mantiveram a separação entre tribunais judiciários e de equidade, outros fundiram-nos em jurisdição combinada. A divisão foi paulatinamente extinguindo, de modo que hoje somente subsiste tribunal de equidade no Estado de Delaware. Ao nível federal, o *Judiciary Act of 1789* conferiu aos juízes federais competência para apreciar tanto matéria de jurisdição judiciária quanto equitativa, mantendo-se separados os procedimentos processuais, somente fundidos em torno da mesma legislação por meio das leis federais de processo civil de 1938.⁴¹

Com o passar do tempo, contudo, a experiência jurídica norte-americana promoveu um resgate gradativo da amplitude originária do instituto, como concebida na origem anglo-saxônica, para abarcar conflitos mais complexos, relacionados não somente a direitos de propriedade, mas a direitos civis, sociais e políticos, mas sem que houvesse prévio amparo legal ou procedimental que expusesse como deveria ser aplicado neste novo campo jurisprudencial.⁴² As *injunctions* passaram a instrumentalizar medidas de salvaguarda não apenas do direito de propriedade, mas de abusos cometidos por entidades sindicais em

⁴⁰ WALKER, Daniel J. *Op. cit.* p. 1130. Perceba-se que a identificação com os remédios de equidade originalmente concebidos no direito anglo-saxônico somente se perfaz com o terceiro aspecto, referente ao caráter subsidiário de aplicação.

⁴¹ WALKER, Daniel J. *Op. cit.* p. 1129.

⁴² *Ibid.* p. 1132.

movimentos grevistas, atingindo inclusive um maior número de pessoas.⁴³ O ápice desse resgate enunciativo da insuficiência da tutela preventiva e reparadora em litígios coletivos mais complexos deu-se a partir das *structural injunctions*. Também chamadas de *administrative injunctions* ou *affirmative injunctions*, passaram a estabelecer comandos a serem seguidos pelos outros poderes do Estado na defesa de direitos constitucionais dos cidadãos americanos, desrespeitados pelas instituições administrativas.⁴⁴

Observa-se aqui um sentido específico de injunção, qualificado por imposições de alterações nas organizações para a garantia de direitos constitucionais, no contexto de litígios complexos, de natureza pública, multipolar e prospectiva aos conflitos surgidos.⁴⁵ Por meio destas novas técnicas decisórias, em virtude da insuficiência das primeiras, os juízes impuseram mandamentos ao poder público para a garantia de direitos e, destarte, reformas estruturais nas organizações estatais.

As *structural injunctions* foram utilizadas emblematicamente pelos juízes da Suprema Corte Norte-Americana no julgado *Brown II*, como forma de efetivar a decisão tomada no julgado *Brown versus Board of Education*.⁴⁶ Nele, a Suprema Corte estadunidense delegou a tribunais federais poderes para administrar o complexo procedimento de dessegregação das escolas norte-americanas.⁴⁷ Ao impor mandamentos de transformação radical no status quo, a Suprema Corte pretendeu transformar o modelo escolar dual em um modelo unitário, não racial, acessível a estudantes negros e brancos, nos quais foram necessários novos procedimentos e critérios para matrículas, construção de novas escolas,

⁴³ *Ibid.* p. 1131.

⁴⁴ *Ibid.* p. 1.282-1.283.

⁴⁵ CHAYES, Abram. *Op. cit.* p. 1.282-1.283.

⁴⁶ 347 U.S 483 (1954). Este paradigmático julgado representou uma consolidação de casos provenientes do Kansas, Carolina do Sul, Virgínia, Delaware e Washington D. C – *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education of Prince Edward County (VA.)*, *Bolling v. Sharpe* e *Gebhart v. Ethel* –, relacionados à possibilidade de segregação racial nas escolas públicas norte-americanas. Em cada um destes casos, estudantes americanos de origem africana tiveram negados os direitos de admissão em escolas públicas exclusivas para brancos, baseadas, pois, em leis que admitiam a segregação racial. Os autores argumentaram que tais leis segregativas violavam a cláusula de igual proteção dos cidadãos da 14ª Emenda à Constituição Americana. Nas cortes inferiores, a pretensão foi negada sob o fundamento de que as políticas públicas de segregação racial eram legais na medida em que, a despeito das distinções, as facilidades entre negros e brancos fossem iguais (doutrina dos “separados, mas iguais”), com base no anterior precedente da Suprema Corte, firmado no caso *Plessy v. Ferguson* (163 U.S 537), que endossou a prática sob tal condição. No caso *Brown versus Board of Education*, a Suprema Corte decidiu que a doutrina “separados, mas iguais” seria inerentemente desigual e violava a cláusula de igual proteção dos cidadãos estabelecida pela 14ª Emenda. A Corte ponderou que a segregação ocorrida na educação pública, baseada em critério de raça, instituiu um senso de inferioridade que tinha sérios efeitos na educação e no crescimento pessoal de crianças americanas de origem africana. O julgamento estatuido foi unânime, com base no voto do relator, Justice Warren, que fundou sua posição preponderantemente em estudos das ciências sociais.

⁴⁷ WALKER, Daniel J. *Op. cit.* p. 1131-1132.

alterações no fluxo e rotinas de transporte escolar, entre outros,⁴⁸ tarefa que foi delegada a tribunais federais por meio do monitoramento e vigilância das organizações estatais. Posteriormente, essa tutela mandamental de direitos foi estendida das escolas para a reestruturação de estabelecimentos de saúde mental,⁴⁹ prisões,⁵⁰ combate ao abuso policial⁵¹ e junto a políticas habitacionais. Assim, do exame da atividade jurisdicional nesse contexto jurídico e político de surgimento dos litígios estruturais no direito norte-americano podem ser derivadas duas premissas que não podem ser acriticamente assimiladas no direito brasileiro: a de que (i) a função principal dos juízes é concretizar valores constitucionais com amparo, em menor ou maior grau, em juízos de equidade, e de que (ii) esse modo de atuação deve ocorrer por meio de decisões construtivas de padrões ideais de justiça, aos quais as organizações públicas devem se conformar.

Fiss defende que a principal atividade dos magistrados é conferir significado e aplicação aos valores públicos,⁵² em decorrência não de sua experiência moral, mas de

⁴⁸ FISS, Owen. *Op cit.* n. 93, nov. 1979, p.3-5.

⁴⁹ Motivada por dois fatores fundamentais: a necessidade de melhores condições nos internatos e a descoberta dos efeitos positivos das políticas de atendimento personalizado e em pequenas comunidades, em substituição ao confinamento em larga escala. Cf. Wyatt v. Stickney e New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey. SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**. v. 117. 2004, p. 1030-1031.

⁵⁰ Os litígios prisionais dos Estados de Arkansas (1969) e Texas (1972) inauguraram uma época de litígios em massa acerca das condições prisionais. As condições das prisões em 41 Estados norte-americanos foram declaradas inconstitucionais, 10 dos quais abrangeram a integralidade do sistema penitenciário, assim como as de centenas de centros de detenção ao redor do país. Muitas dessas intervenções duraram décadas, contribuindo para uma significativa melhora das condições prisionais, apesar das falhas existentes. O elevado intervencionismo das reformas estruturais prisionais só foi amortecido por meio de (i) precedente unânime da Suprema Corte bem posterior - Lewis v. Casey, 518 U. S. 343, 347 (1996) -, rechaçando reformas estruturais excessivamente detalhadas e intrusivas; (ii) aprovação de restrições legislativas por meio do Prison Litigation Reform Act de 1996. *Ibid.* p. 1036-1037.

⁵¹ Cf. Rizzo v. Goode, 423 U. S. 362 (1978) e City of Los Angeles v. Lyons, 461 U. S. 95, 101-10 (1983). *Ibid.* p. 1043.

⁵² FISS, OWEN. *Op cit.* p. 30. Assim pontua o autor: *disputation can thus be viewed as a mode of judicial operation. I will also concede that the judge's decision may bring an end to the dispute; dispute resolution may be one consequence of the judicial decision. But as pervasive a role as disputation may play in litigation, it is equally important to recognize that the function of the judge - a statement of social purpose and a definition of role - is not to resolve disputes, but to give the proper meaning to our public values. Typically, he does this by enforcing and thus safeguarding the integrity of the existing public norms or by supplying new norms. These norms may protect the fruits of one's bargains or labors; they may regulate the use of automobiles or determine responsibility for compensation; they may preserve the integrity of markets by curbing fraud or monopolization; or they may impose limits on the use of state power. In the structural suit, the judge reorganizes the institution as a way of discharging this very same function.* Em tradução livre: “a litigância pode então ser vista como um modelo de atuação judicial. Concordo que a decisão judicial pode trazer um fim à disputa existente; a resolução da disputa pode ser uma consequência da decisão judicial. Mas, tão evidente quanto o papel que a disputa pode ter no litígio, é igualmente importante reconhecer que a função do juiz – enquanto definição do seu propósito social e de seu papel – não é resolver disputas, mas conferir o significado próprio de nossos valores públicos. Tipicamente, ele o faz fortalecendo e então salvaguardando a integridade das normas públicas existentes ou integrando novas normas”. Prossegue em seguida para conferir especial relevância à atividade de concretizar valores constitucionais inclusive em relação à tarefa de solucionar disputas: *I doubt whether dispute resolution is*

limitações obrigacionais de exercício do poder chamadas de razão pública: (i) ouvir as pretensões das partes mesmo em situações em que prefeririam evitar; (ii) receber os argumentos das partes e instruir os fatos postos em juízo, em um ambiente público; (iii) justificar as posições tomadas com base no direito aplicável, permitindo controle e reforma de suas decisões.⁵³ Ainda segundo o autor, a razão pública legitima os juízes a proferirem a palavra definitiva em um regime democrático, ao aplicarem o direito aos fatos submetidos à apreciação do juízo com fundamento nas normas constitucionais.

Mesmo atuando em litígios estruturais extremamente complexos, contudo, a função principal do juiz é prioritariamente resolver a disputa e satisfazer a pretensão individual ou coletiva do vencedor, e não, em primeira linha, concretizar valores públicos.

A concretização de valores públicos é a vocação constitucional do legislador e do gestor. Não há de se concentrar mais esse importante papel na figura redentora de Hércules,⁵⁴ que já acumula qualitativos para funções extremamente complexas e polimorfos.⁵⁵ Os valores são importantíssimos como razões substantivas que compõem o conteúdo normativo dos princípios constitucionais,⁵⁶ mas envolvem a dimensão argumentativa e de justificação da decisão judicial por meio de normas e princípios jurídicos. Eles não se prestam propriamente

an adequate description of the social function of courts. To my mind courts exist to give meaning to our public values, not to resolve disputes. Constitutional adjudication is the most vivid manifestation of this function, but it also seems true of most civil and criminal cases, certainly now and perhaps for most of our history as well. Em tradução livre: “tenho dúvidas se a resolução de disputas é uma adequada descrição da função social dos tribunais. Em minha opinião os tribunais existem para conferir significado para nossos valores públicos, não para resolver disputas. A tutela constitucional (*constitutional adjudication*) é a mais nítida manifestação dessa função, mas também parece aplicável à maioria dos casos cíveis e criminais, atualmente como ao longo da maior parte da nossa história”.

⁵³ *Idem*. Between supremacy and exclusivity, the least examined branch: the role of Legislatures in the Constitutional State. 452, Cambridge University Press (R. Bauman & T. Kahana, eds.) 2006; 57 **Syracuse Law Review**. 187 (2007). p. 203.

⁵⁴ A metáfora pertence a Dworkin, cujo simbolismo pretende descrever a tamanha responsabilidade e complexidade da atividade construtiva do juiz, que interpreta o direito em sua integridade para o alcance da única solução correta aplicável. Dworkin, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 377-420. Fiss parece acreditar em um papel redentor do juiz, concebendo um Hércules com ainda mais atribuições e responsabilidades, deslocando-lhe a pretensão de fazer valores constitucionais tornarem-se reais. Não por falta de vontade, mas por ausência de meios. Concretizar os desejos da sociedade segundo os seus valores, ainda que constitucionais, é vocação natural e primeva que somente os representantes eleitos podem e conseguem desempenhar com eficiência, sem os limites mais estreitos da jurisdição.

⁵⁵ A representação da complexidade de atuação dos juízes nos litígios estruturais é descrita há muito pela doutrina, precisamente desde 1957, por Lon Fuller, apesar de seu estudo somente ter sido publicado mais de duas décadas depois. Ao sustentar a incapacidade do modelo judiciário de resolução de disputas para lidar com litígios policêntricos, o autor denota o impasse pela falta de escolha, defendendo a necessidade de uma saída por meio de métodos gerenciais e negociais. FULLER, Lon. *Op. cit.* p. 378. Sua antiga construção é o retrato do juiz atual, que não somente precisa ser *expert* no conhecimento jurídico para decidir, mas igualmente desenvolver importantes habilidades gerenciais e negociais no processo.

⁵⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo. Saraiva, 2013, p. 164.

à função de definir o papel judicante, ainda que em litígios complexos. O raciocínio deve ser exatamente ao inverso ao pressupor que a atividade judicial é essencialmente decisória de disputas jurídicas, em cujo seio os valores constitucionais são assaz importantes, especificamente por meio da força normativa dos princípios constitucionais, seja como norma cogente de decisão de conhecimento ou de satisfação das obrigações reconhecidas.

O objeto de incidência da atividade judicante é a resolução da disputa, por mais complexa que o seja, ainda que necessária maior amplitude de restrição sobre os atores sociais, e não reformar a realidade visando a conformá-la à Constituição.

Ademais, a admissão de decisões judiciais construtivas de padrões ideais de justiça e equidade pode levar à tentação do juiz gestor de políticas públicas, minando, ao fim, a legitimidade da intervenção judicial, que, graças às mesmas razões públicas, possui potencial limitado de intervenção nos problemas da vida, o que não acontece com a liberdade do legislador e do gestor.

Nesse contexto, sobretudo para que se evite a indevida importação de conceitos jurídicos estrangeiros sem a necessária filtragem metodológica necessária, apartada a crítica feita ao juiz concretizador de valores constitucionais, é essencial perquirir, em continuação: a experiência brasileira com a técnica estrutural emergiu com o mesmo ânimo extensivo de reformar judicialmente instituições públicas?

1.4 PECULIARIDADES DA GÊNESE DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM SOLO BRASILEIRO

Com um viés notadamente pragmático do instituto no direito brasileiro, parte da doutrina conceitua a decisão estrutural (*structural injunctions*) como aquela que objetiva implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma política pública ou resolver litígios complexos.⁵⁷ Influenciada pelo pensamento de Owen Fiss, essa concepção se aproxima marcadamente da concepção original de decisões estruturais, em sua qualidade de reformas perpetradas em prol da concretização de valores constitucionais.

É essencial perceber, até como forma de conceber uma compreensão adequada do instituto no sistema jurídico brasileiro, que o estudo das reformas estruturais no direito norte-americano guarda duas peculiaridades fundamentais: não é recente, uma vez que, como

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.* p. 354-355.

mencionado, remonta a estudos jurídicos cunhados a partir de decisões da Suprema Corte após a segunda metade do século XX; denota um conceito jurídico que identifica as decisões estruturais como reformas organizacionais voltadas à implementação e ao aprimoramento de políticas públicas com vistas a efetivar direitos fundamentais pela via judicial, influência fortemente marcada pelas *injunctions*.

Mesmo no direito norte-americano, não são poucas as críticas doutrinárias dirigidas às reformas estruturais, em sua eficácia e constitucionalidade. No que se refere à eficácia, os críticos apontam que os juízes não possuem o conhecimento técnico necessário para produzi-las. Ainda assim, mesmo quando presente esse conhecimento, o poder judicante parece ser insuficientemente estreito e raso para a reestruturação de organizações, por não abranger a amplitude de agentes sociais e pessoas necessariamente envolvidas em um litígio complexo.⁵⁸

No que tange à constitucionalidade, argumentam que tais casos não se adaptam facilmente à configuração jurídica da jurisdição, nem se compatibilizariam com a separação de poderes.⁵⁹ Acrescentam que o exercício dessa atividade é potencialmente invasora das atribuições dos agentes legislativos e executivos, bem como que a supervisão dos juízes federais sobre a reestruturação de órgãos estaduais e locais violaria o pacto federativo e a autonomia política dos demais entes federados.⁶⁰

Embora a Suprema Corte norte-americana há muito tenha firmado posição pela constitucionalidade das reformas estruturais, as últimas decisões, seguidas por tribunais de segundo grau, têm decotado medidas estruturais excessivamente intrusivas⁶¹. Além disso,

⁵⁸ DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*. v. 65, no. 1, 1979, p. 61–67. HOROWITZ, Donald L. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. *Duke Law Journal*. 1983, p. 1289-1291.

⁵⁹ SABEL, Charles F. SIMON, William H. *Op. cit.* pp.1017-1018. Para conferir mais objeções de igual natureza: MISHKIN, Paul J. Federal Courts as State Reformers. 35 *WASH. & LEE L. REV.* 949, 950-51 (1978); NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. 30 *STAN. L. REV.* 661, 664 (1978); YOO, John Choon. Who Measures the Chancellor's Foot? The Inherent Remedial Authority of the Federal Courts, 84 *CAL. L. REV* 1121 (1996).

⁶⁰ Esta última crítica, especial e originalmente realizada no contexto norte-americano, remanesce desatualizada, uma vez que a Suprema Corte historicamente referendou que inexistia violação ao princípio federativo e à autonomia política dos demais entes federativos na atuação pelo judiciário federal. Como bem aponta Owen Fiss, embora tais causas pudessem ser propostas perante a justiça estadual ou federal, normalmente eram ajuizadas perante a justiça federal, pois os juízes federais, escolhidos pelo Presidente da República, gozam no sistema norte-americano da garantia da vitaliciedade, diferentemente dos estaduais, que são eleitos para mandato definido, estando, assim, menos sujeitos à variedade de pressões políticas locais para decidir. FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 28.

⁶¹ Citem-se os seguintes casos, mencionados por Sabel, Charles F e Simon, William: *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 362 (1996) (reputando ordem prisional como extraordinariamente – de fato, selvagem - intrusiva); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 562 (1979) (desaprovando ordens que se amaranharam [lower courts] nas minúcias das operações prisionais); *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817, 832 (1977) (assentando existirem diversos meios alternativos de correção de violação e proposição de experimentalismo local); cf *Ruiz v. Estelle*, 679 F.2d i15,

as últimas aprovações legislativas federais endossaram restrição a novas reformas prisionais desproporcionais⁶², o que permite afirmar, com segurança, um refreamento jurídico no uso da técnica estruturante de decisão.

Contudo, tanto as restrições emanadas da jurisprudência quanto as legislativas confirmam uma conclusão relevantíssima ao debate: as reformas estruturais continuam a existir, não apenas no plano fático como também no jurídico; apenas foram remodeladas, pois são herança do sistema norte-americano. Em nenhum instante foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, apenas foram reformadas decisões judiciais anteriormente tidas como excessivamente interventivas.

A aprovação do *Prison Litigation Reform Act*, que estabelece critérios judiciais bem mais estritos às decisões estruturais em matéria prisional, revela que o legislador não pretendeu vetá-las das demais matérias de relevante interesse público, tampouco regular genericamente a aplicação do direito público no país. As reformas continuam agora com uma feição menos intrusiva, especialmente em matéria prisional, quando, após décadas, detectou-se uma crescente proliferação de demandas coletivas, por vezes ainda inacabadas.

Em interessante estudo comparado acerca do processo estrutural nos Estados Unidos, Jordão Violin explicou que decisões estruturais são possíveis somente a partir da aceitação do direito como ferramenta de mudanças sociais. Aduz ainda que os processos estruturais não surgiram nos Estados Unidos por sofisticação jurisprudencial ou por derivação doutrinária,

1148 (sth Cir. 1982) (o direcionamento de resultados específicos a funcionários estatais seria suficiente; como chegarão a esses resultados é tarefa deles, devida a intensidade da intervenção judicial até o ponto que seja necessária).

⁶² A referência é feita ao *Prison Litigation Reform Act*, cujos dispositivos de maior destaque na restrição de reformas estruturais são os seguintes: U.S.C. § 3626(a)(1)(A): *Prospective relief in any civil action with respect to prison conditions shall extend no further than necessary to correct the violation of the Federal right of a particular plaintiff or plaintiffs. The court shall not grant or approve any prospective relief unless the court finds that such relief is narrowly drawn, extends no further than necessary to correct the violation of the Federal right, and is the least intrusive means necessary to correct the violation of the Federal right. The court shall give substantial weight to any adverse impact on public safety or the operation of a criminal justice system caused by the relief.* Em tradução livre: “qualquer provimento prospectivo em ação civil concernente a condições prisionais deve abranger somente o necessário para corrigir a violação do direito federal de um autor individual ou coletivo. O juiz não deve garantir ou aprovar qualquer provimento prospectivo, salvo se, interpretando-o estritamente, estendê-lo apenas na medida necessária para corrigir a violação do direito, e desde que seja o único meio intrusivo para corrigi-lo. O juiz deve conferir peso substancial a qualquer impacto adverso na segurança pública ou na operação do sistema criminal de justiça causado pelo provimento”. U.S.C. § 3626(b)(3). *Prospective relief shall not terminate if the court makes written findings based on the record that prospective relief remains necessary to correct a current and ongoing violation of the Federal right, extends no further than necessary to correct the violation of the Federal right, and that the prospective relief is narrowly drawn and the least intrusive means to correct the violation.* Em nova tradução livre: “o provimento prospectivo não deve terminar se o juiz tiver provas documentais baseadas em dados de que permanece necessário para corrigir uma violação jurídica contínua e atual, estendendo-o apenas na medida necessária para corrigir a violação do direito, desde que interpretando estritamente como o único meio intrusivo necessário para tal.

são prioritariamente produto de um contexto intolerável de opressão contra minorias. O próprio Judiciário teria contribuído para a criação dessa situação, ao referendar anteriormente a segregação racial escolar, cujas leis apenas posteriormente foram declaradas incompatíveis com a Constituição.⁶³ Assim, segundo o autor, a gênese das decisões estruturais nos Estados Unidos foi fortemente influenciada por razões políticas, o que permite perceber nessa concepção original de decisões estruturais uma premissa politicamente engajada da função jurisdicional na concretização de direitos fundamentais.

No Brasil, não se viu identidade no mesmo processualismo histórico, o que reforça a necessidade de um revisionismo da aplicação irrefletida da ideia do juiz concretizador de valores constitucionais. Por aqui, as decisões estruturais são um tema recente, de construção doutrinária embrionária, em que ora se propugna um caráter pragmático, ora se afirma a necessidade de uma teoria própria.⁶⁴ Por vezes, são importadas como se aqui subsistissem as premissas idênticas de engajamento político contínuo da jurisdição que motivaram as reformas em instituições públicas desgastadas no direito norte-americano, o que não é o caso.

Precisamos, pois, de uma construção dogmática própria. Uma posição que analise as decisões estruturais como técnicas decisórias pragmáticas de jurisdição, como pretende a conceituação inicial apresentada, incorre no duplo risco da inconstitucionalidade da intervenção judicial, sob o ponto de vista de compatibilidade com as demais funções estatais, e da ineficácia, sob o viés metodológico, fomentando decisões desconcertadas e apartadas da realidade prática.

⁶³ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 6.

⁶⁴ Essa é a pretensão de Marco Félix Jobim. JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 449-466.

⁶⁵ No mesmo sentido Paola Bargallo, apontando a ausência de uma conceituação própria e equivalente aos remédios estruturais norte-americanos na Argentina. Assim, embora as *medidas precautorias* desempenhem um papel similar às ordens judiciais provisórias e temporárias tomadas no seio da *common law* para o perecimento de direitos, bem como que os princípios da lei civil e do direito processual abarquem a tutela de variados direitos, de modo similar ao de *injunctions*, esse debate exsurge por meio da discussão dos meios de implementação de decisões judiciais e dos seus mecanismos de execução. BARGALLO, Paolla. Justice and experimentalism: judicial remedies in public law litigation in Argentina. SELA (Seminario em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 44. 2005, p. 3-5. In *our law, the principles of the Civil Code and procedural law contemplate the majority of the various remedies found in U.S. law and, in practice, judgments contain a determination of indemnification for damages, a recognition of rights and instructions to do or fail to do similar to the injunction. Medidas precautorias are also similar to the temporary or provisional orders featured in the common law. However, there is no conceptual equivalent to the U.S. legal notion of a remedy; no comprehensive or specific body of procedural law, substantive law, literature or theoretical discussion about remedies; and of course no sociological studies of the remedies issued by Argentinean courts, their obstacles and their degree of effectiveness.*

Essa visão desconsidera importantes repercussões jurídicas de uma conceituação mais analítica do instituto que seja capaz de firmar premissas consistentes a uma melhor compreensão do papel do juiz em sua qualidade de ator processual no controle judicial de políticas públicas, sobretudo buscando firmar limites essenciais à função judicante, visando não somente a um reforço de legitimidade como de eficiência, como tem sido de frequente cobrança na sociedade contemporânea.

As decisões estruturais no direito brasileiro não são produto da construção concentrada e gradativa da jurisprudência, diante de ausência de instrumentos jurídicos prévios de tutela, mas do esforço difuso dos juizes em executarem decisões judiciais, com amparo em cláusulas gerais legalmente já previstas no ordenamento jurídico. A natureza recente do debate justifica-se porque sua propulsão doutrinária, assim como no direito norte-americano, adveio praticamente a partir de julgados relevantes da Suprema Corte.

No caso brasileiro, essa preocupação é particularmente representativa a partir de dois julgados: a concessão da medida cautelar na ADPF nº 45, que primeiramente reconheceu a possibilidade do controle judicial de ações ou omissões estatais em face da conformação constitucional de políticas públicas⁶⁶; precedente firmado em repercussão geral pelo plenário

⁶⁶ Cuidou-se de decisão monocrática do Ministro Celso de Mello em medida cautelar conferida na apontada ADPF-45, julgada em 29/04/2004, com a seguinte ementa e síntese decisória: “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: (...) Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição,

ofendendo-lhe, assim, os *preceitos* e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por *ação*. - Se o Estado deixar *de* adotar as medidas necessárias à realização concreta dos *preceitos* da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, *de* cumprir o dever *de* prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa *de* cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência *de* medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da *Lei Fundamental*.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição *de* formular e *de* implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos *Fundamentais* na Constituição Portuguesa *de* 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade *de* direitos individuais e/ou coletivos impregnados *de* estatura constitucional, ainda que derivados *de* cláusulas revestidas *de* conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena *de* o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, *de* maneira ilegítima, o cumprimento *de* seu impostergável dever, por um gesto irresponsável *de* infidelidade governamental ao que determina a própria *Lei Fundamental* do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo *de* conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede *de* efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos *de* segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras *de* tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além *de* caracterizar-se pela gradualidade *de* seu processo *de* concretização – depende, em grande medida, *de* um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, *de* tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação *de* sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito *de* fraudar, *de* frustrar e *de* inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, *de* condições materiais mínimas *de* existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência *de* justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade *de* exonerar-se do cumprimento *de* suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação *de* direitos constitucionais impregnados *de* um sentido *de* essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação *de* ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação *de* recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma *de* obras, prestação *de* serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos *fundamentais* da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta *de* 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto *de* partida está em assegurar as condições *de* sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas *de* existência. Ao apurar os elementos *fundamentais* dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois *de* atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento *de* prioridades orçamentárias, é capaz *de* conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo *de* concretização dos direitos *de* segunda geração - *de* implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, *de* um lado,

(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, *de* outro, (2) a existência *de* disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental *de* tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se *de* modo afirmativo e em situação *de* cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal *de* realização prática *de* tais direitos. Não obstante a formulação e a execução *de* políticas públicas dependam *de* opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade *de* conformação do legislador, nem a *de* atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem *de* modo irrazoável ou procederem com a clara intenção *de* neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal *de* uma injustificável inércia estatal ou *de* um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador *de* um conjunto irredutível *de* condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade *de* intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações *de* ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial *de* autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço *de* conformação’ [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada *de* decisão quanto às possibilidades e aos meios *de* efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos *de* conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas *de* organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes *de* garantir um cumprimento racional dos respectivos *preceitos* constitucionais. A eficácia dos Direitos *Fundamentais* Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado *de* prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada *de* alguma atividade *de* atendimento médico, ensino, *de* moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação *de* qualquer tipo *de* obrigação a ser cumprida na base dos Direitos *Fundamentais* Sociais tem como conseqüência a renúncia *de* reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte *de* direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso *de* omissões inconstitucionais.” (grifei) Todas as considerações que venho *de* fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, *de* que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução *de* política governamental decorrente *de* decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora *de* prejudicialidade da presente argüição *de* descumprimento *de* preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição *de* descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais *de* que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em conseqüência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera *de* atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse *preceito* legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade *de*

do STF que originou a tese de licitude da imposição pelo Judiciário de obrigações de fazer, consistentes na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, com fundamento na dignidade humana e na garantia de dignidade física e moral dos presos,⁶⁷ o que será detalhado no início do Capítulo III deste estudo.

Nesse último caso, apesar de diversos outros julgados do STF há muito tempo já chancelarem a possibilidade de controle judicial das políticas públicas pelo Poder Judiciário,⁶⁸ e ainda assim serem extremamente representativos dessa premissa, a importância do precedente acima apresentado reside propriamente no efeito simbólico de vinculação para os demais juízes, já que se trata de posição firmada em sede de repercussão geral. No caso,

submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator”.

67 Trata-se do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, julgado em 13 de agosto de 2015, cuja ementa traduz com suficiência o seu teor normativo: “REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido”.

68 Nesse sentido, aponte-se julgado do STF que remontara há quase 10 (dez) anos do precedente em repercussão geral. Há muito já se reconhecia a possibilidade de controle judicial de políticas públicas pelo Poder Judiciário: “embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão (...) mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.” (STF, AgR-RE 410.715, rel. Min. Celso de Mello, DJU 03-2-2006). Citem-se os seguintes julgados seguintes, confirmatórios da tese: Pleno. SL 47-AgR/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 29.04.10; 1ª Turma. RE 628.159-AgR/MA. Rel. Min. Rosa Weber, Dje 14.08.13; 1ª Turma. AI 810.410-AgR/GO. Rel. Min. Dias Toffoli. Dje 07.08.13; 2ª Turma. RE 700.227-ED/AC. Rel. Min. Carmen Lúcia. Dje 29.05.13; 2ª Turma. RE 563.144-AgR/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 15.04.13.

cuidou-se especificamente acerca da compatibilidade de decisões estruturais em matéria prisional com o princípio da separação de poderes.

Contudo, em ambos os casos, ou mesmo nos julgados seguintes à medida cautelar na ADPF nº 45, não houve um monitoramento judicial da fase de cumprimento das sentenças por iniciativa do STF. Os apontados julgados são simbolicamente relevantes para várias decisões judiciais de controle de políticas públicas no geral, mas sem que tenham configurado algum marco de engajamento da jurisdição na modificação de organizações estatais.

Nos Estados Unidos, diferentemente, o próprio caso *Brown II* representou emblematicamente a primeira decisão estrutural da história jurídica norte-americana.⁶⁹ Como mencionado, inaugurou uma nova era de intervenções judiciais nos mais variados assuntos, incluindo-se o sistema prisional, por meio de intervenções judiciais em larga escala, por todo o país. Inclusive, esse exemplo torna evidente a constatação comparativa. Nos Estados Unidos, em 1984, dois anos após o caso *Holt v. Sarver*, precursor em casos estruturais prisionais, 24% das 903 prisões então existentes no país – incluindo uma ao menos entre 43 Estados e o Distrito de Columbia – encontrava-se sob supervisão judicial, unidades que representavam 42% dos presos definitivos e 44% dos provisórios ao total, quase metade da população carcerária total.⁷⁰ Em 1970, havia apenas 6 ações em curso na Justiça Federal norte-americana para cada 1.000 presos. No período de 10 anos depois, esse número era cinco vezes maior, e em 1995, 20% de todas as ações nas cortes federais diziam respeito a violações de direitos fundamentais no sistema prisional.⁷¹

Por sua vez, apesar de os processos de intervenção judicial não serem tão raros, o Brasil não tem histórico considerável de decisões estruturais concentradas em matérias específicas. As intervenções judiciais em prisões têm sido normalmente pontuais, com casos amplamente estruturais ainda mais raros, se comparadas à experiência estadunidense.⁷² A teoria do litígio estrutural emerge ainda como novidade no sistema jurídico brasileiro, sucedida em forte influência de um modelo norte-americano marcado por insucessos e

⁶⁹ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov. 1979, p. 2-3.

⁷⁰ SCHLANGER, Margo. *Op. cit.* p. 2004.

⁷¹ GUETZOV, Joshua; SHOON, Eric. If you build it, they will fill it: the consequences of prison overcrowding litigation. *Law & Society Review*. v. 49, nº 2, 2015, p. 402.

⁷² Cite-se, nesse ponto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347-DF, ajuizada com o objetivo de declarar o “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, bem como compelir o Governo federal à elaboração e implementação de um plano nacional de caráter amplo para a solução do problema, em sincronia com planos estaduais e municipais. O mérito da demanda ainda não foi apreciado, tendo sido deferida parcialmente medida cautelar acolhendo apenas 2 (dois) dos 8 (oito) pedidos formulados, para instituir as audiências de custódia e determinar à União o descontingenciamento dos recursos oriundos do Sistema Penitenciário Nacional.

virtudes, mas cujo papel do juiz como amplo concretizador de valores constitucionais parece não se ajustar em identidade.

Aliás, essa verificação de que em nosso sistema jurídico o tema das decisões estruturais emerge como tentativa de resposta a uma prática judicante voltada a tutelar direitos em litígios mais complexos, com respaldo inclusive na simbologia que a aprovação das teses em precedentes vinculantes possui, reforça que a função judicial principal sempre será resolver a disputa, satisfazendo a pretensão individual ou coletiva do vencedor, e não concretizar valores constitucionais, crítica feita no tópico 1.2 ao pensamento de Owen Fiss.

A fim de prosseguir na busca por este caminho dogmático próprio, passa-se ao exame dos fundamentos jurídico das decisões estruturais em solo brasileiro.

2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DAS DECISÕES ESTRUTURAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Como retro discutido, as medidas estruturais foram em um primeiro momento estudadas no direito norte-americano e construídas gradativamente pelas *structural injunctions*, mecanismos processuais de tutela de situações atípicas, em que se firmou necessária a imposição judicial de reformas estruturais para garantir direitos fundamentais.

Não há como transplantar o estudo das decisões estruturais no direito norte-americano à experiência brasileira desconsiderando-se as peculiaridades da tradição fundada no *civil law*, inegavelmente diversa do *common law*. No sistema brasileiro, a tutela jurisdicional de direitos fundamentais violados pelo poder público não partiu de uma evolução construtiva no sistema de precedentes. Apesar das insuficiências do sistema jurídico pátrio, as quais serão discutidas nos capítulos seguintes, há normas jurídicas que, com fundamento constitucional, já possibilitam à função judicante a imposição de obrigações para a garantia de direitos fundamentais, com vistas à superação de inconstitucionalidades por meio de sucessivos mandamentos colmatados para efetivar obrigações de fazer.

O modelo brasileiro de medidas estruturais de tutela funda-se em previsões legais expressas de cláusulas gerais, a partir das quais os juízes impõem mandamentos estatais assecuratórios do cumprimento de decisões judiciais, normalmente referentes a obrigações de fazer opostas ao Estado. A intervenção judicial em políticas públicas no Brasil não decorreu de uma construção cunhada a partir de lacunas de procedimentos de tutela de direitos que viabilizassem reformas nas organizações públicas, mas de cláusulas gerais conferidas pela lei com amparo constitucional.

2.1. AMPARO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL

Para o que ora interessa ao presente estudo, o art. 102, §1º da CF ampliou o objeto do controle de constitucionalidade brasileiro para atos administrativos do poder público, não necessariamente normativos.⁷³ A reserva legal do dispositivo constitucional foi devidamente preenchida pelo art. 1º da Lei nº 9.882/99, que estabelece como objeto explícito “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Vê-se uma possibilidade de controle de constitucionalidade sobre lesões a preceitos constitucionais

⁷³ VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 30, jan./mar. 2000, p. 69/77.

fundamentais, as quais podem acontecer tanto por omissão quanto por ação administrativa estatal.

É relevante perceber uma imposição do legislador a que o STF, enquanto órgão jurisdicional, repare a lesão a preceito fundamental, e não simplesmente declare a inconstitucionalidade de eventual política pública violadora ou omissa. A pretensão da demanda não se satisfaz com um juízo declaratório, mas também executório, voltado à satisfação jurídica do bem constitucionalmente protegido. Nisso reside uma dimensão de poder-dever de remediar a inconstitucionalidade verificada por meio de uma solução cunhada a partir de uma prestação jurisdicional satisfativa.

Transpassando esse controle concentrado para a visualização de um controle difuso sobre a constitucionalidade e legalidade de atos administrativos, essa inovação da ADPF no controle de constitucionalidade sobre políticas públicas não exclui outras situações jurídicas normativas em que a própria Constituição outorga a possibilidade de controle de atos administrativos inconstitucionais e ilegais por qualquer juiz, desta vez por potencialmente violarem direitos subjetivos de quem quer que seja.

O art. 5º, XXXV da CF estabelece que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Acrescentou novos elementos normativos ao texto constitucional anterior, que estabelecia a garantia de que *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual* (art. 153, §4º da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que editou o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967). Com isso, ampliou as margens de atuação judicial na concretização de direitos, ao acrescer proteção à tutela preventiva, além de não mais particularizar a apreciação de lesões somente a direitos individuais.

O dispositivo constitucional em exame estabelece o direito fundamental de acesso à justiça, traduzindo três ordens de mandamentos normativos, duas de ordem formal e uma última de natureza material, as quais constituem fundamentos essenciais para uma compreensão completa do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

O acesso à justiça em sentido formal reside principalmente na pretensão de resistência à intervenção estatal⁷⁴ das mais importantes, consagrando amplo acesso, ao coibir intervenções não justificadas precipuamente voltadas ao legislador, através da proibição de eventual cerceamento legal da possibilidade de ajuizamento de demandas judiciais em casos

⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 63.

de quaisquer lesões ou ameaças a direitos em geral. Ao lado dessa constatação, o acesso formal colima verdadeira garantia de criação e manutenção de instituição pública judicial que sustente o exercício dos direitos fundamentais por todos os indivíduos, brasileiros ou estrangeiros, conforme determina o *caput* do art. 5º da CF, com a garantia de presença física do órgão julgante.⁷⁵ A acepção formal do acesso à justiça, cunhada a partir destes desdobramentos, não é bastante, uma vez que conceber na norma constitucional em exame uma garantia eximida a partir da simples abstenção do legislador à turbação ou ao impedimento do acesso à via jurisdicional, acrescido da presença do Estado-juiz, poderia ensejar a falsa percepção de que o direito estaria garantido.

Em outras palavras, endossar a suficiência destas dimensões formais levaria a crer que, mesmo que todas as demandas propostas fossem julgadas sem qualquer resolução de mérito, se não houvesse intervenção injustificada do legislador, não haveria violação alguma à garantia constitucional. Ora, se nem à lei é conferido salvo conduto de tolher o direito de ação da parte interessada, que se dirá do julgador? Essa conclusão faz perceber uma dimensão material imanente à noção de acesso à justiça, a informar o conteúdo da garantia constitucional, qualificada pela imposição de um dever ao legislador, voltado à estruturação do processo em atenção à necessidade de adequação da tutela jurisdicional, e ao julgador, a fim de que seja viabilizada uma tutela adequada de direitos.⁷⁶

Não há como se privar de alguma forma essa complementariedade de funções, necessárias a que seja conferida a normatividade imprescindível à garantia fundamental. O acesso à justiça em sentido material consagra o acesso a uma ordem jurídica justa, que produza resultados individual e socialmente justos.⁷⁷ Assim, o acesso à justiça não pode ser

⁷⁵ *Ibid.* p. 71-72. Conforme ensinam os autores, invoca-se a formulação feita por Carl Schmitt, que “distinguiu, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, uma categoria de disposições constitucionais que a doutrina posterior denominou ‘garantias de organização’ (*Einrichtungsgarantien*). Seu objetivo é criar e manter instituições que sustentem o exercício dos direitos fundamentais”. Há duas espécies de garantias de organização: (a) garantias de instituições privadas para o exercício de direitos fundamentais (*Institutsgarantien*), a exemplo do casamento, da família, da constituição de associações, entre outras; (b) garantias de instituições públicas para o exercício de direitos fundamentais (*institutioelle Garantien*), ou seja, de organizações estatais para o exercício de direitos fundamentais, a exemplo de órgãos públicos e órgãos judiciários. SCHMITT, Carl. *Grundrechte und Grundpflichten*. In: SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren. 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

⁷⁶ MARINONI. Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1. p. 255.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

compreendido apenas como uma garantia de organização institucional estatal, mas também como meio de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.⁷⁸⁷⁹

É importante perceber também que a Constituição não só outorga o direito a uma ordem jurídica justa a quem necessite estar em juízo para a defesa de direito próprio ameaçado ou violado. Confere amplamente (i) a qualquer cidadão a legitimidade para anulação de atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII da CF); (ii) ao Ministério Público e a quem a Constituição ou a lei estabelecerem, a prerrogativa de zelar pelos direitos constitucionais, promovendo medidas necessárias à sua garantia, e de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e interesses difusos e coletivos da sociedade (art. 129, II e III e §1º da CF).

A interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais originários em exame conduz à conclusão de que a ordem constitucional confere uma ampla e indistinta proteção em face de ilegalidades e inconstitucionalidades perpetradas por ações ou omissões administrativas, seja quando ocorrem violações evidentes a preceitos constitucionais fundamentais (art. 102, §1º da CF), lesões ou ameaças a direitos subjetivos (art. 5º, XXXV da CF) ou mesmo violações a direitos e interesses coletivos e difusos da sociedade (art. 129, II e III e §1º da CF).

É relevante perceber que a legitimação para a tutela coletiva é conferida não somente a título de zelo por direitos próprios, mas como proteção de interesses coletivos e difusos. Como conceber a existência jurídica de uma proteção constitucional a tais interesses, e não apenas uma veladura, tal como estabelecido pelo constituinte em um inciso autônomo, sem

⁷⁸ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: DINAMARCO; Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁷⁹ Acerca do tema, assim resume Marinoni: “a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV da Constituição) significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de *afirmar* lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa *afirmação apreciada* pelo juiz quando presentes os requisitos para a apreciação do mérito; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) o autor tem direito à técnica antecipatória; (v) as partes têm direito à adequada distribuição do ônus da prova; (vi) o autor tem o direito à *sentença e ao meio executivo* capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional do direito; e (vii) o autor tem o direito ao *procedimento* adequado à situação de direito substancial carente de proteção. Tudo isso demonstra a extensão do direito de ação, que é muito mais do que o ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito. A ação, diante dos seus desdobramentos concretos e em uma perspectiva dinâmica, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional adequada e efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 267-268.

um correlato dever estatal de prestar uma jurisdição efetiva, para os casos de reconhecida violação a direitos constitucionais?

O art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos colima uma obrigação jurídica de que o Estado brasileiro adote as medidas legislativas e jurisdicionais necessárias para tornar direitos e liberdades fundamentais efetivos. O art. 25, 1 da mesma Convenção estabelece um direito subjetivo à proteção judicial contra violações jurídicas de direitos fundamentais, seja por agentes públicos ou não. O art. 25, 2, c, em complemento, estabelece que os Estados-Partes comprometem-se a “assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.⁸⁰

Assim, o direito convencional estabeleceu um autêntico direito subjetivo das partes em processo judicial a uma tutela jurisdicional efetiva, entendida como aquela em que o Estado garanta mecanismos processuais idôneos para que os juízes, no exercício de seus deveres funcionais, assegurem a efetividade do direito reconhecido, proveniente de uma dada violação a direito fundamental reconhecida pela lei ou pela Constituição. O direito à proteção judicial contra violações de direitos fundamentais é amparado de forma autônoma por cláusula constitucional, já que o art. 5º, §1º da CF consigna expressamente que os direitos e garantias constitucionais não excluem outros decorrentes da incorporação ao direito pátrio de tratados internacionais.

Atendidos os pressupostos processuais da demanda, pois, o jurisdicionado tem um direito subjetivo não só a uma resposta de mérito, mas ao meio executivo capaz de dar plena efetividade a ela, por meio das técnicas executivas idôneas,⁸¹ colmatadas pelo legislador nos arts. 139 e 536 a 538 do CPC, entre as quais as medidas estruturais de tutela, cujo fundamento legal processual e material no direito brasileiro será demonstrado a seguir.

2.2 FUNDAMENTO LEGAL PROCESSUAL

O legislador brasileiro acompanhou essa perspectiva ampla de efetividade na proteção dos direitos por meio do art. 4º do CPC, que, ao atualizar a legislação anterior, previu que *as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*. Cuida-se do direito à satisfação. Esse dispositivo conferiu o

⁸⁰ O termo “recurso” é utilizado pelo art. 25 no sentido amplo, como meio que efetive o direito de acionar uma resposta do Estado-juiz, e não simplesmente um recurso processual. Isso fica evidenciado pela menção a um direito estatuído a um “recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo”.

⁸¹ Idem. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 100.

direito subjetivo à solução integral do mérito da causa, caso nitidamente cumpridos os pressupostos processuais da demanda, e equiparou no processo a importância da fase execução do direito discutido com a fase inicial de conhecimento, caso este direito seja reconhecido pelo título executivo judicial.

O direito à tutela executiva, tal como conferido pelo legislador, confere aos cidadãos a exigência de um sistema completo de tutela executiva, em que existam “meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”,⁸² sem que se possa alijar a qualquer direito reconhecido em juízo a sua satisfação. O direito à tutela executiva pelas partes, conferido expressamente pelo legislador processual brasileiro, confere ao Estado-juiz o poder-dever de (a) interpretar as normas que regulamentam a atividade executiva de modo a que seja conferida a maior efetividade possível; (b) deixar de aplicar uma norma que restrinja um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar como forma de proteção de outro direito fundamental; (c) adotar os meios executivos necessários à prestação integral da tutela executiva.⁸³

Essa conclusão é confirmada pelo art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil, que determina que o juiz dirigirá o processo *conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*. Esse dispositivo acata a tese dos limites puramente constitucionais à atividade jurisdicional executiva, uma vez que caberá ao magistrado da causa eleger quais as medidas mais adequadas à satisfação do direito reconhecido, estando jungido somente às normas constitucionais para a realização desse mister. No mais, inovou na ordem jurídica ao estabelecer o que se chama neste estudo de *cláusula geral de instrumentalização de medidas judiciais*. Prevê um mandamento destinado ao órgão jurisdicional para que, no dispositivo de sua sentença ou acórdão, entre possíveis alternativas, eleja o meio de sua efetivação.

Alguns podem afirmar que esse dispositivo processual atribui um poder desmedido aos juízes, uma vez que, a partir de então, poderiam desenvolver uma atividade criativa genérica para fazer cumprir suas decisões judiciais, gerando abusos de diversas formas. Trata-se, porém, justamente do contrário. Essa flexibilização procedimental é medida apenas

⁸² GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2002. p. 102.

⁸³ *Ibid.* p. 103-104.

excepcional, de caráter subsidiário. Em regra, o sistema processual brasileiro repousa em regras pormenorizadas típicas acerca de cada espécie de provimento executivo necessário à satisfação de direitos: (i) o cumprimento de sentença, seja por meio do (i.i) cumprimento provisório de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (art. 520 a 522 do CPC); (i.ii) cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de pagar quantia certa (art. 523 a 527 do CPC); (i.iii) cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos (art. 528 a 533 do CPC); (i.iv) cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública (art. 534 do CPC); (i.v) cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (art. 536 a 538 do CPC); (ii) a execução, seja (ii.i) para a entrega de coisa; (ii.ii) das obrigações de fazer ou não fazer; (ii.iii) por quantia certa; (ii.iv) de alimentos.

O detalhe fundamental reside nas obrigações de fazer inexequíveis imediatamente, que, em razão dessa peculiar característica, requerem também maior maleabilidade normativa. Tais situações peculiares são, em tese, imprevisíveis, variando as dificuldades operacionais em grau e natureza que somente podem ser visualizados pelo aplicador no momento necessário à sua efetivação, sem que isso signifique que o julgador possa se eximir do papel de concretizar o direito discutido em juízo, o que justifica o recurso legislativo à cláusula geral.

Prova disso é que o próprio *caput* do art. 536 do CPC, regra específica que regulamenta o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer, previu que, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, *o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.*

Dispositivo com igual teor normativo já constava no revogado Código de Processo Civil de 1973, cujo art. 461 estabelecia que, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, *o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

Essas regras processuais estabelecem poder-dever de tutela judicial finalística, alternativa à tutela específica nas obrigações de fazer ou não fazer, há muito conhecido no sistema processual brasileiro. Elas consignam que a impossibilidade da tutela específica da

obrigação não autoriza simplesmente uma tutela reparatória, não exime o Estado-juiz da tutela do resultado prático equivalente, a título de substituição do bem da vida reclamado em juízo.

O acréscimo estabelecido no vigente Código de Processo Civil reside em poder-dever de tutela judicial *instrumental*, que abrange o uso de meios atípicos para operacionalizar a efetivação de comandos judiciais prévios, abrangendo amplamente não só obrigações de fazer ou não fazer, como também de pagar. Nisso reside a conclusão do art. 139, VI do CPC como *cláusula geral de instrumentalização de medidas judiciais*, uma vez que aqui o objetivo não é um resultado prático equivalente, como no art. 536 do CPC, mas viabilizar a efetivação do próprio bem da vida reclamado em juízo, seja ele uma obrigação de fazer, não fazer ou pagar.

O recurso a cláusulas gerais em obrigações de fazer inexecutáveis imediatamente ou mesmo em casos de necessidade de implementação de decisões judiciais prévias é uma exigência normativa peculiar, uma vez que não há como o legislador prever a exata dificuldade que o magistrado terá para satisfazer a obrigação de fazer específica do processo examinado.

Por isso, não há como se afirmar que se trata de situações jurídicas nas quais o legislador transfere parcela de sua responsabilidade política ao julgador; do contrário, são casos em que as variadas conjunturas de fato para aplicação da norma são indeterminadas e imprevisíveis, requerendo maior maleabilidade ao julgador para garantir efetividade à tutela jurisdicional. Por outro lado, a previsão legal constitui garantia invocável pelo jurisdicionado para tornar eventual decisão judicial exequível, devendo essa exequibilidade ser judicialmente garantida pelo Estado.

Em verdade, muito mais do que conferir uma cláusula em branco para a estipulação de medidas de cumprimento autoritárias, a cláusula emana inteligentemente de uma autovinculação judicial para que se evitem decisões *immediatistas*, tanto no sentido de serem pouco operativas em termos de eficácia, quanto pouco refletidas acerca de suas consequências práticas.⁸⁴ Dito de outro modo, trata-se de um mandamento de autorresponsabilização do

⁸⁴ Decisões imediatistas são frequentes na prática judicante brasileira em todos os graus de jurisdição, premidas por uma compreensão superficial do juiz como concretizador de valores constitucionais, a qual ofusca inclusive o papel essencial do magistrado, que é resolver disputas, viabilizando uma tutela jurisdicional efetiva por meio da busca por novas soluções. O juiz não pode se arriscar a incrementar valores públicos, por mais altruísticos que sejam seus desejos. Pode-se detectar tal perfil decisório inclusive no Supremo Tribunal Federal, a partir da análise de marcas de algumas decisões proferidas pelos próprios Ministros do Supremo, como em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio em 22 de junho de 2017 no RE nº 657.718-MG. Após notícia pela parte interessada de que determinado medicamento não foi fornecido renitentemente a despeito de decisão judicial favorável, foi requerido prazo para entrega sob pena de multa, e, em último caso, o bloqueio de verbas públicas.

conteúdo da decisão proferida. Fundamentadamente, quando houver margem de atuação decisória em um ou outro sentido, incumbirá também ao magistrado eleger os meios pelos quais a decisão será satisfeita, sob pena de completa inefetividade do provimento jurisdicional. Não adianta apenas ao juiz vislumbrar o fim proposto de uma decisão determinada, se não há meios fáticos para efetivá-la.

Por mais que uma decisão eventualmente garanta direitos, de nada valerá se foi irrealizável, não sendo ao final implementada. Assim, a melhor interpretação desse dispositivo normativo não é a que fomenta o “juízo criativo ilimitado e despreocupado com as restrições normativo-constitucionais com fins utilitaristas”, mas “aquela que percebe a conexão com a teoria das injunções já amplamente desenvolvida no direito estrangeiro especialmente para os processos de implementação de direitos fundamentais mediante a chamada litigância de direito público, mas que poderá ser utilizada para outros fins”.⁸⁵ Essa constatação leva a duas conclusões importantes: (a) o legislador efetivamente previu no dispositivo a possibilidade de medidas estruturais de tutela, optando pelo segundo modelo retro referido; (b) essa previsão ocorreu sob a forma de uma cláusula geral atípica, consistente na opção por *medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial*.

O ente público, por sua vez, requereu a prorrogação do prazo de fornecimento em 30 dias, para cumprimento da medida liminar. Foi prolatada decisão de imposição de multa de R\$ 500,00 por dia, limitada a R\$ 500.000,00, caso o Estado deixasse de fornecer o fármaco em questão no prazo de 48 horas. No fundamento da decisão, assim foi consignado expressamente: “nada, absolutamente nada, justifica o descumprimento de decisão judicial, principalmente do Supremo. A intimação do Estado de Minas Gerais para fins de implementação da medida acauteladora data de mais de 4 meses. A par disso, está em jogo a saúde da requerente, considerada a doença renal crônica que a acomete e a necessidade de tratamento contínuo mediante o uso do remédio Mimpara 30 mg (Cinacalcet). A cultura protelatória, a nos afastar do Brasil sonhado, não há que ser abonada”. O cumprimento de uma decisão judicial começa pela necessária consideração pelo magistrado do que é efetivamente possível fazer no caso concreto. É preciso conhecer com profundidade os fatos da demanda para se detectar se efetivamente existe má vontade do gestor público em cumprir a decisão judicial, ou se existe uma letargia contumaz da administração pública, por vezes durável anos a fio, na execução da política pública, impedindo tal fornecimento no tempo aplicado pelo julgador. Frequentemente ocorre a segunda hipótese, e nesse caso apenas uma decisão estrutural para compelir o órgão público prestador do serviço público a sair da inércia administrativa pode produzir boa solução. Termos genéricos como “cultura protelatória” e “Brasil sonhado”, para além de excessivamente genéricos, não escondem um engajamento político jurisdição no foco de concretizar valores fundamentais, o que prejudica a visualização de soluções práticas mais eficazes e efetivas no exercício da jurisdição. A multa infligida resolverá o problema posto? Por que, no caso em tela, impor multa de R\$ 500,00 por dia ao ente público, muitas vezes já combatido pela inércia de seus agentes públicos, sujeitando-o inclusive ao montante excessivo de R\$ 500.000,00, apenas para fornecer um único medicamento a uma única pessoa? Por que não efetivar desde já o bloqueio do orçamento público no valor exato do medicamento, enquanto não passa a ser fornecido in natura pela repartição pública competente? Se efetivamente existe má vontade do gestor público, por que não opor pessoalmente ao servidor público uma multa caso comprovada a negligência no exercício das funções públicas? Por que não eleger a via da imposição de criação e ampliação das políticas públicas como efetivo elo para efetivação da tutela jurisdicional nestes casos?

⁸⁵ STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV, CPC: carta branca para o arbítrio. **Conjur.** 25 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 6 maio 2020.

No que tange à primeira conclusão, tem-se que o art. 139, IV do CPC veicula uma norma jurídica *apenas contingente* de medidas estruturais de tutela. Isso porque esse dispositivo é mais amplo, aplica-se indistintamente em todos os casos em que necessário que se assegure o cumprimento de ordem judicial, seja ou não para efetivar medidas judiciais contra o poder público, incluindo-se demandas cujo objeto seja a obtenção de prestação pecuniária. Por essa razão, inclusive, prefere-se aqui nesse estudo a nomenclatura *cláusula geral de instrumentalização de medidas judiciais*, e não cláusula geral de medidas estruturais de tutela, mais restritiva.

À guisa de exemplo, suponha um devedor contumaz de uma prestação de pagar a outrem, mas com comprovada solvência civil. Em se verificando a subsistência da obrigação de pagar a despeito de numerosas tentativas frustradas de execução, em tese, respeitados os direitos constitucionais fundamentais e atendida a proporcionalidade, é possível que o juiz determine com fundamento no dispositivo legal referido a restrição de um direito do devedor como meio instrumental até que cumprida a obrigação assumida, como forma de compeli-lo a satisfazer o direito reclamado em juízo. Tal caso não poderia ser subsumido a uma obrigação de pagar devida por um ente federativo brasileiro solvente. O art. 100 da CF já regulamenta de forma exaustiva a execução de obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública, por meio da sistemática dos precatórios e requisições de pequeno valor. Do mesmo modo, tanto em caso de descumprimento deliberado de pagamentos da dívida fundada quanto de descumprimento de ordem ou decisão judicial, há previsão constitucional de intervenção federal nos Estados ou intervenção estadual nos Municípios, nos moldes dos art. 34, V, *a* e VI e 35, I e IV da CF.

Isso não ocorre em casos de obrigações de fazer contra particulares, indivíduos ou pessoas jurídicas, e contra o poder público, por meio das pessoas jurídicas de direito público. A equiparação destas situações jurídicas é flagrante. Não há norma específica constitucional para as obrigações de fazer contra a fazenda pública, como existe nas obrigações de pagar. Tanto as obrigações civis privadas quanto públicas de obrigação de fazer precisam ser efetivadas.

Em outras palavras, o art. 139, IV do Código de Processo Civil determina uma *cláusula geral de instrumentalização de medidas judiciais*. As medidas estruturais podem se basear nela, quando se tratar de obrigações de fazer contra o poder público que requeiram efetivação judicial.

A segunda conclusão, calcada na afirmação de que a previsão legal para o controle jurisdicional de políticas públicas ocorre, no ordenamento brasileiro, a partir de cláusula geral atípica, reside na menção expressa do mesmo art. 139, IV do CPC de que ao juiz competirá a determinação das “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” necessárias à garantia de cumprimento de ordem judicial.⁸⁶

De fato, somente uma cláusula geral tornaria possível ao juiz efetivar decisões no campo do controle jurisdicional de políticas públicas, seja na esfera jurídica de competência ou de operabilidade. A cláusula geral conferida pelo legislador utilizou a técnica da atipicidade, uma vez que previu expressamente a possibilidade de as medidas judiciais tomadas serem indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, a depender de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade verificado a partir do caso concreto.

Por fim, há autores que sustentam que a previsão legal processual das medidas estruturais de tutela consistiria em uma referência feita à “intervenção judicial” no art. 536, §1º do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que redundou no CPC vigente, mas que fora suprimida pelo Senado Federal quando da aprovação legislativa.⁸⁷ Esse dispositivo previa entre as medidas judiciais possíveis à efetivação de obrigações de fazer ou não fazer “a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar”. Trata-se de uma interpretação restritiva indevida, por duas razões. Em primeiro lugar, a intervenção judicial não é a única maneira de operacionalizar a obrigatória medida satisfativa das decisões judiciais, mas apenas uma delas. A cláusula art. 139, IV do CPC é aberta, assim como são os meios de coerção diretos ou indiretos para o cumprimento de ordens judiciais. Em segunda razão, o dispositivo faz

⁸⁶ A definição das cláusulas gerais é muito bem trabalhada por Judith Martins Costa, que assim pontua: As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, como na célebre dicção voltaireana –, foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana. [...] Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico”. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado “como um sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n. 35, n. 139, jul./set. 1998, p. 3.

⁸⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm. 2017, p. 244.

referência explícita à atividade empresarial ou similar, o que deve significar a de cunho generalizadamente privado, por ser o texto em questão também genérico. Colima-se uma norma jurídica que busca coibir intervenção não justificada do Estado-juiz na liberdade do cidadão, seja em sua atividade empresarial, seja em suas atividades privadas em geral.

Por sua vez, as medidas estruturais veiculam um propósito inverso: a efetivação de uma pretensão do cidadão, de um grupo social ou mesmo da sociedade em geral em face do aparato estatal. Assim, o temor da agressão estatal não se justifica. Se subsistente, a ameaça é de comprometimento da esfera de atuação das outras funções estatais, e não de restrição à liberdade privada, mesmo porque os direitos fundamentais não são invocáveis pelo poder público. Por exemplo, nada impede que seja judicialmente requerida e deferida intervenção judicial, na fase de cumprimento de uma sentença que tenha estabelecido a obrigação estatal de prover hospital público de condições mínimas estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde, para garantir a prestação do direito constitucional à saúde a todos os cidadãos.

Resta a discussão acerca de quais medidas judiciais seriam legítimas durante o período de intervenção judicial em si, em virtude da relativa autonomia do órgão público em prover a sua estrutura e prestar o serviço. Mas, não se cogita a impossibilidade da intervenção judicial em si, em virtude da supressão de redação do art. 536, §1º do CPC, pois o que se proibiu foi a de cunho empresarial ou similar. Pretender extrair da remissão suprimida à intervenção judicial em atividade empresarial ou similar a proibição daquelas realizadas em órgãos públicos, quando necessário, é acrescer uma hipótese não apenas não abarcada pela norma suprimida, como conflitante com as demais normas processuais satisfativas estudadas, as quais impõem ao juiz a viabilização da efetividade de suas decisões como prolongamento do próprio acesso à Justiça, desde que sempre respeitada a proporcionalidade da medida judicial.

2.3 FUNDAMENTO LEGAL MATERIAL

O art. 23 do Decreto-lei nº 4.657/42, que prevê a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.65/18, aduz que a decisão judicial que estabeleça interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

É certo que o apontado dispositivo, especificamente no que se aplica às decisões judiciais, reforça a necessidade de regimes interpretativos de transição em caso de alteração repentina da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, preocupação explícita do art. 927, §3º do CPC.⁸⁸ Sem desconsiderar a proeminente importância da segurança jurídica como baliza essencial do ordenamento jurídico, o dispositivo não tem força jurídica somente redundante, antes representa um fundamento legal material para as medidas estruturais no direito brasileiro. Essa constatação parte da interpretação de que a norma em exame admite, de *lege ferenda*, que (i) decisões não só administrativas e controladoras, mas também judiciais, estabeleçam interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito; (ii) ao desempenhar tal papel, deverá o magistrado prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Tem-se, pois, previsão legal expressa a coibir decisões *immediatistas* no âmbito administrativo, controlador e judicial, fundando-se excepcionalmente em medidas processuais estruturais. Com isso, busca-se evitar decisões ineficazes ou que, por qualquer motivo, agravem a situação jurídica a ser debelada, seja de controle de administração de bens públicos (administrativa), de controle de órgãos da administração pública (controladora) ou de controle de legalidade e constitucionalidade na aplicação das normas jurídicas (judicial).

A primeira parte do dispositivo estabelece a necessidade de interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, o que é excessivamente genérico. O legislador deveria especificar as peculiaridades jurídicas de controle das funções administrativa, controladora e judicial, que são totalmente diversas em grau e natureza. Na esfera administrativa, o administrador, jungido à lei, nos casos em que ela confere o exercício de poder discricionário, administra bens e serviços com a finalidade de buscar o interesse público, a partir de juízos de conveniência e de oportunidade fundados nas margens de ação conferidas pelo legislador. Na controladora, realiza-se o controle de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos exercidos (art. 70 da CF). Por sua vez, na judicial, opera-se um controle de legalidade e de constitucionalidade dos atos administrativos em geral.

⁸⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 107.

A *mens legis* referente à primeira parte do art. 23 do Decreto-lei nº 4.657/42 traz em si o reconhecimento de que, em quaisquer das três esferas de controle da administração pública, como reflexo de uma aplicação nos limites conferidos pela Constituição, é possível a imposição de novo dever ao administrador público ou de nova condição jurídica a um direito por parte de um particular. Assim, para o que interessa como objeto deste estudo, no controle de políticas públicas, é possível que o Estado-juiz, na fase de execução de medidas para a efetivação de direitos reconhecidos, imponha novo dever ao administrador público, com base na lei e na Constituição. Mais que isso, caberá ao juiz prever um regime de transição, quando essencial para que o novo dever seja cumprido de modo proporcional, equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais, de modo a garantir um amortecimento gradativo da alteração da situação jurídica concebida.

O regime de transição é o complemento normativo material do conteúdo jurídico do examinado art. 139, IV do CPC, no que se refere às medidas estruturais que podem ser determinadas pelo juiz, no âmbito da cláusula geral conferida pelo dispositivo para a instrumentalização de medidas judiciais. Transição aqui significa o processo de atos necessários ao alcance de uma etapa final a partir de uma inicial.

Exige-se normativamente tal regime quando imprescindível para que este objetivo seja eficazmente obtido, com base em juízo de (i) proporcionalidade, a fim de que não sejam realizadas intervenções não justificadas do Estado na esfera particular; (ii) equidade, exigindo-se que a decisão leve em conta administrados que estejam também na mesma situação jurídica do jurisdicionado carecedor da tutela jurisdicional pleiteada naquele processo judicial; (iii) eficiência, com base em juízo de viabilidade da medida eleita para atingir eficazmente o bem comum; (iv) integridade, de modo a evitar impactos indevidos sobre administrados que eventualmente sejam prejudicados.

Essa complementação final do dispositivo corrobora a constatação de que o dispositivo em exame consagra definitivamente medidas estruturais, por meio de uma aproximação de conceitos também verificados na origem norte-americana das decisões estruturais, amparados em dois princípios essenciais de moderação da atividade judicante, conhecidos como *balancing the equities* e *tailoring the remedy*.

Por *balancing the equities* firma-se a obrigação de que o juiz considere as consequências práticas positivas ou negativas das medidas estruturais, rechaçando ou limitando aquelas cujos prejuízos excedam os benefícios auferidos. O princípio *tailoring the remedy* requer do juiz, ao eleger as medidas estruturais adequadas, a busca efetiva de

satisfação do direito tutelado, evitando-se a imposição de condições excessivas aos atingidos pela decisão, ao ponto de criar um privilégio à parte atendida. O primeiro princípio impõe ao magistrado uma maior atuação para a mitigação do prejuízo constatado, ao passo que o segundo clama por uma atenuação desse agir estatal.⁸⁹

Assim, a lei material confere ao juiz, no controle judicial de políticas públicas, margem de atuação para lançar mão de medidas processuais estruturais atípicas, quando, ao se exigir do administrador público novo dever, o resultado pretendido não seja eficazmente alcançado por uma singela e única decisão judicial, requerendo do magistrado decisões em cadeia, simples ou mais complexas, que prevejam um regime administrativo de transição, de modo a garantir proporcionalidade, equidade, eficiência e integridade no resultado do provimento judicial.

Portanto, há fundamento jurídico-constitucional e legal para as decisões estruturais no direito brasileiro. Cabe no próximo capítulo avaliar como se dá o recurso a decisões do tipo estruturante.

⁸⁹ SCHOENBROD, David. The measure of an injunction: a principle to replace balancing the equities and tailoring the remedy. *Minnesota Law Review*. n. 627. apr. 1988. p. 633-635.

3 CONTROLE JUDICIAL DIRETO E INDIRETO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO GATILHO ÀS DECISÕES ESTRUTURAIS

3.1 CONTROLE DIRETO E INDIRETO: ALICERCES METODOLÓGICOS MAIS FIRMES ÀS DECISÕES ESTRUTURAIS

O controle judicial de políticas públicas em regimes democráticos tem lastro no Estado de Direito, em contraposição ao Estado despótico, onde o administrador tudo poderia fazer, sem qualquer possibilidade de revisão dos atos públicos. O art. 5º, XXXV da CF assenta que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que configura garantia constitucional fundamental em face do legislador e abarca variadas demandas, inclusive as propostas em face do poder público, para questionamento de atos administrativos praticados pelos agentes públicos.

Ao menos em tese, o controle judicial de políticas públicas pode ser mais *amplo e direto* ou *restrito e indireto*, conforme a gradação de intervenção possível do juiz no caso concreto. Nessa linha de preocupação, essa diferença é útil para firmar premissas na análise da atividade judicante, a fim de perquirir se o ordenamento jurídico brasileiro abarca um controle mais largo ou mais estreito nas políticas públicas, fixando eventuais limites de atuação.

O controle *amplo e direto* de políticas públicas é aquele que permite ao magistrado, ao menos em tese, um controle avaliativo embasado em juízo de eficiência da política pública que é posta em exame, por meio do qual será permitido ao final implementar ou agregar à política pública existente uma outra, segundo um critério tal que seja comprovadamente mais eficiente à proteção do direito fundamental discutido em juízo. *Amplo* por possibilitar o controle judicial de políticas públicas omissas ou deficitárias por meio de princípios. *Direto* por visar à política pública em si, buscando implementá-la corretamente ou corrigi-la.

O controle judicial de políticas públicas alicerçado na concepção de decisões estruturais como reformas feitas para a concretização de valores constitucionais, originalmente defendidas no direito norte-americano, parece se aproximar desse controle *direto e amplo*, que se identifica, nesse ponto, com a teoria principiológica dos direitos fundamentais. Nele a falibilidade jurídica da política pública desemboca ao final no Estado-juiz, que precisa dar a melhor resposta para a concretização do direito fundamental após a insuficiência executiva e legislativa, geradora de inconstitucionalidade evidente.

No Brasil, o Projeto de Lei n.º 8.058/2014, proposto pelo então Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), pretende, entre outras providências, instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, ampliando o controle judicial para essa formatação mais *ampla e direta*, pois (i) colima a possibilidade de controle judicial com base em princípios; (ii) propugna uma reconstrução da política pública a partir da implementação ou correção da política pública até então existente. A primeira constatação é confirmada pelo art. 2º do projeto em exame, o qual colima que:

o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: I – proporcionalidade; II – razoabilidade; III – garantia do mínimo existencial; IV – justiça social; V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário.

O controle judicial não deixa de ter caráter jurídico, mas é fortemente marcado por uma avaliação ponderativa, mais aberta, com base em princípios explícitos e implícitos. A segunda constatação é detectada a partir do procedimento sequencial adotado pelo diploma em gestação, o qual colima uma fase preliminar e um conseqüente processo judicial vocacionado a sanar diretamente a política pública discutida, colacionando-se a seguir os dispositivos discutidos para um melhor destaque e visualização:

Art. 4º. A petição inicial obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil e deverá indicar com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação. Parágrafo único. A petição inicial indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, e em razão desta será determinada a competência.

Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º. Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Art. 14. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta. Parágrafo único. Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Na fase preliminar, o juiz recebe a petição inicial pretendendo correção ou implantação de política pública, intimando o ente público a se manifestar sobre o pedido. Não

havendo acordo, será realizado juízo de admissibilidade da pretensão, a partir de um cotejo entre a razoabilidade do pedido e a atuação da Administração, o que colima um nítido juízo de ponderação embasado na eficiência da política pública então existente, visando ao seu aprimoramento. Reserva-se a possibilidade de imediata resolução do mérito em caso de improcedência manifesta.

Há uma dimensão construtiva da atividade jurisdicional. A concessão de tutela provisória se restringe aos casos em que o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada; para os demais, contudo, mesmo não requerida ou concedida, é possível que a demanda ingresse em fase judicial para uma análise mais profunda do mérito, ao cabo do qual ainda será possível a correção e o aprimoramento da política pública.

Aprovada a modificação legislativa, pois, o sistema jurídico brasileiro terá um controle judicial bem mais amplo e direto, com sérias discussões (i) jurídicas, acerca da constitucionalidade dos limites normativos firmados para a atuação judicial frente à separação dos poderes constituídos (art. 2º da CF); (ii) políticas, a respeito do custo processual *versus* efetividade, considerando a alta probabilidade de judicialização de políticas públicas inacabadas, que poderão ser alvo de intervenções judiciais malsucedidas.

No sistema jurídico brasileiro atual, como na maioria dos regimes democráticos, que adotam a tripartição de funções públicas como peso e contrapeso, somente é dado ao Estado-juiz o controle *restrito* e *indireto* de políticas públicas. *Restrito* por exigir critério mais rígido para o controle jurídico, por meio de três níveis de exame jurídico a serem apresentados. *Indireto* por se voltar apenas de forma reflexa ao objeto da política pública, precipuamente se voltando à exigência de sua existência e à correção de sua legalidade. O controle restrito ou indireto define que a atribuição do juiz no controle judicial de políticas públicas deve se resumir à função tríplice de anular, corrigir a legalidade e exigir políticas públicas a partir de critérios jurídicos mais rígidos. Não se confunde com uma suposta pretensão de implementá-las, ainda que com base em um juízo de melhor eficiência, sob pena de violação aos princípios democrático e da separação de poderes e do Estado Social,⁹⁰ já que a tarefa de concretizar valores constitucional é precípua vocação do legislador e do gestor público.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 228.

Segundo essa concepção, a atribuição de implementar políticas públicas sempre caberá às esferas legislativa e executiva, incumbindo à judicial apenas a atuação corretiva, por meio de revisão judicial do ato administrativo em três níveis de exame jurídico: (i) a legalidade do ato administrativo em si; (ii) a constitucionalidade da norma legal parâmetro do ato administrativo; (iii) a constitucionalidade do mérito do ato administrativo em si, por omissão, insuficiência ou exagero nas decisões administrativas,⁹¹ independentemente de uma conceituação de premissas e limites unívocos para o controle judicial de atos administrativos.

O primeiro afere a legalidade do ato administrativo em si com a lei que o embasa, ensejando possível declaração de nulidade em virtude de violação dos três primeiros requisitos ou elementos do ato administrativo: agente público competente, investido de função ou cargo público específico;⁹² finalidade, por meio da atuação administrativa em descompasso com o resultado pretendido pelo legislador;⁹³ a forma prescrita em lei. Serve de interessante exemplo o caso julgado em Ação Civil Pública proposta em 2010 pelo Ministério Público do Trabalho em face do Município de Curitiba, em que se questionava a contratação de médicos para atuação em unidades de saúde municipais, mediante convênios com entidades privadas, violando-se a legalidade por conta da ofensa aos limites da forma prescrita em lei, que reserva os contratos temporários com a Administração Pública para atividades acessórias previstas no art. 6º, II da Lei nº 8.666/93, regulamentadas pelo art. 1º, §2º do Decreto Federal nº 2.271/97. Consequentemente, violou-se a obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II da CF).⁹⁴

A causa de pedir remota consistiu na alegação de precarização das relações de trabalho, terceirização ilícita de mão de obra médica e ofensa à regra constitucional do concurso público. Após julgamento de improcedência pelo juízo de primeiro grau, o TRT da 9ª Região julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar a abstenção de realização de novos convênios ou instrumentos análogos para utilização de médicos em unidades de saúde municipais contratados por instituições hospitalares privadas ou similares (acórdão de julho de 2013).

Na fase de execução, ocorreu a cessação dos convênios vigentes à época, extinguindo-se as relações de trabalho objeto da ação. Todavia, em 2018, diante da

⁹¹ MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: Contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo. *Revista Espaço Jurídico*. v. 18. 2017, p. 289-362.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 292.

⁹³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 89.

⁹⁴ TRT. *Ação Civil Pública nº 0000695-25.2010.5.09.0002*. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

necessidade de abertura de novas unidades de saúde e de reformulação da operacionalização de outros equipamentos públicos, em face da notória crise fiscal e insuficiência financeira dos entes estatais no país, o Município de Curitiba verificou que a contratação direta de profissionais da saúde – servidores estatutários ou empregados públicos da Administração Indireta – não seria possível para alcançar aqueles objetivos.

Diante disso, o ente estatal decidiu que o modelo mais eficiente para operacionalização daqueles equipamentos públicos seria mediante contrato de gestão com organização social, na forma prevista na Lei nº 9.637/1998. Tal modelo não foi discutido na ação, tratando-se de novo formato de gestão da saúde pública, com base em panorama normativo diferente (Lei nº 9.637/1998). Esse diploma normativo prevê contrato de gestão entre a entidade de saúde e o Poder Público como meio de fomento às atividades sociais, com regras próprias de execução e fiscalização do contrato. Inclusive, o art. 12 da Lei nº 9.637/1998 prevê a possibilidade de destinação às organizações sociais de recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. O STF confirmou sua constitucionalidade na ADI nº 1923. No dispositivo da decisão, o STF valeu-se da interpretação conforme à Constituição para determinar que a modalidade de contratação em tela teria de ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal. Assim, o Município de Curitiba optou por tal modalidade jurídica a fim de fomentar a prestação do serviço de saúde pública, em conformidade com a Lei nº 9.637/1998 e o entendimento do Supremo Tribunal Federal na referida ADI nº 1923.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no entanto, entendeu que haveria violação à coisa julgada em razão da amplitude do dispositivo da decisão, que determinou a abstenção de realização de novos convênios ou instrumentos análogos para utilização de médicos em unidades de saúde municipais contratados por instituições hospitalares privadas ou similares.⁹⁵ Apesar desse exemplo envolver também limitação legal na compreensão dos limites objetivos da coisa julgada no processo coletivo, as quais serão discutidas no item 5.2.2.2 deste trabalho,⁹⁶ podemos visualizar que essa compreensão engessa a política pública

⁹⁵ A questão encontra-se pendente de julgamento no TST, mediante recurso de revista interposto pelo ente público, havendo decisão daquele Tribunal Superior em sede de pedido de suspensão para autorizar a abertura da unidade de saúde segundo o modelo proposto pelo ente público.

⁹⁶ Essa limitação decorre de não haver ainda no nosso sistema processual regra específica que, em caso de modificação no estado de fato ou de direito, permita a revisão do que foi estatuído no dispositivo da sentença, sem prejudicar a fundamentação do título que transitou em julgado, de modo a que se evite uma ação rescisória simplesmente para alterar o dispositivo sentencial. Por esse ângulo, o TRT-9 apenas cumpriu a lei processual atualmente vigente. Contudo, se já tivesse sido aprovado o art. 34 do Anteprojeto Ibero-Americano de Código

de saúde e impede o gestor público de buscar aprimoramentos nos programas estatais de realização de direitos fundamentais. No exercício do controle indireto de políticas públicas, caberia ao Tribunal apenas anular a opção do administrador público caso houvesse vício de legalidade no ato administrativo embasador (contrato de gestão caso supostamente ilegal ou inconstitucional), o que não ocorre no caso, já que inclusive referendados os preceitos da Lei nº 9.637/1998 pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1923.

O segundo nível de exame jurídico do ato administrativo na estreita via do controle judicial indireto de políticas públicas presta-se a aferir que, mesmo que diante de aparente legalidade, o parâmetro legal, mas não o ato administrativo em si, pode ser inconstitucional, requerendo do juiz o efetivo controle de constitucionalidade da norma legal referida. O administrador público não tem a prerrogativa de, por si, efetuar o controle de constitucionalidade da norma legal, descartando-a de sua incidência de aplicação. A competência do descarte da lei inconstitucional é do magistrado. Retomando a ilustração já citada⁹⁷, imaginando que houvesse modificação nos dispositivos da Lei nº 8.666/1993 para permitir a celebração de contratos temporários para atividades-fim da Administração Pública, essa norma seria flagrantemente constitucional. Isso porque o mencionado art. 37, II da CF prevê que a investidura em cargo ou emprego público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei. O inciso V ressalva as nomeações para cargo em comissão somente para as atribuições de direção, chefia e assessoramento. Nessa hipótese, o controle indireto sobre a política pública seria reflexo de um exame de constitucionalidade do parâmetro legal, mas não do ato administrativo em si, que apenas se conformou à lei de regência. Ainda assim, a tarefa do magistrado é similar: realizado um rígido controle de juridicidade a fim de se evitar a interrupção repentina do serviço de saúde prestado será necessária a fixação de um regime jurídico de transição para a conformação legal devida – no primeiro caso, a formalização de um contrato de gestão nos moldes da Lei nº 9.637/1998. No segundo caso, a investidura dos novos servidores ao final de todo um procedimento envolvendo concurso de provas e títulos.

O terceiro e não menos importante caso é o da análise da constitucionalidade do mérito administrativo em si. Ainda que legal o ato administrativo e constitucional a norma

Coletivo, seria permitida a revisão do dispositivo em fase de execução sem prejuízo à motivação de violação reflexa à regra constitucional do concurso público, fundamentação do título executivo judicial.

⁹⁷ Cf. Nota de rodapé nº 90.

legal em exame, pode haver vício de inconstitucionalidade no exercício do poder discricionário do agente público, outorgado a partir de margens de ação e avaliação conferidas pela lei, na avaliação das consequências jurídicas de um determinado suporte fático hipoteticamente previsto na norma jurídica. Em tais situações, a aplicação indevida de conceitos jurídicos indeterminados conduz a autoridade administrativa à omissão, à deficiência ou ao exagero na decisão administrativa, tomada ao arrepio dos parâmetros constitucionais.⁹⁸

Nos primeiros dois casos estudados, não há grande discricionariedade conferida ao gestor. É imperativa a regra do concurso público, somente excepcionada para os cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, desde que para funções de direção, chefia e assessoramento. Salvo excepcionalmente para atividades contempladas em contrato de gestão, após procedimento licitatório regular de dispensa (art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/1993), qualquer contratação diversa afronta à ordem jurídica. Esse último é mais complexo por envolver apreciação de conceitos jurídicos indeterminados pelo gestor público, análise que somente pode ser desconsiderada se inevitável a constatação de abuso do gestor, omissivo ou comissivo.

A título de exemplo, cite-se a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face do Estado de São Paulo, tendo como objeto a obrigação de o poder público construir quatro novas unidades da Fundação Casa (antiga FEBEM) na região do ABC paulista, em razão da situação de superlotação das unidades de recolhimento dos adolescentes (causa de pedir) a configurar violação dos art. 94; 120, §1º e 124 da Lei nº 8.069/1990 e do art. 227, §3º, V da CF.⁹⁹ O *caput* do art. 227, §3º, V da CF confere ao Estado o dever de assegurar ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito, colocando-o a salvo de toda forma de negligência, violência, crueldade e opressão. Prevê o art. §3º, V que essa proteção especial abrange o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade. Ao concretizar essa norma constitucional, o legislador previu a forma de atendimento dessa proteção especial na medida em que estatuiu que a política pública de internação tem por obrigação oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e em grupos reduzidos, bem como instalações físicas

⁹⁸ MARTINS, Leonardo. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 5, nº 2, p. 89-127, jul./dez. 2004. p. 99.

⁹⁹ TJSP. **Ação Civil Pública nº 0110602-16.2003.8.26.0564**. Caso exposto no artigo de Cláudio Henrique de Oliveira (Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas e controle jurisdicional das políticas públicas. Artigo apresentado no Congresso Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – 2015. Disponível em: https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_claudiohenrique051015.pdf. Acesso em: 6 maio 2019.

em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança (art. 120, §1º, III e IV da Lei nº 8.069/1990).

O sentido e alcance de “pequenas unidades e grupos reduzidos” e de “condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança” é indeterminado, mas, ainda assim, objetivável a partir dos estudos científicos existentes, o que induz a possibilidade de aplicação pelo juiz do critério da proporcionalidade. Não se justifica, portanto, eventual imunidade ao controle jurisdicional.

Caberá ao juiz realizar o controle de constitucionalidade sobre o mérito da omissão do gestor, a partir de um dever estatal estabelecido pelo legislador, segundo um juízo de proporcionalidade na aplicação da norma pelo agente competente, a partir de um conceito jurídico indeterminado originalmente contido no texto da lei. Confirmada a inconstitucionalidade, caberá ao juiz fixar um regime paliativo de transição das quatro unidades existentes, até a construção de demais suficientes para atender à demanda comprovada na instrução processual.

No caso em exame, a demanda foi ajuizada em 2003, a sentença de primeiro grau proferida em 2006, e o acórdão de segundo grau prolatado em 2007, com condenação do ente estatal a realizar a construção das unidades de internação. Todavia, por ocasião da execução da sentença, verificou-se que a situação fática que originou a decisão não mais subsistia, em razão da alteração da realidade da região do ABC paulista, com a criação de nova política pública para os adolescentes infratores, de modo que a anterior situação de superlotação deixou de existir, passando a haver ociosidade do equipamento público, pois as unidades passaram a ter menos infratores do que sua capacidade.

Essa conduta decisória na fase de execução confirma que o controle judicial realizado na política pública de internação foi apenas indireto, sempre reflexo da apreciação da omissão estatal frente a um dever jurídico prévio, o qual pode ser sanado de variadas formas engendradas e elegíveis pelo administrador público, a depender de diversos fatores logísticos, tecnológicos, econômicos e orçamentários. Havendo a comprovação do efetivo atendimento às normas constitucionais e legais, não cabe ao juiz decotar eventuais vias de execução legítimas, antes deve anular as juridicamente desproporcionais.

Assim, o controle restrito ou indireto de políticas públicas não se volta precipuamente à essência de formatação da política pública em si, antes tem como premissa uma deferência especial aos espaços de conformação do legislador e do administrador público

na sua concretização, partindo após ao exame jurídico das três vertentes de legalidade e constitucionalidade do ato administrativo retro apontadas.

A formatação jurídica brasileira atual, assim como ocorre na maioria dos países democráticos, é incompatível com o perfil do juiz concretizador dos valores constitucionais por meio de atividade reformadora de estruturas estatais, tomando decisões estruturais como meio de controle *amplo e direto* em políticas públicas. Essa premissa é essencial para perceber, por outro lado, que esse raciocínio não se confunde com a tarefa própria de resolução de litígios, e que, por conseguinte, a formatação jurídica de decisões estruturais como manifestação de controle *restrito e indireto* não revelam a mesma incompatibilidade; pelo contrário, demonstram sua necessidade.

Nos dois primeiros casos estudados,¹⁰⁰ foi imprescindível a atuação jurisdicional voltada a estabelecer um regime de transição legítimo para a continuidade da prestação de serviços médicos de saúde, até que fosse ao final assinado o contrato de gestão contemplando novos médicos, ou mesmo até que fossem aprovados em concurso público e investidos da nova função. Não há como o juiz simplesmente suspender o processo até a assinatura do contrato de gestão ou a nomeação dos aprovados; é fundamental que decida como será prestado o serviço médico de saúde em transição, de modo a que não seja descumprida a lei e a Constituição. No último¹⁰¹, de igual modo, seria necessária intervenção judicial a examinar se eventuais reformas ou construções de novas entidades de internação efetivamente atenderiam ao sentido e alcance dos conceitos jurídicos indeterminados “pequenas unidades e grupos reduzidos” e de “condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança”, previstos expressamente no art. 120, §1º, III e IV da Lei nº 8.069/1990 como requisito obrigatório para a política pública. Por sorte, durante a fase executiva, foi comprovado que a superlotação não mais subsistiria em virtude de fatores diversos de gerenciamento da política pública pelo Estado, mas esse fator antes se confirmou em satisfação antecipada do direito reconhecido na sentença, não deixou de ser juridicamente exigível ao ente público.

Assim, as decisões estruturais em políticas públicas não podem continuar a ser compreendidas por obra do pragmatismo jurídico, ou por preciosismo judicial na tentativa de concretizar valores constitucionais, mas como teoria processual possível, meio instrumental indispensável para viabilizar a satisfação do direito reconhecido em juízo em litígios

¹⁰⁰ Notas de rodapé nº 90 e 93.

¹⁰¹ Nota de rodapé nº 95.

estruturais, de grande e natural complexidade. Compreendidas como tais, não apenas configuram possibilidade de atuação judicial, mas nítida exigência de satisfação do direito material discutido na demanda.

3.2 LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS TÍPICOS: NECESSIDADE OU RISCO DE IMPLOÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES?

Como examinado, a opção pelo processo estrutural típico, previsto no Projeto de Lei n° 8.058/2014, representa um *plus* que permite ir além da formatação de decisões ou medidas processuais, pois colima uma modalidade autônoma de processo coletivo que permita um controle direto das políticas públicas, como pedido processual principal, o que representa sério risco de implosão das bases do princípio da separação de poderes, aprofundando o atual modelo de controle judicial restrito e indireto de políticas públicas para um mais amplo e direto.

O procedimento processual coletivo específico de controle judicial de políticas públicas pretende instituir no Brasil processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Para o que aqui mais interessa, a mencionada propositura estabelece que o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais (art. 2º do Projeto de Lei n° 8.058/2014).

O parágrafo único do mesmo dispositivo assenta que o processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas teria as características de serem (i) estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; (ii) policêntricos, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; (iii) dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; (iv) de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; (v) colaborativos e participativos, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; (vi) flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; (vii) sujeitos à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; (viii) tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;

(ix) que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; (x) que flexibilizem o cumprimento das decisões; (xi) que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com ele.

O mencionado art. 2º, caput e parágrafo único prevê uma série de atribuições importantes de um juiz na prestação jurisdicional de litígios mais complexos, e os dispositivos seguintes vão além e estabelecem um processo especial para o controle judicial de políticas públicas. Há permissão de implementação ou correção de política pública existente, segundo um juízo de eficiência com vistas à proteção do direito fundamental discutido em juízo.

Após uma fase preliminar em que é recebida uma petição inicial que indique precisamente a medida necessária para a implementação ou correção da política pública e a autoridade responsável pela sua efetivação (art. 4º), depois de prestadas detalhadas informações por esta (art. 6º), a lei confere ao juiz um juízo de admissibilidade de processo judicial com tal finalidade, com base em um cotejo entre a razoabilidade do pedido e a atuação da administração (art. 14).

A despeito de não ser objetivo do presente estudo a análise de constitucionalidade de cada um dos dispositivos em trâmite no Congresso Nacional, conclui-se que o projeto em questão faz clara opção pelo controle judicial direto de políticas públicas. Ele confere, inclusive, amplo poder discricionário não circunscrito à análise de legalidade e de constitucionalidade, mas também de eficiência na gestão de políticas públicas, de modo que, não à toa, utiliza cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a serem colmatados pelo aplicador, em cotejo com o que observa em termos de atuação do poder público.

Se essa propositura se tornar lei, passaria a existir não apenas um controle indireto da política pública decorrente de juízo prévio de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, em ação coletiva, mas também um efetivo controle judicial direto de política pública, a partir de processo estrutural.

A possibilidade de controle judicial com base em princípios e a busca por uma reconstrução da política pública a partir de sua implementação ou correção culmina por ensejar intervenções judiciais frequentemente malsucedidas, por mais altruístas que sejam. Já é custoso e difícil ao juiz o desempenho bem sucedido de todas suas funções típicas. A ampliação em prol de uma atividade atípica de incremento constante das políticas públicas é um sério risco à atividade jurisdicional, pois o sucesso das intervenções judiciais passa a

depende excessivamente de fatores políticos externos para lograr sucesso.¹⁰² O juízo de eficiência na implementar políticas públicas não pode passar das esferas legislativa e executiva, incumbindo à judicial o propalado exame de juridicidade nos três níveis: (i) legalidade do ato administrativo em si; (ii) constitucionalidade da norma legal parâmetro do ato administrativo; (iii) constitucionalidade do mérito do ato administrativo em si, por omissão, insuficiência ou exagero nas decisões administrativas.

Ainda assim, para além de uma proposta ampla ou restritiva de análise das políticas públicas, os juízes passam por uma dificuldade política inerente a processos coletivos de reforma estrutural, uma vez que qualquer imposição às autoridades administrativas legalmente competentes para atuar em determinada política pública traz em si, em maior ou menor grau, uma resistência potencial do agente público, por entender naturalmente mais legitimado – se é que haveria graus de legitimidade – a uma tomada de decisão mais adequada que o próprio julgador.

Essa constatação é motivada por duas razões.

A primeira reside na premissa de um déficit de legitimidade, já que os magistrados não são eleitos, ao contrário dos agentes políticos, ou mesmo daqueles a quem é delegada parcela da competência de tais agentes políticos eletivos na estrutura do Estado. Contudo, a despeito do longo debate na literatura jurídica americana¹⁰³, aqui invocada em virtude de

¹⁰² Essa constatação é bem trabalhada por Joel Handler, que examinou trinta e cinco casos de processos judiciais destinados a implementar mudanças sociais no Poder Judiciário federal norte-americano, buscando explicar as razões pelas quais algumas tentativas são mais bem-sucedidas do que outras. Cinco grupos de variáveis foram apontadas como fatores que afetam tais resultados: (i) as características dos grupos sociais afetados (que incentivos mobilizam os líderes a mobilizar apoio para seus esforços?); (ii) a distribuição dos custos e benefícios pelos agentes reformadores (os custos e benefícios são pequenos e amplamente dispersos na sociedade ou são grandes e concentrados em grupos sociais de interesse especial?); (iii) a contingência burocrática (se os reformadores vencerem, o cumprimento de suas demandas exigirá a ação de uma grande variedade de autoridades burocráticas que possuem considerável poder administrativo?); (iv) as características das medidas estruturais (existem remédios estruturais efetivos e exequíveis para a tutela do direito vindicado?); (v) o nível de profissionalização dos profissionais jurídicos envolvidos (possuem a expertise técnica e política suficiente para defender as mudanças?). O autor pontua que poucas das experiências apresentadas são bem-sucedidas, dependendo sobretudo da capacidade estratégica e instrumental dos remédios estruturais evitarem decisões políticas refratárias de agentes públicos e do apoio político das mudanças no seio dos grupos sociais, em cotejo com os prejuízos gerais suportados. HANDLER, Joel F. **Social movements and the legal system: theory of law reform and social change**. New York: Academic Press, 1979. Essa concepção referenda a nossa posição de que o controle judicial de políticas públicas deve ser indireto e restrito, menos dependente possível de fatores políticos.

¹⁰³ De modo a ilustrar essa discussão, cite-se o artigo escrito por David Landau. LANDAU, David. *The Reality of Social Rights Enforcement*. **53 Harvard International Law Journal**. v. 189, 2012. Este foi posteriormente debatido por Mark Tushnet. TUSHNET, Mark. A response to David Landau. Responding to David Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*. **53 Harvard International Law Journal Online**. v. 53, abril 2012, p. 156-164. Disponível em: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 6 maio 2020. Neste último é discutido o grau de efetividade e os meios processuais judiciais de tutela de direitos sociais e econômicos, com foco na otimização de direitos fundamentais às populações mais desfavorecidas, que são de fato os destinatários ideais das políticas públicas estatais.

primeiro ter trabalhado com as decisões estruturais,¹⁰⁴ há um razoável consenso doutrinário – e mesmo uma posição consolidada do STF, conforme já mencionado – acerca da possibilidade do controle de legalidade e constitucionalidade de políticas públicas pelo Poder Judiciário. O argumento da falta de legitimidade dos juízes não resiste diante do princípio da inafastabilidade do acesso material à justiça (art. 5º, XXXV da CF), a qual se ampara não na possibilidade de ser ouvido pelo Estado-juiz de alguma forma, mas em uma prestação efetiva de jurisdição que coíba qualquer ameaça ou violação jurídica constatável, ainda que por agente público.

A segunda razão consiste em um suposto déficit de conhecimento, uma vez que a autoridade administrativa possuiria informações de que a autoridade judicial não dispõe na hora de decidir.¹⁰⁵ Isso ocorre porque o controle de políticas públicas efetuado pelo Estado-gestor é simultâneo à constatação dos problemas e com contato direto na política pública então existente, ao passo que aquele realizado pelo Estado-juiz é posterior e circunscrito ao mencionado controle indireto. Em outras palavras, o controle efetuado pela autoridade administrativa é realizado no momento em que se mostra necessária a prática de um ato administrativo voltado ao interesse coletivo de concretizar um direito fundamental.

Sob o manto do mérito administrativo, o agente público escolhe entre alternativas legal e constitucionalmente possíveis, diante dos recursos existentes, dos meios disponíveis naquele instante e dos fins legítimos objetivados. Por isso, faz-se um controle direto da política pública. Por outro lado, o controle efetuado pela autoridade judicial é realizado *a posteriori*, diante de um ato administrativo já praticado. Sob o viés da legalidade e da constitucionalidade, caberá ao juiz somente aferir se a ação ou omissão da autoridade administrativa, *naquelas condições fáticas aplicáveis*, obedece ou não à ordem jurídica. Daí falar-se em controle apenas indireto da política pública.

Paradoxalmente, essa zona operacional de tensão existente no controle judicial de políticas públicas fortalece o papel estritamente jurídico que deve permear as medidas estruturais em um litígio complexo, a partir de um respeito mútuo das margens de atuação do

¹⁰⁴ Cf. Item 1.3 deste estudo.

¹⁰⁵ Essa situação é ainda mais evidenciada no campo regulatório, que exige do juiz um conhecimento especializado ainda mais profundo. Como aponta Gustavo Binbenbojm, “naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 224. De fato, o exercício efetivo do controle judicial de uma opção administrativa sujeita-se à comprovação fundamentada de que a via escolhida não é juridicamente possível, o que requer uma ampla apreciação do objeto cognoscível segundo o direito e o conhecimento científico aplicável à época da decisão.

juiz e do administrador público. Mesmo abstraído o contido na lei, o primeiro não realizará um controle direto da política pública tão bom quanto o segundo, que, a todo instante, encontra-se em contato permanente com os meios disponíveis, os problemas detectados e as soluções factíveis. Reciprocamente, o gestor imbuído de soluções administrativas é incapaz de visualizar externamente o conflito como um observador isento, que, ao final, aplicará a norma jurídica deduzida do caso concreto, decidindo segundo o ordenamento vigente.

Por essa razão, improcede a tese da necessidade de um processo tipicamente estrutural para os litígios complexos, prioritariamente voltado à melhoria de políticas públicas, considerando que o planejamento estatal ínsito a essa atividade é vocação típica do legislador e do gestor.

Uma dificuldade relevante é o limite, do ponto de vista prático, à investigação empírica do agente que aplica e interpreta o direito em cada caso concreto. A composição de qualquer lide no bojo de um processo, administrativo ou judicial, impõe limites à extensão do conhecimento da causa no campo dos fatos.¹⁰⁶ O processo judicial, por mais amplamente participativo que seja, é apenas uma tentativa de reproduzir condições favoráveis para a tomada de decisões sobre os problemas da vida. Configura sempre e tão somente uma representação do mundo, e não o retrato fidedigno do que os fatos operam. Por essa razão, é frequente que a representação resumida da realidade no processo desperceba aspectos relevantes para solucionar problemas complexos.¹⁰⁷

Essa simplificação realizada pelo processo pode induzir o magistrado a erros na assimilação integral do problema posto¹⁰⁸, em decorrência de (i) reducionismos artificialmente construídos pelas partes a partir da narrativa de situações dramáticas, que podem ocultar dados estatísticos sólidos importantes para o deslinde da causa, fazendo com que os efeitos previstos, imaginados e discutidos de uma decisão sejam considerados mais prováveis do que efeitos não previstos, mesmo que haja elementos científicos apontando o

¹⁰⁶ GOLDBERG, Daniel. O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito. *In*: SALGADO, Lúcia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (org.). **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007. p. 71.

¹⁰⁷ Essa limitação do processo é muito bem tratada por Edilson Vitorelli, por meio das heurísticas, apontadas como “regras que as pessoas frequentemente usam para conhecer uma situação e tomar decisões. São uma espécie de atalho mental que viabiliza a redução da complexidade do mundo, para permitir que a decisão enfoque um número menor de variáveis. Em certo sentido, pode-se dizer que o processo é, em si, uma forma de heurística. Seria impossível decidir qualquer caso se fosse necessário levar em conta todos os detalhes que contribuíram para a sua ocorrência. Ao separar fatos juridicamente relevantes ou irrelevantes, o ordenamento jurídico realiza um processo heurístico” (VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 381).

¹⁰⁸ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.* p. 385-390.

contrário; (ii) a identificação de falsas relações de causalidade para problemas estruturais a partir de uma visão unilateral contaminada pela pretensão do legitimado coletivo, o que faz projetar soluções que desconsideram efeitos colaterais deletérios das soluções concebidas; (iii) a ancoragem em representações reducionistas da realidade factual e em soluções mais factíveis pragmaticamente, frequentemente premida por uma intuição, mesmo que involuntária, de solucionar o caso mais facilmente, para lidar com o grande estoque de processos existente em uma unidade jurisdicional.

O mesmo autor menciona que os apontados problemas heurísticos no contexto de decisões judiciais relativas a litígios estruturais requerem do magistrado estratégias para a construção de boas decisões, minimizando os impactos desses vieses cognitivos no processo. São elas a consciência acerca dos problemas heurísticos na cognição da causa, a percepção dos limites das reformas factualmente possíveis, a assunção de expectativas temporais realistas, a adoção de um método dialógico de construção da decisão, a ampliação do conhecimento do objeto da reforma e a percepção da necessidade de fazer reformas estruturais não pontuais.¹⁰⁹ Sem qualquer dúvida, trata-se de pressupostos qualitativos do julgador e de estrutura de trabalho essenciais para que se obtenha boas soluções estruturais dentro do processo. Contudo, ainda que haja o concurso de todos os fatores de formação jurídica do magistrado e dos instrumentos processuais de aplicação mais avançados, o sucesso de uma política pública sempre dependerá, em maior ou menor grau, de razões políticas que o julgador não tem como controlar. Nisso resulta o maior problema. O potencial de ocorrência de modificações sociais significativas pela via judicial é naturalmente limitado em produzir soluções permanentes para os problemas sociais.

Gerald Rosemberg, em interessante obra sobre o tema,¹¹⁰ aponta três obstáculos¹¹¹ à realização pelos juízes de mudanças sociais significativas na sociedade: (i) a natureza finita e

¹⁰⁹ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.* p. 390-401.

¹¹⁰ ROSENBERG, Gerald F. **The hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 11-20.

¹¹¹ Autores como Scott Cummings e Deborah Rhode apontam que, ainda que em situações em que tais obstáculos não produzam os efeitos desejados de modificar a realidade social, o processo nesses casos pode trazer benefícios indiretos, como o aumento da visibilidade sobre a causa. CUMMINGS, Scott; Rhode, Deborah. Public interest litigation: insights from theory and practice. **Fordham Urban Law Journal**. v. 36, n. 4, 2009, p. 610. Os benefícios indiretos também são realçados por Joel Handler, que menciona fatores como maior publicidade e alavancagem à pretensão, melhor conscientização da sociedade civil e busca por uma defesa mais eficaz dos interesses de grupos sub-representados (Handler, Joel F. *Op. cit.*, p. 120-145). Embora relevantes, essas externalidades apresentadas, por si sós, não justificam o papel da jurisdição como instrumento de modificação social, pois a busca pela justificação das decisões estruturais deve ocorrer por si, como instrumento consistente para reformar organizações a partir de balizas jurídicas claras e objetivas, capazes de serem aplicadas em escada larga e uniforme pelos tribunais.

exaustiva dos direitos constitucionais, a qual os impede de atuarem em várias demandas do tipo, o que inclusive comprometeria a mobilização popular para a solução de problemas; (ii) a falta de efetiva independência em relação aos demais poderes estatais, necessária a produzir suficientemente tais reformas; (iii) a falta de instrumentos hábeis a desenvolver por si políticas apropriadas à implementação de significativas reformas sociais. A finitude dos direitos constitucionais reside na impossibilidade de abranger, ainda que em extenso rol, todas as intenções possíveis de modificação social. Pensar diferente seria defender, a cada nova demanda, o risco de se abranger um novo direito, ou a extensão de reconhecimento da proteção jurídica a uma nova situação não preconcebida. O ordenamento jurídico é composto por uma série de procedimentos e obrigações desenhados para admitir apenas uma parte das postulações propostas. Do contrário, o acesso vulgarizado à justiça, especialmente voltado à alteração de decisões tomadas democraticamente, sufocaria a capacidade de luta da mobilização popular.

Ainda segundo o autor,¹¹² a falta da independência necessária e suficiente para a efetivação de mudanças sociais significativas se revela pela indicação política dos juízes de tribunais superiores, pela possibilidade de aprovação pelos congressistas de leis que modifiquem as implicações de decisões judiciais tomadas e pela constatação de que existe uma deferência distintiva ao Estado enquanto parte em juízo, em comparação com os demais litigantes, embora devesses ser tratados da mesma forma. Esses fatores demonstram que a independência judicial formatada no modelo atual não é suficientemente hábil, para, se necessário, desafiar uma potencial limitação da atividade judicial pelo legislativo e empecilhos potenciais empreendidos pelo executivo.

Por fim, para qualquer instituição pública produzir mudanças sociais significativas, é preciso ter as habilidades necessárias para desenvolver políticas apropriadas e implementá-las. Essa tarefa requer uma série de ferramentas que os juízes não possuem, fazendo-os depender dos agentes públicos estatais eleitos e delegados. Na prática, o sucesso na implementação das decisões judiciais depende em grande parte do apoio popular, necessário a pressionar os poderes constituídos por resultados, ainda que a demanda seja vitoriosa.

Nesse sentido, a via judicial é um importante catalisador de controle de juridicidade das políticas públicas existentes na sociedade, mas cujo sucesso de implementação dependerá substancialmente do envolvimento da esfera política nos seus resultados.

¹¹² ROSENBERG, Gerald F. **The hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991.

O autor ainda menciona¹¹³ que, para que haja efetivo sucesso, deverá ocorrer (i) possibilidade jurídica de modificação social realizada a partir da verificação de uma violação efetiva ao ordenamento jurídico, o que transpassaria o primeiro embaraço descrito; (ii) apoio político legislativo e executivo para a ocorrência da reforma substancial, vencendo o segundo empecilho; (iii) apoio popular por quantitativo considerável de cidadãos, ou pouca oposição deles, bem como medidas de incentivo para induzir os agentes responsáveis a produzirem a mudança social, ou negativas, para desestimular quem possa impedi-las; (iv) a possibilidade do fluxo de mercado implementar a decisão judicial por si só, sem a necessidade de uma específica atividade estatal; (v) o alinhamento das ordens judiciais como blindagem positiva na defesa de atuação pelos agentes públicos bem-intencionados à promoção de mudança social. Portanto, a experiência tende a ser bem sucedida quando a mudança social pretendida esteja amparada por um controle jurídico possível, obtenha o apoio político e popular minimamente necessário à sua consecução e goze de apoio logístico, seja autonomamente pelos agentes privados, seja pelo fomento público reforçado por atuação estatal integrativa ou indutiva das mudanças sociais necessárias.¹¹⁴

Entretanto, essa proeminente função catalisadora da jurisdição paradoxalmente revela uma utilidade essencial, pois assenta não somente a necessidade de rearranjo estrutural de organizações públicas no cumprimento de parâmetros mínimos de governança e *compliance*, como desnuda uma esfera política atravancada e impotente na conquista solipsista de soluções, que de outra forma não teriam nenhum engate de ativação.¹¹⁵ A insuficiência na correção política dessas instituições reside prioritariamente em três fatores: a falta de representatividade de minorias vulneráveis ou estigmatizadas do contexto democrático majoritário,¹¹⁶ o que as compele à via judicial para o reconhecimento de direitos; a captura das decisões de poder na esfera pública por grupos estratégicos em detrimento de interesses coletivos relevantes; a falta de um ponto médio de equilíbrio na atuação espontânea dos atores envolvidos, fornecendo o juiz a coordenação orquestrada necessária dos recursos político-sociais para produzir avanços significantes.¹¹⁷ Essas razões demonstram a

¹¹³ *Ibid.* p. 22-26.

¹¹⁴ ROSENBERG, Gerald F. **The hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 33-36.

¹¹⁵ SABEL, Charles; SIMON, Willian H. *Op. cit* p. 1063.

¹¹⁶ Menciona o autor ser o caso dos presos e doentes mentais. Os primeiros por vezes associados a políticas públicas necessariamente secundárias, em virtude dos elevados gastos públicos necessários para o custeio e o adequado funcionamento dos estabelecimentos prisionais. Os segundos, historicamente já marginalizados, vistos também como um custo elevado para a sociedade.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 1065.

impossibilidade de defesa de um papel redentor e exclusivo dos juízes na concretização de mudanças sociais significativas, ao tempo em que paradoxalmente ratificam a imprescindibilidade do papel da jurisdição na garantia efetiva de direitos fundamentais no contexto das disputas complexas. Sem o papel judicante, essas mudanças sociais decorrentes de um estado jurídico de violação de direitos poderiam demorar séculos; com ele, precisam da esfera política para efetivar mudanças sociais relevantes e bem-sucedidas.

O processo estrutural somente deve ser entendido como tal enquanto encadeamento de fases processuais para o conhecimento, a decisão e a implementação de mudanças para a conformação de situações jurídicas ilegais e inconstitucionais, fases de atuação que já são detectadas no ordenamento jurídico vigente, ainda que com as atuais limitações do processo coletivo, como será demonstrado a seguir.

4 SEGMENTAÇÃO DAS FASES DO LITÍGIO ESTRUTURAL

A implementação da modificação de situações de fato por meio do processo judicial não transmuda a sua natureza jurídica coletiva. As medidas estruturais consubstanciam medidas processuais impostas pelo juiz à função executiva do Estado para executar decisões judiciais prévias, garantidoras de direitos fundamentais, a partir de um controle jurídico firmado a partir de um juízo de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, jurídicos por natureza e essência.

Nesse sentido, a admissão pelo ordenamento pátrio da utilização de medidas processuais estruturais decorre da possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas.¹¹⁸ Apesar disso, é relevante perceber que o papel de estruturar direitos, fundamentais ou não, é constitucionalmente conferido de forma primordial ao Estado-gestor e ao Estado-legislador, na forma do art. 2º da CF. O constituinte originário estatuiu a garantia de inafastabilidade da via judicial apenas a partir da constatação de ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV da CF), sem que o ordenamento processual brasileiro tenha adotado a teoria do controle judicial direto de políticas públicas, conforme estudado no capítulo III. Em consequência, ainda que constitucionalmente garantida a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF), reforçada, inclusive, pelo afastamento expresso pelo art. 17 do CPC da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação¹¹⁹, não se pode propugnar o ingresso em juízo para criar ou estruturar direitos por meio de decisões judiciais, sob a ótica da Constituição vigente.

Em verdade, tais medidas surgem da necessidade de efetivação reflexa, por meio da imposição de medidas estruturais, de decisões que efetuam o controle *indireto* de políticas públicas. A atuação do juiz deve respeitar fundamentalmente as balizas normativas constitucionais, entre as quais não se inclui o controle direto de políticas públicas, sob pena de violação à separação constitucional de poderes. A mera constatação de que o Estado-juiz pode controlar políticas públicas a partir da constatação de omissões inconstitucionais perpetrada

¹¹⁸ Cf. Sérgio Cruz Arenhart, no sentido de que a ocorrência de decisões estruturais decorre de “algo já pressuposto, haja vista a sedimentada orientação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, admitindo que os atos de política pública possam ser controlados pelo Judiciário, especialmente em atenção aos direitos fundamentais”. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo, São Paulo**. v. 36, nº 193, mar. 2011, p. 167-200.

¹¹⁹ O art. 17 do CPC assenta que para postular em juízo é necessário ter somente interesse e legitimidade. Não se exige mais a possibilidade jurídica do pedido. Qualquer pedido, em tese, é possível, o pedido impossível deve ser julgado a título de improcedência. Não era assim no CPC-73, cujo art. 267, VI elencava como condições da ação a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

por outros poderes não é suficiente para a fixação adequada de todo o conceito de medidas estruturais.

Pensar o contrário poderia endossar a tentação de o juiz tornar-se gestor de políticas públicas¹²⁰, quando bem se sabe que o acionamento da função judicial está umbilicalmente ligado a um problema de legalidade de um ato administrativo gestor frente ao seu parâmetro legal de referência, ou de constitucionalidade, seja desse parâmetro em relação às normas constitucionais, seja do mérito do ato administrativo em si. A insistência nessa preocupação metodológica, a qual inclusive ratifica que essa observação não é juridicamente secundária, amolda-se, inclusive, à tese firmada pelo STF no tema nº 220, derivada de julgamento do Plenário no RE nº 592.581/RS.

O STF endossou a licitude das reformas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro prioritariamente como produto de execução de obrigações de fazer derivadas da vinculação do juiz aos direitos fundamentais, mas não diretamente da possibilidade de controle judicial das políticas públicas, ainda que restrita. Parte-se, assim, da compreensão de que a via estrutural é, antes de tudo, não um fim em si, mas um problema instrumental voltado à tutela satisfativa de obrigações previamente reconhecidas.

No citado julgado, que versou sobre a possibilidade de o Poder Judiciário impor modificações estruturais diante das péssimas condições de conservação do Albergue Estadual de Uruguaiana, anterior acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹²¹ firmara a posição de que não caberia ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras, ainda que como decorrência de direitos constitucionais dos presos, sob pena de avocar um papel de administrador, imiscuindo-se na reserva de administração. Reconhecida a

¹²⁰ O mesmo autor manifesta idêntica preocupação: “não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 225, 2013.

¹²¹ Assim pontuou o acórdão: “O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica de efetivação desses direitos fundamentais. [...] Aqui o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva. Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição autoexecutável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público. [...] Pois a ‘reserva do possível’, no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada. Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos”.

repercussão geral da questão discutida, o STF¹²² reformou o acórdão da Corte Estadual e firmou a tese da licitude de imposição pelos juízes à Administração Pública de obrigações de fazer consistentes na promoção de medidas ou execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para garantir direitos constitucionais violados, não sendo oponível a reserva do possível nem o princípio da separação de poderes.

O STF concebe, assim, a intervenção do juiz a partir de sua vinculação constitucional aos direitos fundamentais, situando as medidas estruturais no âmbito do controle judicial de políticas públicas a partir de um controle *restrito* ou *indireto*, fundado na atribuição ao Estado-juiz de realizar um controle reflexo da política pública com base em parâmetro legal ou constitucional. Apenas a partir da constatação de uma ilicitude surge a necessidade de tutela estatal voltada à efetivação por etapas, quando o novo dever estatal imposto aos agentes públicos para a efetivação da medida determinada em juízo não possa ser imediatamente realizado.

Nesse esforço de satisfação de direitos por etapas, Susan Sturm, em detalhado estudo acerca de técnicas de implementação de decisões no sistema prisional norte-americano, identifica quatro perfis de atuação do magistrado, os quais fornecem um panorama metodológico que permite a organização, a análise e a avaliação das intervenções judiciais.¹²³

O primeiro é o do juiz deferente, que rende às próprias partes a responsabilidade pela concretização da decisão. Confia ao réu os passos necessários para a efetivação da decisão e ao autor o monitoramento de resultados alcançados, agindo por provocação em caso de necessidade posterior. É uma postura gerencial passiva e não intervencionista, normalmente aplicada nos estágios iniciais das medidas estruturais necessárias à satisfação do direito.

O segundo e oposto é o do juiz diretor, que assume diretamente a responsabilidade por desenvolver e implementar os meios de concretização da decisão, seja por conta própria ou com auxílio especializado. Responde a uma atitude de descumprimento ou relutância processual por meio da assunção de maior controle sobre a implementação da decisão, aumentando a especificidade das ordens judiciais. É uma concepção ativista e gerencial do papel judicante, amparada na confiança de que os juízes possuem desde já capacidade para

¹²² Segue a tese referente ao tema nº 220, aprovada em repercussão geral: “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

¹²³ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**. Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 805-912.

formular e implementar soluções efetivas ao problema verificado, o que, por essa razão, revela-se naturalmente mais intrusiva.

O terceiro é o de intermediador de soluções. Aposta-se na informalidade para fomentar soluções consensuais entre as partes, se possível com o auxílio de mediadores profissionais. Estabelece parâmetros, sugere acordos, valida propostas formuladas e externa a possível aplicação de sanções ou medidas mais intrusivas na falta de uma solução consensual. É uma postura que valoriza a autocomposição, de modo a minimizar efeitos prejudiciais de uma intervenção ativa do magistrado no processo decisório.

Por fim, o quarto é o catalisador, que deflagra procedimentos e incentivos voltados à participação das partes em um processo deliberativo voltado a formular e a implementar uma solução efetiva. Combina uma formatação processual deliberativa, cabendo às partes identificar as condições da violação, sistematizar as informações e a expertise necessárias a uma solução, mas sem deixar de estabelecer prazos limites para a avaliação das ações de *compliance* e para o manejo de eventuais sanções por descumprimento. É uma abordagem processualmente orientada pelo ativismo estrutural e limitado.

No mais, esses estilos raramente aparecem na sua forma pura, de modo que os juízes normalmente os adotam de forma combinada ou sucessiva, durante a marcha processual.¹²⁴ Aplicando-se essa análise à realidade pátria, tem-se que a ideia subjacente a cada uma das quatro posturas judicantes parece mais evidenciada a cada fase do litígio estrutural, como se observará a seguir. É possível verificar no surgimento de um litígio estrutural uma fase prévia de conhecimento do problema posto, seguida da tomada de decisão acerca dessa situação de fato e, por fim, uma posterior, consistente no seu esforço de implementação.

Essa situação jurídica perpassa por uma decisão judicial nuclear de controle judicial da política pública, proferida na fase cognitiva do processo, seguindo-se, sendo o caso, de medidas judiciais estruturais decorrentes, necessárias ao regime de execução de transição que viabilize a reforma estatal necessária à tutela do direito pretendido, em fase de processual execução. Tais conceitos jurídicos deverão ser bem alinhados a seguir.

¹²⁴ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**. Philadelphia, v. 138, n. 3, jan. 1990, p. 849.

4.1 FASE DE CONHECIMENTO DO PROBLEMA

Até a tomada de decisão acerca do controle judicial de políticas públicas, deve o processo prosseguir em sua fase usual de conhecimento, seguindo-se a regra geral do art. 318 do CPC, segundo a qual se aplica a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do próprio CPC ou de lei extravagante.

O art. 334 prevê que, em caso que não seja de improcedência liminar do pedido, deve-se designar audiência de conciliação ou de mediação, salvo se ambas as partes manifestarem expresso desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir autocomposição (art. 334, §4º do CPC). Essa marcha inicial do processo reforça o compromisso do juiz com a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º do CPC), que é extensiva à cooperação de todos os atores processuais (art. 3º, §3º do CPC).¹²⁵ A dimensão cooperativa do processo, que subsiste para quaisquer conflitos, ganha uma especial relevância no contexto dos litígios complexos. Tratando-se de conflitos que, em grande parte das vezes, precisam de uma implementação gradativa e escalonada e de cooperação das partes na consecução bem-sucedida dessas etapas, a obtenção do apoio dos atores processuais logo ao início do processo facilita estrategicamente a evolução dessa marcha de acontecimentos, por meio de compromissos aderentes firmados em sede de um eventual acordo firmado.

Tal precoce impulsão não deve partir da premissa equivocada e ingênua de que as partes cooperam altruisticamente assim pensando no bem comum ou na solução mais justa possível, mas de que a possibilidade de uma solução consensual melhor atende aos seus interesses, sendo mais eficiente, normalmente por poupar tempo e recursos. Nessa tarefa, ao menos nesta etapa exordial é fundamental a assunção da postura de um juiz mediador, que, até o momento, não conhece com profundidade a problemática, mas simultaneamente incentiva a possibilidade de uma composição entre o autor, agente provocador da mudança dessa realidade, e o réu, aquele sobre o qual recairá o encargo de modificá-la.

¹²⁵ Como aponta Márcio Flávio Mafra Leal, hoje o grande empecilho objetivo e concreto ao almejado diálogo presencial e ao vivo entre juízes e as partes é a distribuição de processos incompatível com o número de juízes no país. Pode-se fazer analogia da regra do CPC de estabelecimento de audiência de conciliação e mediação obrigatória, a previsão de uma decisão saneadora ampla e a possibilidade de designação de nova audiência em casos complexos com o dever de instrução presente no § 139 da ZPO. “Na Alemanha, contudo, constata-se talvez o maior número de juízes por habitante no mundo, aproximadamente 1 juiz por 4.000 habitantes. Já o Brasil conta com 1 juiz por 11.500 habitantes. Objetivamente, para que as audiências tenham lugar a contento, seria necessário aumentar essa proporção”. LEAL, Márcio Mafra. Processo como diálogo: uma breve comparação entre os modelos brasileiro e alemão. **Revista de Processo**. v. 304/2020. jun. 2020, p. 316.

A consensualidade implica a grande vantagem de produzir compromissos aderentes no âmbito das demandas estruturais. Ela faz com que as partes se autovinculem às soluções por elas mesmas propostas no acordo firmado e facilita, destarte, a aplicação judicial de sanções em caso de descumprimento negligenciado das obrigações voluntariamente assumidas. Em não se alcançando o acordo, contudo, o processo segue o seu curso com a prolação da decisão de controle judicial da política pública envolvida na demanda.

4.2 FASE DE TOMADA DE DECISÃO: MATERIALIZAÇÃO DA DECISÃO ESTRUTURAL

A materialização da decisão estrutural no processo se dá por meio de uma decisão nuclear, aqui assim chamada porque o controle judicial de políticas públicas se dá por uma decisão uma e genérica em fase de conhecimento do problema posto, a partir da qual podem surgir diversas medidas processuais tomadas pelo juiz ao longo do processo até satisfazer o direito reconhecido.¹²⁶ Essa fase do litígio estrutural, como já concebida ao final da fase de conhecimento, quando a instrução processual teoricamente já propiciou um exame mais profundo dos fatos e provas envolvidas na causa, requer do juiz uma postura de verificação positiva de um ato jurídico juridicamente desconforme, a qual, se confirmada, ensejará a necessidade de uma solução. Por essa razão, não basta mais ao magistrado uma feição mediadora, mas deferente a uma solução erigida pelo ente público, sempre que possível, ou, acaso não o seja, catalisadora de uma modificação de fato que satisfaça a pretensão jurídica autoral, sob pena de uma sanção cabível.

As medidas estruturais pressupõem uma decisão judicial nuclear de caráter prévio que efetue o controle judicial *restrito e indireto* de políticas públicas específicas, fundado (i) na legalidade do ato administrativo em si; (ii) na constitucionalidade da norma legal parâmetro do ato administrativo; (iii) na constitucionalidade do mérito do ato administrativo em si, por omissão, insuficiência ou exagero nas decisões administrativas.¹²⁷

¹²⁶ Quem descreve com precisão esse processo é Sérgio Cruz Arenhart, pontuando que esta primeira decisão, apontada como decisão-núcleo, é abrangente, genérica e quase principiológica, no sentido de que terá como principal função estabelecer a primeira impressão sobre a tutela jurisdicional. Limita-se a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Em seguida, possivelmente, seguirá uma cadeia de decisões voltadas a implementar o conteúdo da decisão-núcleo, que são as medidas estruturais. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, 2013, p. 225.

¹²⁷ Conforme já estudado no tópico 3.1. Cf. Notas de rodapé nº 87 e seguintes.

As duas primeiras modalidades de controle indireto são de fácil deslinde e precisão, uma vez que a existência de uma lei prévia como parâmetro ou objeto facilita a apreciação judicial. No primeiro caso, a apreciação da legalidade do ato administrativo envolve elementos vinculativos da competência, finalidade e forma, de fácil subsunção à descrição na lei, que é o parâmetro de verificação. No segundo, a lei passa de parâmetro a objeto de verificação, devendo ser examinada a sua constitucionalidade, o que não envolve maiores percalços ao aplicador do direito, por não fugir de regras gerais de apreciação de controle de constitucionalidade.

A dificuldade maior reside na verificação da constitucionalidade do mérito administrativo em si, pois a doutrina não aponta um caminho jurídico unívoco de verificação de possíveis inconstitucionalidades. Partindo da constatação de que o controle restrito ou indireto é nitidamente jurídico, cumpre desvendar quais seriam tais pressupostos jurídicos para a tomada de uma decisão nuclear autorizadora do uso de medidas estruturais de tutela nestes casos.

É o momento de responder à seguinte pergunta: se é que existe, qual é a senha de acesso à tutela estrutural, nos casos de omissão ou deficiência estatais inconstitucionais?

4.2.1 Constatação de prévio estado de coisas inconstitucional?

Parte da doutrina defende que as medidas estruturais, ainda que como instrumentos jurídicos excepcionais, adviriam após a constatação de um prévio “estado de coisas inconstitucional”.¹²⁸ A abertura do sistema constitucional brasileiro ao “estado de coisas inconstitucionais” funda-se no art. 1º, *caput* da Lei nº 9.882/1999, que estabelece o cabimento da Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental para questionar lesão ou ameaça a preceito fundamental resultante de *ato do poder público*, ampliando o controle concentrado não apenas de leis e atos normativos, mas também para atos administrativos.

O conceito em tela foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana, que apresentou seis fatores a serem aferidos para a sua constatação, os quais foram demonstrados de modo bem determinado na Sentença nº 153/1998 proferida pela Corte: (i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais referentes a um número significativo de pessoas; (ii) a prolongada omissão das autoridades com atribuição de cumprimento para

¹²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 177-200.

garantir tais direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação de ações individuais de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a falta de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitarem a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução compreende a intervenção de várias entidades, a requerer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e a exigir um nível de recursos que demande um esforço orçamentário importante; (vi) uma situação tal que, caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizassem ações individuais de tutela para obterem a proteção de seus direitos, produzir-se-ia, em verdade, um maior congestionamento judicial.¹²⁹ Segundo os defensores dessa posição, nas palavras de Carlos de Azevedo Campos, a decretação prévia de um estado de coisas inconstitucional seria a “senha de acesso a tutelas estruturais”.¹³⁰ Verificados a partir de violações sistemáticas e generalizadas de direitos e da existência de falhas estruturais e problemas policêntricos que as implicam, os pressupostos de constatação do estado de coisas inconstitucional justificariam e legitimariam a utilização pelos juízes dos remédios estruturais. Assim, os pressupostos para a decretação do estado de coisas inconstitucional seriam as condições para a concessão de remédios estruturais.

Esse posicionamento parte de uma premissa jurídica cientificamente imprecisa, cunhada por um conceito indeterminado e flexível de estado de coisas inconstitucional, generalizado como condição *sine qua non* para a utilização judicial de medidas estruturais de tutela.

Em primeiro lugar, no aspecto metodológico, essa posição tem a falha de não partir de premissas cunhadas a partir de conceitos normativos, ou mesmo a partir de uma prática gradativa de construção jurisprudencial, diferentemente da tradição do *common law*, neste último caso. Essa abordagem tem sido utilizada como fonte de aplicação do direito a partir das seis premissas de decisão suso apontadas, o que representa um risco, pois tem embasado estudos de situações jurídicas de desordenado descumprimento constitucional em diversos países a partir de premissas universalmente aceitas, mas cujos parâmetros de avaliação foram

¹²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-153/98**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

¹³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 184.

específicos para uma realidade determinada encontrada na Colômbia nas circunstâncias de fato detectáveis ao tempo daquela decisão.¹³¹

Em segundo lugar, no aspecto dogmático, essa concepção confere à função judicante um caráter politicamente redentor que ela não possui, uma vez que um estado reiterado de violação desordenada de direitos fundamentais, qualificado pela incapacidade conjuntural do Estado em efetivar qualquer progresso, perpassa necessariamente por soluções que envolvam a cooperação de todos os poderes constituídos e, por fim, o envolvimento de toda a sociedade.

Nesse ponto, tem especial relevo a imprescindibilidade de que as políticas públicas sejam mais amplamente discutidas e programadas especialmente pelo legislador e pelo executor de políticas públicas, de modo gradativo e autossustentável, sem que o juiz possua não só apenas legitimidade como também a operabilidade necessária para, sozinho, efetivar mudanças por meio de remédios estruturais, a partir do prévio conhecimento universal de todas as deficiências da máquina administrativa estatal. Não à toa, na linha dos países democráticos, o art. 2º da CF previu a separação de poderes como divisão harmônica e independente de funções estatais não somente como meio de sustentabilidade jurídica recíproca entre elas, mas de modo a conformar as atividades públicas com a vocação natural de cada ramo estatal, de modo a otimizar resultados na gestão pública.

Além disso, as medidas estruturais de tutela têm um caráter instrumental, de estatura inferior a pretensos remédios jurídicos materiais de solução de políticas públicas. Nos termos

¹³¹ Essa observação crítica remete, *mutatis mutandis*, a uma outra desenvolvida por Bernhard Schlink na Alemanha. O autor aponta nos últimos tempos uma deferência excessiva da ciência constitucional alemã às decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao ponto de tomá-las não como ponto de partida para a busca construtiva de novas soluções jurídicas, cientificamente demonstráveis, mas como fonte de aplicação do direito a partir de premissas de decisão, em franca oposição aos estudos feitos por teóricos constitucionalistas até a metade do século XIX. Assim menciona o autor, no original: “*german history shows that constitutional jurisprudence or, as it was called back then, the jurisprudence of the law of the state, was not only bound by code orientation, method, and dogma, but also took a leading role in the development and transformation of constitutional law, or law of the state. “Without any assistance, German professors have made the state a legal person”. This was how a writer at the beginning of this century characterized a development that had begun before the middle of the nineteenth century, and had shaped the theory of the state as a legal person. [...] This contrasts sharply with today’s constitutional scholarship, which is entirely under the “spell” of the Bundesverfassungsgericht. It obtains its material, ideas and confirmation from the Court’s decisions, and attempts to harmonize to harmonize these decisions into a coherent doctrinal corpus. When this fails, as is increasingly the case, the scholars infer future decisions from past ones, and examine whether one or another solution to a real or hypothetical case is consistent with precedent. Constitutional scholarship thus thinks and works in the wake of the Bundesverfassungsgericht, rather than ahead of it [...] A legal and political system cannot long afford uncritical treatment of its constitutional court. Such treatment might be acceptable where legal decisions remained restrained and limited in number. But a constitutional court that fees itself from the text of the Constitution, dealing with individual cases in a activist and political manner, requires a critical counterpart.* SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. In: ROSENFELD, Michel (Ed). **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy**. Theoretical perspectives. Durham: Duke University Press, 1994. p. 216-221.

do art. 23 da LINDB e do 139, IV do CPC, prestam-se a efetivar um regime jurídico de transição para a superação de ilegalidade e inconstitucionalidade, enquanto juízo jurídico, após o qual caberá somente ao Estado-gestor realizar juízo político de eficiência das políticas públicas vigentes e futuras, na progressiva evolução social.

Por fim, talvez o aspecto mais relevante consista na necessidade de cumprir a lei e a Constituição independe da magnitude da lesão perpetrada pela omissão ou abuso estatal, ou do grau mais ou menos desordenado de ilegalidade ou inconstitucionalidade frente à organização das instituições públicas. Se é nítido que violações permanentes e contínuas à Constituição requerem atuação mais contundente dos juízes, essa lamentável situação verificada no mundo dos fatos não pode servir de parâmetro jurídico à tutela estrutural, que não deve ser seletiva da magnitude dos danos, mas serve da tutela do problema posto.

Todo bem juridicamente tutelado pela Constituição, por menor que seja, merece consideração jurídica. Por isso, não há de se falar em diferentes dimensões jurídicas de grandiosidade. A vinculação do Estado-juiz aos direitos fundamentais é uma exigência inerente do próprio Estado Constitucional a partir da constatação de omissões inconstitucionais, independentemente de seu grau e intensidade.¹³² A atuação judiciária justifica-se em uma fase inicial, para declarar as apontadas omissões e firmar uma necessária obrigação de fazer, e, em uma fase seguinte, para condenar o poder público a executar eventuais reformas necessárias, inclusive por meio de medidas processuais estruturais, se indispensáveis à tutela material do direito reclamado em juízo.

Tome-se o exemplo a seguir que gerou múltiplas demandas ajuizadas em face de todos os entes federativos brasileiros, com necessidade, em alguns casos, de indispensáveis medidas estruturais de tutela, sem que necessariamente tenha sido constatado estado sistemático e desordenado de violações constitucionais.

O art. 227, §2º da CF estabelece que a *lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*. O art. 244, a seu turno, prevê que a *lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso*

¹³² No mesmo sentido Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que ensinam: “não cabe à autoridade jurisdicional mensurar as capacidades financeiras e prioridades políticas estabelecidas pelos demais poderes para atender demandas baseadas em direito fundamental social. Só lhe cabe verificar a inconstitucionalidade da eventual omissão. Mas isso independe do grau ou da intensidade da omissão estatal e dos recursos financeiros efetivamente disponíveis em certo momento (em razão de anteriores decisões estatais)” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* p. 100.

adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, §2º. Ao concretizar a reserva legal constitucionalmente estabelecida, a Lei nº 10.098/2000 estabeleceu, entre outras providências, normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, prevendo o art. 11 regras especificamente direcionadas a edifícios públicos e privados de uso coletivo, com requisitos mínimos de acessibilidade para áreas externas e internas.

Com fundamento em omissões flagrantemente ilegais do poder público em todas as suas esferas de atuação federativa, autores coletivos ajuizaram uma série de ações civis públicas para compelir o poder público a cumprir a norma prevista no art. 11º da Lei nº 10.098/2000, em combinação com o parâmetro constitucional originário (art. 244 da CF), uma vez constatada inércia estatal em garantir a acessibilidade de pessoas com necessidades especiais em diversos edifícios públicos existentes, mas sem estrutura adequada para recebê-las.

A prática corrente constatou que, em grande parte dos casos, várias repartições públicas existentes ao tempo da edição da Lei nº 10.098/2000, e mesmo em período posterior, não realizaram as reformas necessárias à conformação legislativa, alijando uma série de indivíduos com necessidades especiais do reconhecimento de situação jurídica básica de dignidade, consistente ao menos no acesso físico a repartições públicas para o exercício de direitos inerentes à cidadania. Subsistiam, como até hoje ainda existem, situações das mais diversas, em menor ou maior grau de descumprimento do dispositivo legal, seja no quantitativo ou na natureza dos estabelecimentos sem reforma.

Em casos que não sejam de omissão total, não há qualquer critério objetivo para precisar se a falta das reformas gera violação sistêmica e desordenada de direitos fundamentais. Por outro lado, cada reforma não pode ser realizada ao talante de uma decisão judicial imediata. Requer do Estado programação financeira, temporal, logística e operacional, em menor ou maior grau.

Entretanto, haverá situações pontuais, principalmente de edifícios públicos menores, nos quais falte apenas uma pequena rampa de acesso ou a adaptação de um singelo banheiro, a fim de garantir o cumprimento da lei. Trata-se de situações em que uma simples decisão judicial que reconheça a obrigação de fazer uma reforma simples será suficiente para assegurar a tutela jurisdicional pretendida em juízo.

Em casos mais críticos, a falta de cumprimento da obrigação legal poderá ser tamanha e variada, de modo a atingir, por exemplo, vários edifícios públicos de natureza

também diversa. Provavelmente, requerer-se-á aqui do juiz medidas judiciais de transição, em série, para sanar o problema de violação de direito fundamental, de modo a assegurar o resultado final pretendido, que é a efetivação do direito reivindicado judicialmente, sem que negligenciada a necessidade de máxima efetividade dos direitos fundamentais.¹³³ Em casos intermediários, não subsumidos a nenhuma das duas situações pretéritas, dada a peculiaridade de construções específicas ou se tratando de repartições públicas maiores, ainda que invariavelmente não haja um quadro crítico de violação sistêmica e prazo mais elástico para cumprimento, é possível que o monitoramento finalístico dessas reformas seja essencial como condição de efetividade ao direito pretendido, a fim de aferir se a obrigação de fazer foi satisfeita. Em casos tais, ainda assim, o magistrado não prescinde de medidas estruturais de tutela do direito vindicado em juízo. O potencial recurso a tais instrumentos jurídicos é, assim, uma exigência satisfativa da jurisdição, seja por meio do juiz singular ou dos tribunais.

A defesa da tese de que o STF seria o ambiente democrático para a prolação de sentenças normativas segue a prévia constatação de estado de coisas inconstitucional como gatilho às decisões estruturais¹³⁴ desconsidera esse papel importantíssimo da jurisdição na

¹³³ Cite-se, ilustrativamente, o caso do Município de Morretes/PR, em que ajuizada ação civil pública pela Associação Brasileira de Cidadania e Defesa dos Interesses dos Consumidores, Idosos, Deficientes Físicos e de Proteção ao Meio Ambiente (ASBRACIDE) em face do ente municipal. Nesta demanda, constatou-se que diversas repartições municipais encontravam-se em mora na adaptação de seus imóveis ao acesso por portadores de necessidades especiais. Como resultado, e de modo a assegurar o atendimento a repartições prioritárias, na linha do art. 4º da Lei nº 10.098/2000, o magistrado da causa determinou a realização pelo poder público municipal de um plano de atuação da seguinte forma: (i) no prazo de 90 dias: apresentar projetos e iniciar as obras referentes a primeira ordem de prioridade, que compreende os posto de saúde, a rodoviária e a APAE do município; (ii) No prazo de 180 dias: apresentar projetos e iniciar as obras de acessibilidade nos locais determinados na segunda ordem estabelecida, que compreende aos prédios de atendimento do município e instituições de ensino; e (iii) no prazo de 240 dias: apresentar projetos e iniciar as obras referentes aos imóveis descritos na terceira ordem de prioridade estabelecida, sendo estes as quadras e ginásios de esporte, cemitério e capela mortuária do município. Acesso em 04 de novembro de 2019: <https://www.conjur.com.br/dl/cidade-morretes-pr-adaptar-predios.pdf>

¹³⁴ Essa é a posição originariamente capitaneada por Marco Félix Jobim, fundando-se em uma série de peculiaridades que elenca: (i) ser o Ministro do Supremo Tribunal Federal necessariamente um brasileiro nato, inclusive passível de suceder o Presidente da República; (ii) legitimidade pelo voto indireto, através da escolha do Chefe do Executivo Federal, aprovada pela sabatina de parlamentares eleitos pelo povo; (iii) controle oriundo da possibilidade de sofrer impeachment; (iv) possibilidade de ampla representação democrática oriunda da presença de *amicus curiae* e audiências públicas; (v) decisão por meio de controle concentrado de constitucionalidade, ou pela abstrativização de controle difuso (vi) funcionar o Conselho Nacional de Justiça como observatório das decisões. Além disso, aponta para a necessidade de que as decisões estejam delimitadas nos sentidos normativos possíveis do texto da Constituição e de constatada omissão ou comissão equivocada dos demais poderes. Contudo, o próprio autor depois reforma essa sua proposição, apontando serem inegáveis os inúmeros casos de decisões estruturais proferidas por juízes e tribunais diversos, não havendo mais espaço para se atribuir exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade única de *structural litigation*, o que inclusive induz a necessidade de firmar parâmetros para a construção de uma possível teoria dos litígios estruturais. JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 464.

proteção judicial de direitos. Não se pretende, com esse discurso, minimizar o papel das Cortes Supremas no controle de violações constitucionais de grande magnitude. Do contrário, antes se revelam como última trincheira de aval da ordem constitucional em um quadro de fracasso dos poderes públicos. O fato é que isso não pode obscurecer a percepção de que o uso de medidas estruturais de tutela está atrelado à indispensabilidade de um regime judicial de transição para a legalidade e para a constitucionalidade, ainda que menos ou mais detalhado, e não à magnitude de uma violação endêmica de direitos, embora nestes casos mais facilmente perceptível esse fenômeno jurídico.

Ignorá-lo significa arriscar descumprir o papel essencial dos juízes como garantidores de direitos fundamentais. Essa verificação inclusive faz notar que tais medidas podem e devem ser judicialmente manejadas, ainda que mediante medidas mais simples, em casos de ilegalidades ou inconstitucionalidades pontuais. Em verdade, a tônica das medidas estruturais é mais ampla; reside no embaraço à imediata operabilidade da tutela, e não no seu grau e intensidade.¹³⁵ Em outras palavras, a possibilidade ou não de utilização de medidas dessa espécie é determinada pela viabilidade prática da tomada de decisões judiciais *tout cour* para a pronta efetivação de direitos, e não pelo grau e pela intensidade de situações jurídicas ilegais ou inconstitucionais.

Por essa razão, discorda-se que a declaração prévia de estado de coisas inconstitucional seja a senha de acesso cunhada como premissa para a tutela estrutural.

4.2.2 Garantia mínima de direitos sociais?

A discutida situação jurídica não se conforma necessariamente à violação da garantia de um conteúdo mínimo de direitos sociais necessários à emancipação do ser humano para a

¹³⁵ É essa também a posição Fredir Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira: “é natural que, partido do histórico sobre o assunto, pretenda-se vincular a noção de processo estrutural aos casos em que se discutem questões altamente complexas, relativas a direitos fundamentais e em que se busca interferir na estrutura de entes ou instituições ou em políticas públicas. Mas a verdade é que, embora seja esse o ambiente em que se pode colher o maior número de exemplos de processos estruturais, a noção de processo estrutural pode ser destacada dessas características. O conceito de processo estrutural pressupõe o problema estrutural. [...] O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)”. DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 303. maio/2020. p. 45-81.

vida em sociedade, embora seja vetor de análise jurídica relevantíssimo no controle judicial de políticas públicas.

A primeira afirmação constitucional do dever estatal de garantia de dignidade mínima ao ser humano ocorreu em 1919, com a Constituição da República de Weimar, na Alemanha, cujo art. 151 prescrevia que “a organização da vida econômica deve corresponder aos princípios da justiça e ter como objetivo a garantia de uma existência humana digna a todos. Dentro destes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser assegurada”.¹³⁶ O exame daquele texto constitucional mostra um extenso rol de direitos sociais, como a proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direitos previdenciários aos servidores públicos (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a bolsa de estudos (art. 146, § 2º); função social da propriedade e indenização (art. 153, § 1º); habitação (art. 155); direito ao trabalho (art. 157 e art.162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção aos riscos sociais (Art. 161); direitos básicos à classe operária (art. 162); seguro-desemprego (art. 163, § 1º) e direito de participação em conselhos sociais e econômicos (art. 165).

As Constituições brasileiras foram daí em diante fortemente influenciadas pela definição de um conteúdo mínimo de direitos sociais, noção que foi incorporada em definitivo à tradição constitucional brasileira desde 1934. O art. 170 da CF/88 consigna que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, o que denota o papel relevante do Estado na salvaguarda positiva da dignidade humana, consistente na prestação de conteúdo mínimo de prestações necessárias a assegurar existência digna aos cidadãos.

Contudo, o compromisso jurídico efetivo de salvaguarda de direitos fundamentais sociais pelos poderes públicos não está relacionado à incorporação ao direito positivo de direitos sociais. Diversos textos constitucionais do século XX adotaram a previsão referencial de direitos constitucionais sociais em extensos catálogos, embora países com inegáveis

¹³⁶ BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102. jan./dez. 2007. p. 458. No original: *Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern.*

avanços sociais não o façam, a exemplo dos Estados Unidos, onde, ademais, há autores que defendem que não devam estar constitucionalmente previstos, sob o argumento de que o fortalecimento da justiciabilidade seria um prejuízo, em razão da falta de legitimidade democrática dos juízes para fortalecê-los e da limitada capacidade institucional dos órgãos judiciários.¹³⁷

Inclusive, o conceito jurídico do mínimo existencial foi uma contribuição alemã, em estudos no início da década de 1950, já sob a égide de uma Constituição distinta – a Lei Fundamental de Bonn de 1949 –, que praticamente não previu direitos sociais.

Otto Bachof formulou a ideia de que a concretização do princípio da dignidade humana não dependia apenas de proteção jurídica do indivíduo contra o Estado, mas também de um mínimo de recursos materiais para uma existência digna.¹³⁸ Essa construção dogmática serviu à proteção de um conteúdo básico de direitos sociais naquele país sob a Constituição de 1949, que não os elenca em leis escritas, ao contrário da anterior Constituição de Weimar, de 1919.¹³⁹ Portanto, subjaz desde a origem do conceito de mínimo existencial um núcleo jurídico prestacional mínimo de direitos essenciais necessários à condição humana cuja constitucionalidade residiria justamente na proteção intangível, incondicionada a qualquer complementação necessária pelos poderes constituídos do Estado. Essa formatação conceitual traz uma associação natural entre o mínimo existencial e a tutela estrutural, no sentido de uma relação meio e fim: as decisões estruturais configurariam o meio excepcionalmente utilizado para atingir o objetivo de salvaguarda do mínimo existencial em uma demanda prestacional.

Em 1954, antes mesmo de o legislador ter regulamentado um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, I da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]), o Tribunal Federal Administrativo alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu em uma demanda individual o direito subjetivo de um cidadão carente perceber do Estado recursos materiais, com fundamento no princípio da dignidade humana, nos direitos à vida e à liberdade, a fim de que lhe fossem asseguradas condições mínimas de existência.¹⁴⁰ Mesmo que não se tratasse de uma ação coletiva, é essencial perceber nesse julgado uma pioneira experiência de tutela estrutural no direito

¹³⁷ LANDAU, David. *Op. cit.* p. 193-195.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 16, n.1, jan./jun. 2015. p. 219.

¹³⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 60.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 208.

alemão, pois (i) as normas constitucionais contidas no art. 1, I¹⁴¹ combinado com o art. 20, I¹⁴² da Lei Fundamental Alemã, de 1949, por si sós, asseguram o direito fundamental à garantia de um benefício assistencial mínimo ao cidadão carente;¹⁴³ (ii) naquela oportunidade, ainda não havia sido aprovada a Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*], a qual estabeleceu o exato valor da prestação devida pela assistência social, o que compeliu os juízes a uma solução ideal construtiva da salvaguarda do direito, ainda que com a lacuna legislativa existente.

Deve ser percebido que a ausência de norma regulamentadora não dispensou a mencionada Corte de Justiça do dever de prestar a tutela requerida ao caso concreto. O valor exato da prestação assistencial dependia de conformação legislativa, mas não o direito à percepção da verba em si, já constitucionalmente assegurado, reputado pelo constituinte – e não pelo legislador – como de imediata observância imperativa pelos poderes públicos. Por essa razão, o Tribunal Federal Administrativo alemão não subjugou o exercício desse direito a uma condição futura de conformação pelo legislador ou pelo gestor. Garantiu o direito subjetivo do cidadão a percepção de prestação assistencial que lhe permitisse subsistência, valor posteriormente tornado em definitivo pela Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*].

Bem posteriormente, no caso Hartz IV, o Tribunal Constitucional Federal alemão, por sua vez, tomou decisão estrutural para viabilizar o exercício inadiável de um direito prestacional essencial. Ele decidiu que o direito fundamental à garantia de um mínimo existencial (art. 1, I da Lei Fundamental) combinado com o princípio do Estado social (art. 20, I da Lei Fundamental) tem um significado normativo autônomo, assecuratório a cada cidadão necessitado dos pressupostos materiais necessários à existência física acrescida de um mínimo de participação na vida social, cultural e política. Obtemperou-se à ocasião que a concretização desse significado requer constante conformação legislativa, embasada em procedimento transparente e objetivo, sendo ônus do legislador revelar de forma inteligível os procedimentos de cálculo necessários para determinar o valor exato do benefício assistencial

¹⁴¹ Artigo 1 (1). A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

¹⁴² Art. 20 (1). A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

¹⁴³ Essa foi, inclusive, importante conclusão do Tribunal Constitucional Federal alemão em julgado bem posterior (09/02/2010), por ocasião da decisão Hartz IV (BverfGE 125, 175).

devido.¹⁴⁴ Com base nessa premissa, foi decidido que alguns dispositivos do Código Social alemão violavam as normas do art. 1, I e do art. 20, I da Lei Fundamental, sendo insuficientes enquanto prestações que se prestassem a garantir mínimo existencial condigno ao ser humano.

Contudo, transitoriamente, o Tribunal fixou que, até nova regulamentação, continuariam a ser aplicáveis as normas então vigentes até o final daquele ano de 2010. Tal como no caso decidido pelo Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Constitucional Federal não se absteve de utilizar técnica jurídica necessária para a salvaguarda do direito buscado em juízo, naquele momento.

Não houve simples declaração de inconstitucionalidade das normas de assistência social, com base na proteção insuficiente à cláusula constitucional de garantia do mínimo existencial. Transitoriamente, garantiram-se condições mínimas aos necessitados, ainda que mantendo, de forma provisória, a vigência da legislação anulada para que se evitassem prejuízos maiores às esferas individuais. Esses exemplos da tradição jurisprudencial alemã, contextualizados pelo próprio ambiente jurídico de formatação conceitual do mínimo existencial, revelam a relevância da tutela estrutural na construção jurídica operativa de direitos prestacionais mínimos, em uma relação de meio e fim.

Igualmente, o caso brasileiro mais emblemático de possível aplicação da tutela estrutural envolve prestação material. Com efeito, no já referido julgamento pelo STF do RE nº 592.581/RS¹⁴⁵ foi firmada a possibilidade de imposição de obrigações de fazer, especificamente, de medidas estruturais elaboradas para se garantir o direito fundamental de integridade física e moral de presos (art. 5º, XLIX da CF), dadas as condições de salubridade incompatíveis com a garantia de integridade física e moral. Esse direito fundamental implica a necessidade de prestações materiais, consistentes ao ponto de garantirem um padrão mínimo de vida do indivíduo nas penitenciárias, suficiente para garantir-lhe a integridade física e moral. O precedente firmado em repercussão geral serve de parâmetro de aplicação do direito por todos os juízes e tribunais do país, na forma do art. 927, III do CPC. Contudo, embora resida nesse ponto o cume politicamente mais sensível da temática, suscitando debates jurídicos tendo em vista a importância que tais casos possuem, o mínimo existencial

¹⁴⁴ MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. v. 1: dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016. p. 39-47.

¹⁴⁵ Cf. Nota de rodapé nº 118.

constitucional é apenas continente do contexto de aplicação de medidas estruturais pelo juiz, mas não representa todas as suas situações jurídicas de aplicação.

A ilustração mais emblemática dessa constatação é o próprio caso *Brown*, já referido como paradigma da temática no direito norte-americano. Nele, a Suprema Corte dos Estados Unidos não julgou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas norte-americanas com base em eventual violação ao mínimo existencial exigível pela população negra, ou à dignidade humana como decorrência de ensino deficitário nas escolas segregadas, ainda que essa fosse a realidade fática no momento do julgamento. As leis segregacionistas (leis Jim Crow) já tinham sido antes julgadas constitucionais pela Suprema Corte, no caso *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), sob o fundamento de que a regra “separados, mas iguais” não violava o princípio da igualdade, pois não causaria, por si, um estado de inferioridade social dos afrodescendentes. Um eventual estado de desigualdade residiria em causas sociais, mas não na distinção operada pela lei, que, segundo julgado nesse precedente, apenas estaria determinando segregação com igualdade jurídica.¹⁴⁶ O posterior caso *Brown* não desafiou essa valoração causal, acresceu um novo elemento de causa a essa análise jurídica: a percepção negativa de inferioridade social na autoestima do grupo de alunos negros, advinda desse estado de distinção.

A Suprema Corte, então, entendeu pela inconstitucionalidade das leis segregacionistas frente à cláusula de igual proteção dos cidadãos da 14ª Emenda à Constituição Americana, em razão não do impacto da regra jurídica segregacionista à situação social objetiva de inferioridade da comunidade afrodescendente, mas do dano na autoestima subjetiva desses cidadãos.¹⁴⁷ A decisão judicial nuclear do caso *Brown* teve como parâmetro o princípio constitucional da igualdade, direito de defesa que impõe ao Estado abster-se de tratamento jurídico desigual entre os cidadãos, hipótese distinta das lides estruturais do sistema penitenciário,¹⁴⁸ tocantes ao mínimo existencial constitucionalmente assegurado, composto por direitos prestacionais exigíveis do Estado para a garantia da dignidade humana.

Nesse contexto, a decisão judicial nuclear, proferida na fase de conhecimento, presta-se à constatação de inconstitucionalidade não somente voltada a direito prestacional, mas também a direito de defesa, embora seja ainda mais evidente nos primeiros casos. Ao menos

¹⁴⁶ PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 108.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 108.

¹⁴⁸ As lides estruturais em matéria carcerária tem sido frequentes não só no sistema brasileiro, mas em vários países democráticos. Para ilustrar com dois exemplos, nos Estados Unidos: *Finney v. Arkansas Board of Corrections*. Na Argentina: *Verbisky, Horacio s/ habeas corpus, CSJN, sentencia del 03/05/2005*.

até o presente ponto não está vinculada a prévia declaração de sistêmico e desordenado estado de inconstitucionalidade (“estado de coisas inconstitucional”), ou de uma prévia violação do mínimo existencial, no âmbito do controle judicial de política pública, ainda que essas últimas situações jurídicas sejam indiscutivelmente mais sensíveis.

4.2.3 Inércia administrativa na aplicação de direitos e garantias fundamentais com autossuficiência normativa

As omissões estatais inconstitucionais justificadoras de decisões estruturais no controle judicial de políticas públicas voltam-se ao descumprimento administrativo de direitos e garantias constitucionais com autossuficiência normativa, independentemente da magnitude da lesão constitucional, de violação ao mínimo existencial ou mesmo da natureza defensiva ou prestacional do direito fundamental.

Há de concorrerem duas condições para tal: (i) aplicação para a efetivação de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os quais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CF); (ii) suficiência de densidade normativa para aplicação da norma constitucional, seja porque o espaço de conformação do legislador é dispensável à sua eficácia, seja porque se trata de direito já conformado pelo legislador, havendo somente inércia da administração pública.

O art. 5º, §1º da CF prevê que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, colimando autossuficiência normativa para direitos e garantias constitucionalmente previstos. Com isso, a título de exemplo, eventuais direitos previstos somente em legislação infraconstitucional, como o direito à percepção de licença especial para capacitação de servidores públicos, por exemplo, podem até serem perfeitamente tutelados por mandado de segurança, ou pelos demais remédios processuais previstos em lei, mas não justificam decisões estruturais para implementação. Nesses casos, falta a estatura constitucional definidora necessária para a vinculação dos poderes públicos, inclusive o Judiciário, em nível de aplicação imediata. É necessário que essa justificação se conforme para a efetivação de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Da mesma forma, não basta uma previsão constitucional do direito ou garantia fundamental sem que haja densidade normativa suficiente para sua aplicação. A cláusula constitucional do art. 5º, §1º da CF não significa que automaticamente se pressuponha que os direitos e garantias fundamentais gerem sempre aos indivíduos direitos subjetivos, concretos e

definidos.¹⁴⁹ Ao contrário, esse dispositivo investe os poderes públicos da atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sempre sejam reais e efetivos,¹⁵⁰ de modo que as normas positivadas na Constituição não podem depender da boa vontade dos poderes constituídos para serem concretizadas.¹⁵¹ O imperativo decorrente do dispositivo examinado assenta uma negação explícita do caráter programático das normas constitucionais, de modo que o vínculo direto e imediato de todos os órgãos dos três poderes constituídos apenas pode ocorrer caso sejam entendidas todas as normas definidoras de direitos fundamentais como dotadas de uma eficácia não mitigável.¹⁵² Os direitos que precisarem de prévia conformação legislativa pelo legislador não estão sujeitos a imediatas decisões estruturais de implementação. Mesmo estabelecidos no art. 5º da CF, alguns deles não prescindem de conformação prévia legislativa.

À guisa de exemplo, para criações industriais anteriores à regulamentação dada pelo legislador à propriedade industrial, por meio da Lei 9.279/1996, não seria possível ingressar em juízo pretendendo qualquer proteção jurídica especial autoral. A despeito da definição de tal direito fundamental no texto originário da Constituição (art. 5º, inciso XXIX da CF), é necessária prévia conformação ao seu exercício, a qual foi constitucionalmente delegada ao órgão legislador, e não ao julgador.

Firmadas tais premissas, nota-se que a tutela estrutural não pode ser compreendida livremente como mecanismo processual para assegurar indistintamente direitos constitucionais. Da natureza de norma-princípio do art. 5º, §1º da CF deriva que há direitos constitucionais sem densidade normativa suficiente para serem autoaplicáveis, precisando de conformação legislativa. Sob o pretexto da aplicabilidade imediata, decisões estruturais não se prestam a efetivar, no campo da vida, direitos e garantias fundamentais que careçam de reserva legal por imperativo constitucional, sob pena de usurpação do papel do legislador.

¹⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 400.

¹⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 92.

¹⁵¹ MARTINS, Leonardo. Aplicação imediata dos direitos fundamentais: Comentário ao art. 5º, §1º da CF. *In*: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 337-342.

¹⁵² MARTINS, Leonardo. Aplicação imediata dos direitos fundamentais: Comentário ao art. 5º, §1º da CF. *In*: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 340. O autor menciona inclusive que essa vinculação indistinta aos direitos fundamentais autoriza inclusive um abandono à tese da tripartição das eficácias das normas jusfundamentais, segundo a qual seriam as normas classificáveis como de eficácia plena, contida ou limitada. Todas as normas constitucionais têm aplicabilidade imediata, não havendo por que rotulá-las em diferentes graus de eficácia, havendo distinção apenas na densidade normativa subjacente a cada uma.

Da mesma forma, a tutela estrutural não é sucedâneo processual de controle de omissões legislativas, mas administrativas. Para tal fim, o ordenamento jurídico já prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, acrescentada pela Lei nº 12.063/2009 à Lei nº 9.869/1999, bem como o mandado de injunção, por meio da Lei nº 13.100/2016. Essa percepção não abrange qualquer violação administrativa à Constituição. Não é possível a adoção de decisões estruturais para concretizar normas programáticas cuja densidade normativa somente pode ser preenchida pelo legislador e pelo administrador.

O controle de constitucionalidade do mérito administrativo, sindicável pela autoridade judiciária por omissão, insuficiência ou exagero, somente se justifica juridicamente mediante uma violação a um direito ou garantia fundamental já definido constitucionalmente, seja se dispensável o espaço de conformação pelo legislador, seja quando já performado juridicamente. No mais, a materialização do controle judicial indireto de políticas públicas se dá mediante uma decisão estrutural nuclear, que se presta a realizar um controle de legalidade e de constitucionalidade do ato administrativo veiculador de uma política pública, a partir da qual o juiz pode se valer de medidas estruturais subsequentes.

Vale notar que o simples exercício dessa competência judicial tem a potencialidade excepcional de requerer como condição à efetividade de um direito a previsão judicial de um regime de transição, essencial ao cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever jurídico estabelecido. Isso porque é possível, em tese, que toda atuação administrativa indevida, por ilegal ou inconstitucional, desafie a viabilidade prática de uma decisão judicial imediata para a efetivação do direito pretendido, carecendo de um regime de trânsito solucionador.

4.3. FASE DE IMPLEMENTAÇÃO DA DECISÃO: O USO DAS MEDIDAS ESTRUTURAS DE TUTELA

Efetuada o controle judicial de política pública por meio de uma decisão judicial nuclear, que, proferida ao final da fase de conhecimento do processo, produz o efeito da coisa julgada, a fase de execução requer a efetivação do direito reconhecido em juízo. Cuida-se de garantia constitucional do jurisdicionado, advinda do direito à proteção judicial (art. 25 da CADH c/c art. 5º, §1º da CF). Assim, o juiz não pode prescindir de medidas estruturais de tutela, caso necessárias para assegurar o direito pretendido em juízo.

Nesse desiderato, cada vez mais parece evidente que a combinação de maior eficiência com inclusiva compatibilidade constitucional do recurso a decisões do tipo estruturante deve partir da transmutação de um modelo judicial centralista e autoritário para uma visão experimentalista de jurisdição, que privilegie a transparência, a busca orquestrada por soluções consensuais estratégicas e a revisão constante das medidas de monitoramento e *compliance* de resultados.¹⁵³ Essa modificação perpassa por uma atuação judicial que busque a conformação lícita necessária ao funcionamento de uma organização pela definição de padrões e objetivos a serem atingidos, após um procedimento que garanta *accountability* e participação contínua dos atores envolvidos, lançando mão de regras de execução mais flexíveis e provisórias.

Isso implica a superação de modelo tradicional pressuposto no comando e controle de comportamentos, por meio da instituição de regras específicas e definitivas desenhadas por uma autoridade judicial encarregada de prescrever normas de conduta e operação para organizações públicas.¹⁵⁴ Por um lado, a atuação judicial representa menos ingerência, pois respeita, em um primeiro momento, os meios eleitos pelas partes para remediar o ilícito incidente sobre o caso concreto, sem prejuízo inclusive de um acordo; por outro, acresce maior controle, que não se limitará a uma ordem de cumprimento única e definitiva, mas ao monitoramento permanente de resultados para o alcance dos objetivos iniciais da norma jurídica.¹⁵⁵ Chegada a etapa do litígio estrutural, a despeito de tentativas frustradas das vias consensual, deferente e catalisadora de mudanças por meio de uma introjeção na dinâmica administrativa do Estado, o direito material subjacente à causa ainda não foi efetivado, forçando o juiz à implementação via medidas mais intrusivas.

O estudo literal dos dispositivos legais que fundamentam processual¹⁵⁶ e materialmente¹⁵⁷ as medidas estruturais no direito brasileiro enxertam características jurídico-dogmáticas inconfundíveis, cuja observância condiciona sua legalidade na sua aplicação.

A análise comparada do *Prision Reform Litigation Act* de 1996 é útil ao revelar que todos os aspectos a serem apresentados também constam naquele compilado de regras acerca dos litígios prisionais no direito norte-americano. Isso ratifica a abertura normativa do sistema brasileiro às medidas estruturais.

¹⁵³ SABEL, Charles; SIMON, Willian H. *Op. cit.* p. 1016.

¹⁵⁴ SABEL, Charles; SIMON, Willian H. *Op. cit.* p. 1019-1020.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 1020.

¹⁵⁶ Art. 139, *caput* e IV do CPC.

¹⁵⁷ Art. 23 da LINDB.

4.3.1 Atipicidade

A atipicidade como característica marcante reside na ausência de especificação legal das medidas estruturais de tutela. Deve ser verificada caso a caso e paulatinamente, conforme previsto no art. 139 do CPC, uma vez que compete ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial. O dispositivo em exame assenta um rol aberto e flexível de medidas estruturais de tutela elegíveis pelo magistrado. Não é possível, logo ao proferir uma decisão judicial nuclear em matéria de política pública, antever todas as discussões que podem surgir na implementação do direito pretendido em juízo.

As lides que ensejam necessárias medidas estruturais de tutela residem em conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas, nos quais, segundo Sérgio Cruz Arenhart, “as necessidades de proteção em um determinado momento de tempo, frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião”.¹⁵⁸ Lida-se, pois, com um cenário de intensa dinamicidade, mutabilidade e fluidez das políticas públicas, tendo em vista que os modelos de gestão pública estão em contínua modificação e aprimoramento. Fala-se, então, em “provimentos em cascata”¹⁵⁹ para designar a cadeia de decisões judiciais que especificam as medidas estruturais de acordo com os problemas paulatinamente surgidos para a efetivação da decisão objeto de cumprimento.

A constatada plasticidade dos mecanismos de tutela tornaria inútil um dispositivo legal que anteviesse com precisão o remédio instrumental para a concretização dos mais variados direitos, como em um código napoleônico. Somente uma norma aberta, infensa a regras estanques, cumpre o desiderato de autorizar o juízo a eger com proporção, adequação e necessidade os meios viáveis de efetivação de uma decisão judicial não exequível por si, requerendo provimentos em cascata essenciais para se atingir o objetivo final de satisfação do direito.

¹⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, 2013. p. 225.

¹⁵⁹ *Ibid.* O autor menciona que é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que estabeleça em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelando, engendrando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema posto. Após essa primeira decisão genérica surgirão outras, para a solução de problemas e questões pontuais que surjam da implementação da “decisão-núcleo”. Aduz ainda que, a depender de cada caso, é possível que da decisão nuclear se suceda uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto.

4.3.2 Transitoriedade

O art. 23 da LINDB prevê que a decisão judicial que estabeleça interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever, deverá prever regime de transição para adequação da Administração Pública à nova situação jurídica. Ainda quando o poder público se pauta por condutas administrativas que violem normas legais ou constitucionais, há uma rotina prévia de procedimentos administrativos estabilizada na Administração Pública.

Embora essa prática contumaz requeira modificação para conformação à legalidade e à constitucionalidade, por vezes, uma modulação de transição será necessária para garantir inclusive que o objetivo perseguido com a tutela jurisdicional seja alcançado ao final. Isso acontece porque não pode o juiz simplesmente desconsiderar as políticas públicas já traçadas pelo Executivo e pelo Legislativo, as quais empregaram técnicas para elaborar e definir o que é melhor para a população em geral, não podendo tais pareceres serem simplesmente ignorados pelo Judiciário.¹⁶⁰ A intervenção judicial imediatista e pouco criteriosa para a garantia de direitos pode ensejar externalidades ainda mais prejudiciais à coletividade.

Essas conformações por etapas são realizadas por meio de medidas gradativas de cumprimento, a fim de que a tutela do direito pretendido ocorra de forma eficaz, mediante a avaliação segmentada de cumprimentos parciais até que se ateste judicialmente a satisfação da obrigação. As reformas estruturais, por mais que legalmente necessárias, são por vezes traumáticas e demandam implementação gradativa como condição à própria efetividade de seus preceitos.

Além de atípicas, são transitórias, uma vez que conformam apenas um regime em trânsito para a legalidade. Não havendo mais violação a qualquer norma jurídica, não há razão para persistirem, sob pena de indevida intromissão da função jurisdicional nas demais atividades estatais, uma vez que a execução de políticas públicas é maleável à medida dos recursos humanos, financeiros e tecnológicos disponíveis no momento.

A condução expressa de um prazo final nos processos estruturais ratifica o aspecto imanente da provisoriedade da intervenção, verificável, por exemplo, na lei falimentar, que condiciona o encerramento (i) da falência apenas à apresentação do relatório final pelo administrador judicial (art. 156 da Lei nº 11.101/2005), sem qualquer requisito de

¹⁶⁰ DESIRÊ, Bauermann. Structural injunctions no direito norte-americano. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 294.

solvabilidade dos créditos existentes; (ii) da recuperação judicial apenas ao cumprimento de todas as obrigações previstas a vencerem após 2 (dois) anos de sua concessão (art. 61, *caput* e 63 da Lei nº 11.101/2005), não sendo necessário aguardar a realização de todo ou mesmo de parte do passivo do plano para além desse prazo. Ambos os casos compelem os credores não satisfeitos às vias ordinárias para o recebimento do crédito.

A função judicante é somente assumida como um meio para viabilizar a preservação da empresa, mas não se presta diretamente à pretensão de fomento da atividade econômica. Analogamente, percebendo a eternização de demandas interventivas em prisões, o *Prision Litigation Reform Act* passou a prever que ações coletivas dessa natureza deveriam ser extintas a pedido de qualquer parte ou interessado após o prazo de dois anos da sentença de homologação do plano estatal de atuação, salvo se evidenciado, por provas documentais, que a violação jurídica persiste, caso em que a demanda deve se prolongar apenas no que for estritamente necessário para corrigi-la.¹⁶¹ A ilustração mostra que a atuação do juízo é proeminente em catalisar mudanças, mas somente justificável na qualidade de elo para o cumprimento de deveres jurídicos por parte do Estado. Nisso reside, inclusive, o aspecto seguinte referente à indispensabilidade.

4.3.3 Indispensabilidade

Além da transitoriedade, o mesmo dispositivo legal estudado aponta que a adoção do regime de transição de adequação administrativa ao novo dever judicial estabelecido somente poderá ser determinada quando indispensável, ou seja, quando imprescindível à satisfação do direito discutido. Essa característica decorre da excepcionalidade das medidas estruturais de tutela.

A regra é a exequibilidade imediata de decisões judiciais, qualificada pela possibilidade de impor prontamente deveres estatais; a exceção reside na impossibilidade fática do cumprimento *tout court*, a requerer sucessivas decisões interlocutórias com o objetivo de se obter um provimento final satisfativo. Assim, a característica da imprescindibilidade reside na conclusão máxima de que, contrariamente, acaso fosse permanente, implicaria em algum momento na adoção do juiz gestor de políticas públicas, quando a sua atribuição no controle judicial se resume a anular, a corrigir e a exigi-las, sempre e estritamente quando não se conformem à legalidade e à constitucionalidade.

¹⁶¹ 18 U. S. Code § 3626(b)(1)(A) e 18 U. S. Code §3626, U.S.C. § 3626(b)(3).

A criação, a construção e a implementação de medidas estruturais nas organizações estatais é função precípua delas próprias, como manifestação de autogoverno. Não cabe ao Estado-juiz avocar escolhas administrativas, por mais eficientes que lhe pareçam. Essa constatação permite que sejam diferenciadas, por um lado, reformas estruturais propriamente ditas, como exercício típico da função executiva do Estado, engendradas pelas organizações públicas competentes com o objetivo de aprimorar os serviços públicos, nas funções que lhes são próprias, e, por outro, aquelas produzidas em decorrência de decisões judiciais, após prévio controle judicial de políticas públicas.

É o que se percebe em outra contundente regra do *Prision Reform Litigation Act*, desta vez referente à característica da indispensabilidade: qualquer medida prospectiva somente deve ser estendida enquanto houver evidências jurídicas pré-constituídas de sua indispensabilidade para corrigir uma violação contínua e atual, desde que estritamente concebida como o último meio intrusivo e necessário para tal.¹⁶²

4.3.4 Proporcionalidade

Além de necessariamente transitórias e indispensáveis, ainda segundo o art. 23 da LINDB, as medidas estruturais veiculadas em decisão judicial oponente de novo dever jurídico-administrativo requer proporcionalidade, equanimidade e eficiência, sem que seja produzida externalidade que cause indevidos prejuízos sociais.¹⁶³

Ainda falando da experiência norte-americana, cujas remissões aqui se justificam por primeiro trabalhar com as decisões estruturais, sua relação com a proporcionalidade foi construída paulatinamente pelos tribunais,¹⁶⁴ por meio de uma casuística voltada principalmente a examinar em quais casos a atuação dos juízes se revelaria legítima ou abusiva. Em matéria prisional, que representa naquele país o tema com maior incidência

¹⁶² 18 U.S. Code § 3626(b)(3).

¹⁶³ O dispositivo antecipa no campo da lei uma preocupação que, no direito norte-americano, onde originalmente se estudaram e se aplicam historicamente as medidas estruturais, é doutrinariamente construída a partir da construção jurisprudencial. Ao dissertar sobre os limites jurídicos às decisões estruturais, David Schoenbrod pontua: “the injunction should require the defendant to achieve the plaintiff’s rightful position unless (a) different relief is consistent with the goals of the violated rule and (b) the case involves a factor justifying departure from the rule that was not reflected in its formulation, but the injunction may never aim to achieve more than the plaintiff’s rightful position”. Em tradução livre: “a medida estrutural deve requerer do demandado a satisfação da posição jurídica a ser tutelada, salvo (a) se houver alguma outra mais adequada à tutela do direito violado e (b) se o caso se justifique a partir de um ponto de partida legal não levado em consideração na formulação legislativa, mas desde que a medida não busque alcançar mais que a posição jurídica a ser tutelada. SCHOENBROD, David. *Op. cit.* p. 694.

¹⁶⁴ Sobre o ponto, ver a nota de rodapé nº 50.

de intervenções, foi aprovada regra¹⁶⁵ segundo a qual qualquer provimento prospectivo tocante às condições prisionais deve se estender somente o necessário para corrigir a violação jurídica subjacente. Na mencionada regra determina-se que o juiz deve conferir especial relevância a eventual impacto adverso da medida na segurança pública ou no sistema criminal de justiça.¹⁶⁶

No sistema brasileiro, optou o legislador por uma redação repleta de conceitos jurídicos indeterminados, quando seria suficiente a acomodação imperativa de que tais medidas devem obrigatoriamente respeitar o critério da proporcionalidade, pois existe uma “vigência tríplice da proporcionalidade”,¹⁶⁷ que estabelece o dever de elaboração de leis proporcionais pelo legislador, interpretação e implementação proporcionais pelo administrador e interpretação e aplicação igualmente proporcionais pelo juiz. A análise de cumprimento da proporcionalidade por meio da intervenção de órgãos do Executivo e Judiciário ocorre em processo bifásico.¹⁶⁸ Em um primeiro plano, abstrato, verifica-se o fundamento legal da medida interventiva e sua constitucionalidade, inclusive quanto à proporcionalidade. Em segundo, realiza-se a ponderação concreta, procurando definir se a medida judicial, embora baseada em norma constitucional, viola ou não direitos fundamentais por não satisfazer o critério da proporcionalidade. Esse segundo plano de análise reside em poder discricionário inerente à atividade judicante, podendo ser tais margens de ação maiores ou menores, a depender de eventuais conceitos jurídicos indeterminados cominados legalmente.¹⁶⁹ Abstraída a análise de constitucionalidade do art. 23 da LINDB, que demandaria inclusive um estudo próprio e específico, o dispositivo legal examinado é repleto de conceitos jurídicos indeterminados para a caracterização do novo dever ou condicionamento de direito aplicado a partir do regime judicial de transição descrito pela norma.

Com isso, conclui-se que, para além da análise do poder discricionário inerente à atividade judicante, o dispositivo legal em exame agrega a proporcionalidade como premissa de aplicação das medidas estruturais de tutela eventualmente utilizadas para garantir um novo dever jurídico que seja simultaneamente exigível de modo proporcional, equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

¹⁶⁵ 18 U.S. Code § 3626(a)(1)(A).

18 U.S. Code § 3626(a)(1)(A).

¹⁶⁷ COGNETTI, Stefano. **Principio di proporzionalità**. Profili di teoria generale e di analisi sistematica. Torini: Giappichelli, 2011. p. 311.

¹⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* p. 225.

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 125.

A crítica de que tais características são expletivas diante do critério único da proporcionalidade decorre dos subcritérios da proporcionalidade, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, os quais naturalmente já abarcam as características mencionadas.

O juízo de adequação da medida reside na avaliação de idoneidade do meio escolhido e do propósito perseguido, aferida a partir de uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas por meio do qual o propósito se considere realizado.¹⁷⁰ Nesse sentido, o juiz deve se ater, antes de tudo, a avaliar hipoteticamente se as medidas estruturais de tutela são hábeis à satisfação do direito reconhecido em juízo, a partir de estudos empíricos prévios sobre a realidade.

Nesse mister, é possível, em tese, que o juízo lance mão de meios de coerção diretos¹⁷¹ ou indiretos.¹⁷² No caso dos meios de coerção diretos, não há restrição legal ao desapossamento (art. 536, §2º do CPC) ou transformação (art. 809 do CPC) nos casos de obrigação de fazer contra a fazenda pública, bem como acerca da nomeação de eventual interventor judicial¹⁷³, caso necessário para que haja a implantação de medida estrutural que viabilize a efetivação do direito fundamental. No que se refere aos indiretos, é possível a aplicação de multa por descumprimento ou ameaça de configuração de crime de desobediência (art. 536, §3º do CPC), em caso de descumprimento em prazo estabelecido, mas a prisão civil de agentes públicos como meio para compelir o cumprimento de ordens judiciais não é possível, eis que limitada ao devedor inescusável de prisão alimentícia.¹⁷⁴ No

¹⁷⁰ SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Dunker & Humblot, 1976, p. 193, definição assimilada por DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* p. 273.

¹⁷¹ Execução direta é aquela que é realizada independentemente da vontade do executado, mediante atos subrogatórios, seja mediante desapossamento (art. 536, §2º do CPC), transformação (art. 809 do CPC) ou expropriação (Livro II, Título II, Capítulo IV, Seção IV). Os dois primeiros são aplicados nas obrigações de fazer, ao passo que o último é usado nas obrigações de pagar. ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 14. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 145.

¹⁷² Execução indireta é aquela realizada através de medidas coercitivas que estimulem psicologicamente o executado a cumprir a obrigação, seja por meio de uma sanção premial, que estabeleça um benefício de incentivo ao executado caso cumpra o preceito obrigacional (exemplo da redução de honorários advocatícios caso haja cumprimento espontâneo da obrigação – art. 827, §1º do CPC), ou por intermédio de uma sanção prejudicial, que assente um prejuízo decorrente do descumprimento, seja de ordem pessoal (prisão) ou patrimonial (multa). CARVALHO, Fabiano. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 897.

¹⁷³ Cf. a esse respeito a nota de nº 73, em que explicitamos que o veto às intervenções judiciais empresariais e similares do art. 536, §1º do CPC não se confundem com aquelas realizadas eventualmente no âmbito das medidas estruturais, cujo escopo antes se dirige a instrumentalizar a efetivação de direitos fundamentais predefinidos pelo constituinte, e não defender empresas de intervenções não justificadas do poder público.

¹⁷⁴ A prisão civil atualmente só se sustenta no ordenamento jurídico brasileiro para o devedor inescusável de prestação alimentícia (cf. art. 528, §3º do CPC, mantendo previsão análoga do CPC/73 com idêntico teor

exame de adequação dos meios possíveis, chegaríamos à conclusão de que tanto meios interventivos diretos ou indiretos, em tese, seriam adequados à consecução da finalidade pública, sendo hábeis para o atingimento de um resultado ótimo¹⁷⁵ para a efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente predefinidos. Retomando o exemplo da decisão judicial nuclear em ação coletiva que reconhecesse violação ao art. 11º da Lei nº 10.098/2000 e ao art. 244 da CF em repartições públicas, seria possível que o acesso completo aos prédios públicos fossem construídos pelo ente público tanto a partir de uma ameaça de imposição de multa diária quanto, em último caso, acaso não suficiente, por meio de bloqueio judicial do valor integral da obra, seguindo-se das construções necessárias para a consecução desse objetivo.

Por outro lado, imaginando-se que houvesse ordem judicial determinando reformas de adequação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, poderia ser facilmente constatado que tal medida estrutural de tutela não seria adequada, pois o exíguo prazo mencionado não é idôneo ao planejamento e à execução de todas as adaptações necessárias, as quais requerem necessariamente a contratação de pessoal, a compra de produtos e inclusive a execução de serviços de construção civil por prestador a ser ainda escolhido.

A prática demonstra que, se vislumbrado um prazo ainda curto para cumprimento da decisão judicial, não é possível à Administração Pública realizar essa finalidade pública com a mínima eficiência e equanimidade necessários a garantir o cumprimento dos pressupostos jurídicos previstos nos incisos do art. 11º da Lei nº 10.098/2000, quais sejam, vagas de estacionamento reservadas e próximas, rampas de acesso adequadas, plataformas elevatórias e banheiros adaptados para a garantia de acessibilidade a pessoas com necessidades especiais. Isso induz à conclusão de que qualquer medida estrutural de tutela dos direitos de acesso a portadores de necessidades especiais em prédios públicos requer do Estado-juiz prévio levantamento do prazo necessário para a realização das correspondentes construções e reformas, sob pena de violação da proporcionalidade, especificamente no subcritério da adequação.

normativo). Na linha do que já amplamente consagrado pelo STF, é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito [Tese definida no *RE 466.343*, rel. min. *Cezar Peluso*, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, tema 60], gerando inclusive a aprovação da súmula vinculante nº 25, com igual teor.

¹⁷⁵ A expressão é utilizada por Sérgio Cruz Arenhart para designar que somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada poderá haver a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer. Por vezes, a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema, de modo que o resultado ótimo para o caso somente advirá a partir da técnica de tentativa-erro-acerto. ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.* p. 227.

Por isso, o art. 23 da LINDB determina a necessidade de o novo dever jurídico estatal ser cumprido de maneira equânime e eficiente, ou seja, a partir de uma verificação de que seja adequada à finalidade proposta, no sentido de ser capaz de produzir o resultado pretendido com a tutela jurisdicional.

O juízo de necessidade, por sua vez, busca perquirir se não há outro meio a ser utilizado pelo Estado que seja menos gravoso para o titular do direito que sofre a limitação em seu direito fundamental (requisito da menor gravidade), desde que tenha eficácia igual ou semelhante ao meio escolhido pela autoridade estatal, permitindo alcançar o resultado de coisas no qual o propósito poderá ser realizado (requisito da igual adequação).¹⁷⁶ Uma vez verificada a adequação das medidas, o juiz passará a eleger argumentativamente medidas alternativas que cumpram o requisito da adequação para então verificar qual entre elas é “a” necessária em face do propósito perseguido que é a satisfação do direito reconhecido.

Tendo em vista o exemplo mencionado, afastada a adequação do prazo exíguo para a imposição das reformas, restariam ao aplicador as vias de execução por meio de multa diária ou do bloqueio dos valores necessários para as obras.

Em caso de descumprimento da ordem judicial no prazo fornecido, a constrição do patrimônio público seria uma medida adequada à consecução da finalidade pretendida – já que plenamente possível que se atingisse o resultado com o meio eleito –, mas a sua necessidade não estaria evidenciada, pois a aplicação de multa pessoal seria medida de coerção indireta menos gravosa, já que poderia solucionar a questão sem haver uma descompensação do orçamento público, o que de forma reflexa prejudicaria outras políticas públicas estatais.¹⁷⁷ Partindo da premissa da eliminação do bloqueio de valores como meio necessário, subjaz ao aplicador o estabelecimento da multa diária, que, por sua vez, em tese, pode ser impingida tanto ao ente público¹⁷⁸ como pessoa jurídica quanto ao agente público dela representante, como pessoa física.¹⁷⁹

¹⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* p. 246.

¹⁷⁷ Nisso reside a remição expressa que o art. 23 da LINDB faz à “ausência de prejuízo aos interesses gerais”. O dispositivo estabelece que o novo dever jurídico estatal deve ser estabelecido não apenas de maneira equânime e eficiente, ou seja, adequada, mas também sem prejuízo aos interesses gerais, ou seja, necessária, sem que a medida judicial produza externalidade excessivamente gravosa a direitos fundamentais.

¹⁷⁸ A possibilidade é pacificamente admitida pelo STJ, conforme precedente firmado em julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso

Nesse último subexame, a princípio, a aplicação da astreinte ao servidor público comprometeria o seu direito à irredutibilidade salarial (art. 7º, VI da CF), deixando de perceber integralmente a remuneração mensal prevista em lei, quando o juiz sequer teria conhecimento prévio das eventuais razões de descumprimento da medida judicial. A medida eleita não respeitaria o requisito da menor gravidade, presente na avaliação do subcritério da necessidade, dado o excesso gravoso de impor ao servidor público o risco da não percepção da contraprestação salarial devida sem a devida comprovação de renitência e abusiva recusa de cumprimento a ordem judicial, ainda quando existentes meios possíveis para tal.

especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008.4. À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. 5. A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015. 6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53). 7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008. (REsp 1474665/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017)

¹⁷⁹ A possibilidade é controversa, havendo julgado do STJ que proscreeu a possibilidade de imposição de multa diária a agente público como meio para a efetivação de obrigação de fazer oposta à fazenda pública: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Códex Instrumental. 5. Recurso especial provido. (REsp 747.371/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)".

A imposição de multa diretamente ao agente público como meio de coerção indireto, por implicar séria restrição ao seu direito fundamental à propriedade privada do indivíduo compelido (art. 5º, XXII da CF), requer cuidados que não podem ser despercebidos. Endossar que a propriedade privada do servidor público, já à primeira vista, responda por uma obrigação infligida ao ente público afigura uma medida excessivamente gravosa. Por essa razão, deve ter aplicação somente excepcional, quando o descumprimento de ordem judicial (i) decorra não da verificação de obrigação de resultado, mas do cumprimento de suas atribuições de meio; (ii) demonstre omissão manifesta e injustificada do agente competente para atuar, independentemente do alcance da obrigação de fazer no caso em concreto; (iii) denote a ausência de meios sub-rogatórios que substituam o sujeito ou o objeto da obrigação com equivalência de efetividade, sem prejuízo a interesses sociais gerais.

Dessa forma, omissão episódica, involuntária ou de execução fungível por outro meio não justificaria a eleição judicial de medida estrutural de tutela com aplicação de multa ao gestor público,¹⁸⁰ cuidando-se de decisão inconstitucional, por violar a proporcionalidade, especialmente sob o viés do direito de propriedade do agente público em cotejo com a necessária aferição ao menos de conduta culposa no exercício de suas atribuições públicas possíveis para cumprir a ordem judicial.

Conclui-se que eventual medida estrutural de tutela dos direitos de acesso a portadores de necessidades especiais em prédios públicos cumulativamente exige do Estado-juiz prévia filtragem entre as medidas julgadas adequadas, sob pena de violação da proporcionalidade, especificamente no viés da necessidade. Assim, a difícil tarefa de eleger os meios possíveis requer do magistrado, sempre que possível, uma postura deferente a uma

¹⁸⁰ Embora concordemos que a medida sucumbe ao subcritério da necessidade quando se trata de multa diária aplicada em caso de descumprimento do resultado de que trata a obrigação de fazer pretendida, por depender de variáveis que acabariam por redundar em responsabilidade objetiva do agente público, defendemos que não há o mesmo empecilho quando se trata de aplicação de astreinte caso haja a comprovada omissão do agente público no exercício de atribuições voltadas a contribuir para que a ordem judicial seja cumprida, pois (i) nessa última hipótese não há responsabilização objetiva sobre o alcance do resultado, mas omissão qualificada ao menos pela negligência em tomar providências para o sucesso da ordem judicial; (ii) o teor normativo do art. 461, §4º do CPC/73 não mais subsiste no CPC/15, que consagrou um rol de medidas atípicas para o cumprimento de obrigações de fazer não limitadas ao réu da demanda (art. 536, §1º); (iii) não há exigência de que a autoridade competente seja parte na execução, bastando que tenha atribuição para deflagrar o processo administrativo necessário para o cumprimento da ordem judicial. É o caso ilustrativo da ordem judicial imposta pelo juiz à autoridade administrativa para que deflagre procedimento para fornecer determinado medicamento, sob pena de multa diária a seu cargo, e não da pessoa jurídica de direito público, caso não prestada qualquer informação. Nesse caso não haverá aplicação da multa se demonstrado que, apesar de não fornecido o medicamento, o agente público tomou as providências a seu alcance para a ordem judicial ser atendida. Entendemos que a medida é legítima, por ser adequada e por vezes necessária, quando a aplicação da multa diária ao ente público não foi suficiente para estimular o agente público negligente ao cumprimento de suas obrigações, principalmente porque o bloqueio de valores do orçamento público continua, ainda nessa hipótese, a ser uma medida mais gravosa aos interesses gerais.

solução erigida pelo próprio ente público, ou, acaso não o seja, catalisadora de uma modificação de fato que satisfaça a pretensão jurídica autoral, sob pena de uma sanção cabível.

Por fim, o legislador acresceu ao art. 23 da LINDB que, além de equânimes, eficientes e sem prejuízo aos interesses gerais, as medidas estruturais de tutela serão proporcionais, elemento normativo que não é simplesmente expletivo ao texto da norma em exame.

A proporcionalidade em sentido estrito como subcritério da proporcionalidade é controvertida no âmbito da temática de colisão de direitos fundamentais, sendo conceito criticado por parte da doutrina especializada, não só no sentido da dúvida objetividade ou potencial subjetividade na ponderação realizada por meio da otimização jurídica de direitos em contraposição, mas de uma potencial abertura indiscriminada em violação ao princípio da separação de funções estatais e ao princípio democrático, uma vez que ponderar em sentido estrito significaria tomar decisões políticas, e não jurídicas.¹⁸¹ Ocorre que essa possível desnecessidade da análise da proporcionalidade em sentido estrito na justificação ou não de intervenções legislativas¹⁸², cuja pertinência da crítica demandaria um estudo próprio com objeto distinto ao presente objetivo, possui um escopo metodológico diametralmente oposto no caso de análise da justificação da intervenção judicial via medidas estruturais de tutela.

Isso porque proporcionalidade aqui não tem o corrente sentido limitador de direitos fundamentais, mas de postulado geral do direito¹⁸³ que impõe equilíbrio na relação entre os poderes estatais. Aproxima-se da noção de razoabilidade da intervenção, apreendida a partir de um juízo de compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados e de aferição da legitimidade dos fins.¹⁸⁴ Reside na justificação da medida estrutural a partir de sua

¹⁸¹ MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 147-151. Com consistência colacionada em precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o autor formula que o exame de proporcionalidade em sentido estrito tem sido em geral infrutífero e dispensável, pois se limita a confirmar a proporcionalidade do meio tido como necessário, não trazendo nada de novo ao resultado apurado a partir do subcritério da necessidade. Ainda segundo o autor, a única exceção parece ser encontrada na decisão BverfGE 97, 228 [259 et seq.], *Kurzberichterstattungsurteil*. Cf. análise feita em Martins, Leonardo. **Die Grundrechtskollision**: Grundrechtskonkretisierung an Beispiel des § 41 BDSG. 2001. Tese (Doutorado) – Humboldt, Universität zu Berlin, p. 166 e ss.

¹⁸² Aqui, a análise da proporcionalidade em sentido estrito reside em uma possível justificação de intervenção estatal legislativa em direito fundamental, residindo na ponderação de vantagens e desvantagens jurídicas ao bem jurídico subjacente ao propósito estatal perseguido com a intervenção e aquele atingido.

¹⁸³ SCHLINK, Bernard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: Peter Badura / Horst Dreier, **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, v. 2. p. 447-448.

¹⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais** - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): p. 65-78. No mesmo

conformação às margens judiciais de ação no controle restrito ou indireto de políticas públicas, consistente na tríplice tarefa de apenas anulá-las, corrigi-las em sua legalidade ou exigi-las, sem substituir o poder discricionário do gestor de criá-las, implementá-las e executá-las, em ínsito controle amplo ou direto.¹⁸⁵ Novamente apreciando o caso ilustrativo, imagine-se que o magistrado não se limitasse a determinar reformas de adequação para compelir as repartições públicas ao cumprimento do art. 11º da Lei nº 10.098/2000 e do art. 244 da CF, passando a assentar a medição das plataformas elevatórias adaptadas e o teor dos equipamentos que deveriam estar presentes nos banheiros adaptados às pessoas com necessidades especiais. Caso essas especificações não estivessem previstas em lei ou em regulamentos técnicos, ainda que comprovadamente implicassem melhorias, tais medidas estruturais não poderiam ser determinadas pelo Estado-juiz, sob pena de violação à proporcionalidade da intervenção judicial, que deve se limitar a sanar o ilícito verificado, e não a implementar inovações em políticas públicas, de atribuição de outros agentes estatais.

Nesse mister, cabe ao magistrado exigir a conformação mínima já prevista em lei e na Constituição, ou mesmo anular a atuação estatal a elas desconforme, eventualmente estabelecendo os parâmetros jurídicos devidos para essa adequação, segundo a interpretação judicial, mas não ingressar no terreno da eleição dos melhores meios para cumprir o desiderato constitucional e legal, o que seria desproporcional por invadir o espaço de conformação do administrador eleito, seja direta ou indiretamente, por meio de agentes públicos delegados.

sentido, cf. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. p. 158. Luís Virgílio Afonso da Silva ilustra que a jurisprudência espanhola considera a razoabilidade como simples exame da legitimidade de uma medida, com base no que ensina Carlos Bernal Pulido no trabalho intitulado "Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi". SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. 798 (2002): p. 33-34).

¹⁸⁵ Essa também é uma preocupação evidenciada por Sérgio Cruz Arenhart, ao pontuar que não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida. ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.* 226). Pontua o autor preocupação análoga refletida no direito norte-americano, onde surgiram as primeiras decisões estruturais: ““*At some point the remedy is so different that it does not address the wrong that has not been committed at all. When that point is reached, the remedy that exceeds the defendant's wrong or the plaintiff's right becomes unacceptable, partly because it is too intrusive, partly because it opens up too much discretion, and partly perhaps because it is unacceptable in principle to force a defendant to do more than rectify his wrong.* Em tradução livre: em algum ponto o remédio estrutural é tão diverso que não se volta exatamente ao ilícito comprometido. Quando se chega a tal ponto, o remédio que excede o ilícito do réu ou o direito do autor se torna inaceitável, em parte por se tratar de medida assaz intrusiva, em parte por admitir discricionariedade excessiva, e parte talvez porque é em princípio inaceitável para compelir o réu a fazer mais que simplesmente retificar o ato ilícito”. DOBBS, Dan B. **Law of remedies**. 2. ed. St. Paul: West Group, 1993. p. 643.

Aqui reside o aspecto mais evidente do controle indireto de políticas públicas, consistindo justamente em um juízo de legalidade e constitucionalidade, mas não em um juízo político de eficiência da política pública, próprio ao gestor que administra recursos públicos e interesses secundários variados da Administração Pública. Juízo de legalidade por permitir uma eliminação dos meios não proporcionais dentre os meios de efetivação, em tese, possíveis, em virtude de não serem proporcionais para se chegar ao fim proposto. De constitucionalidade por viabilizar, da mesma forma, que sejam ofensivos ao princípio da separação de poderes como parâmetro de análise, segundo estabelecido no art. 2º da CF.

Na aplicação de medidas estruturais de tutela, o juiz não se depara com ponderação entre interesses jurídicos e direitos fundamentais potencialmente colidentes, mas com obrigação legal (art. 4º e 139, IV do CPC e art. 23 do Decreto-lei nº 4.657/42), convencional (art. 25 da CADH) e constitucional (art. 5º, XXXV da CF) de prestação da atividade jurisdicional satisfativa. Nesse sentido, a filtragem da proporcionalidade deve representar instrumento jurídico de controle de constitucionalidade do meio adequado e necessário.

Sucedee, portanto, a conformação jurídica integral das medidas estruturais, por meio da atipicidade, transitoriedade, indispensabilidade e proporcionalidade, anotada a partir dos subcritérios da adequação e necessidade e da análise de constitucionalidade do meio escolhido frente ao princípio da separação dos poderes.

5 DECISÕES E MEDIDAS ESTRUTURAIS EM PROCESSO PRÓPRIO, COLETIVO OU INDIVIDUAL?

Firmada até aqui a constatação da existência de litígios estruturais, conformados como lides coletivas complexas no mundo dos fatos, as quais se diferenciam dos litígios individuais com base em duas diferenças no campo da tutela processual. A primeira diferença é relativa às naturezas, por envolver o exame não de uma demanda entre particulares com interesses contrapostos, mas de um conflito coletivo entre grupos indefinidos de interesses superpostos, coincidentes ou não. A segunda referência refere-se aos respectivos propósitos, por envolver um objetivo não retrospectivo, mas prospectivo na fase satisfativa da obrigação reconhecida, voltado precipuamente não à declaração ou à reparação de uma ilegalidade, mas à pretensão jurídica corretiva, a partir do conhecimento da origem dos problemas envolvidos.

Verificada também a premissa de que o estudo do papel da jurisdição no contexto jurídico e político de surgimento dos litígios estruturais no direito norte-americano deve apartar o juiz de duas premissas equivocadas ao debate: a compreensão de que a função principal dos juízes é concretizar valores constitucionais e de que esse modo de atuação deve ocorrer por meio de decisões construtivas de padrões ideais de justiça e equidade, aos quais as organizações públicas devem se conformar. Mesmo atuando em litígios estruturais extremamente complexos, a função principal do julgador sempre será resolver a disputa, instrumentalizando a satisfação da pretensão individual ou coletiva do vencedor, e não concretizar valores públicos.

Assim, as decisões e medidas estruturais não devem ser assimiladas como mera difusão pragmática da atividade judicante, animada pela pretensão de concretização de valores constitucionais, mas como elos instrumentais de satisfação de direitos subjetivos.

Nesse contexto, as decisões e medidas estruturais devem ser estudadas no ordenamento jurídico brasileiro a partir das premissas constitucionais e legais aplicáveis. As primeiras implicam análise de uma prévia decisão nuclear que realize controle judicial de políticas públicas, ao examinar a legalidade do ato administrativo em si, a constitucionalidade da norma legal parâmetro ou a constitucionalidade do mérito administrativo, por desconformidade de decisões administrativas frente a direitos e garantias constitucionais com autossuficiência normativa. As últimas com o exame de medidas estruturais atípicas decorrentes, as quais devem ser transitórias e indispensáveis à satisfação do direito material discutido, desde que respeitem o princípio da proporcionalidade.

Examinadas as lides estruturais em sua qualidade de litígios, decisões e medidas processuais, cumpre verificar em que se consistiria um processo estrutural. Cabe perquirir, ademais, os eventuais empecilhos jurídicos existentes a que os litígios estruturais sejam examinados em processos individuais ou coletivos, debate que poderá eventualmente suceder, inclusive, a necessidade de um processo estrutural próprio, tipicamente considerado como uma categoria processual peculiar.

5.1 LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM PROCESSOS INDIVIDUAIS: TRÁGICA MISSÃO?

Como mencionado, os litígios estruturais constituem lides coletivas complexas, caracterizadas essencialmente pela superposição de variados conflitos e interesses e pela prospectividade da tutela jurídica visada. Não raramente, contudo, e a despeito da natureza e propósito intrínsecos, são inadequadamente examinados em processos individuais.

O art. 81, *caput* e § único da Lei nº 8.078/1990, que compõe o microsistema processual coletivo no direito brasileiro, estabelece a defesa coletiva de interesses e direitos difusos, que são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses e direitos coletivos, que são 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; interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de uma origem comum.

No âmbito das lides estruturais contra o poder público, o uso inadequado de processos individuais ocorre na defesa de direitos e interesses difusos, pois os direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos normalmente reclamam apenas uma sentença condenatória do juiz para a satisfação do direito buscado, e não uma sentença mandatória de obrigação de fazer, de caráter estrutural. No que tange às ações coletivas, é o caso, por exemplo, das ações de sindicatos de servidores públicos em face do Estado que busquem a condenação à implantação de eventual parcela remuneratória. No caso das ações individuais homogêneas, é o caso, por exemplo, dos prejudicados em eventual acidente ocasionado por falha na prestação de serviço público, pleiteando indenização por eventuais danos materiais e morais sofridos.

A pretensão vindicada não se satisfaz com a conformação do poder público à legalidade, mormente buscando proteger futuros prejudicados, característica que é peculiar aos direitos e interesses difusos, mas proteger uma relação jurídica pretérita vilipendiada. A

dimensão superposta de conflitos e a prospectividade da tutela jurídica somente interessa a direitos difusos, em que, tanto quanto resolver uma situação jurídica pretérita de ilegalidade, busca-se uma satisfação para futuro, de modo que novas violações normativas, que teriam o condão de prejudicar outrem, não ocorram mais.

Um clássico exemplo é o acesso à justiça em demandas individuais por medicamentos e procedimentos médicos. Quando se almejam vagas em Unidades de Terapia Intensiva, é possível que o Ministério Público, ou outro autor coletivo, ingresse em juízo com ação civil pública para obrigar o Estado a formatar e fornecer vagas a quem delas necessite, com arrimo no direito à saúde como fundamental de todos (art. 196 da CF) e na obrigação estatal de prestar assistência terapêutica integral ao paciente (art. 6º, inciso I, alínea *d* da Lei nº 8.080/1990). O juiz julgará a ação coletiva proposta, à luz do direito aplicável, aplicando-se os correspondentes efeitos jurídicos para todos os doentes, atuais ou futuros, exceto em caso de improcedência por falta de provas suficientes, caso em que outro legitimado coletivo poderá intentar nova ação com o mesmo objeto (art. 103, I da Lei nº 8.078/1990).

Portanto, a sentença beneficiará a todos que eventualmente ingressem no sistema de saúde. Deve promover, se necessário, um verdadeiro rearranjo do serviço público prestado, de modo a conformá-lo a dispositivos constitucionais e legais com autossuficiência normativa na ordem jurídica. Com isso, ao posteriormente julgar processo de qualquer pessoa que intente demanda individual com o mesmo objetivo, o magistrado não poderá desconsiderar o reforço das razões de decidir referentes aos requisitos jurídicos estabelecidos na demanda coletiva para a obtenção de acesso ao serviço público de saúde buscado, embora a pretensão individual não esteja jungida à coisa julgada da ação coletiva.

É possível, contudo, que em vez de proposta ação coletiva, os pacientes ingressem em juízo individualmente, obtendo provimento favorável às mesmas vagas de Unidade de Terapia Intensiva. Essa segunda via não é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, contudo produzirá externalidades indesejadas, ínsitas ao tratamento indevido de uma demanda coletivamente complexa como individual.

Cada autor individual ingressará com a sua demanda, produzindo uma miríade de efeitos: o comprometimento da segurança jurídica e da justiça, uma vez que haverá interpretações diversas para os mesmos casos concretos submetidos a magistrados diferentes; haverá nítido aumento das taxas de congestionamento das unidades judiciárias em virtude das múltiplas demandas individuais, quando um só provimento seria suficiente como solução jurídica do problema, o que prejudica a apreciação célere de outras demandas com assuntos

diferentes; poderá haver desorganização administrativa dos serviços estatais oferecidos, com a alteração contínua do planejamento estatal uniforme estabelecido, para atender cada litigante em específico; produzir-se-á uma aparente solução da lide, que, apesar de amortecida pelas sentenças individuais, não verá solução definitiva, senão por meio de um provimento coletivo estrutural definitivo.¹⁸⁶ A doutrina norte-americana acrescenta um efeito significativo: o acesso à justiça é apenas aparente, uma vez que as demandas individuais não são propostas pelos mais pobres e marginalizados, mas normalmente por litigantes com relativo grau jurídico de instrução, os quais possuem maior acesso à dinâmica do funcionamento do sistema judiciário.¹⁸⁷ Para piorar, há o risco do populismo judicial, por meio do qual os tribunais, ao acolherem em ganho de causa a processos individuais nessas condições, podem comprometer medidas governamentais de austeridade que restrinjam benefícios dos grupos de classe média, tomando decisões que coloquem a opinião pública contra os políticos, ao tempo em que granjeiam importante apoio político majoritário de grupos sociais mais instruídos.¹⁸⁸

Essa conclusão é muito bem ilustrada pela experiência colombiana, onde talvez em nenhuma outra democracia tenha sido depositado tanto esforço jurídico em demandas individuais para tratar de lides estruturais, com sérios questionamentos acerca de sua eficácia e legitimidade. O art. 86 da Constituição Colombiana de 1991 previu as ações de tutela,¹⁸⁹ as quais conferiram a qualquer cidadão a possibilidade de ingressarem em juízo para questionar lesão ou ameaça a direito constitucional fundamental, causada por ato ou omissão de

¹⁸⁶ O resultado efetivo da aparente solução de problemas estruturais por meio de ações individuais é alijamento de grupos sociais esquecidos, por não conhecerem os seus direitos nem terem suficiente capacidade de organização, do acesso a políticas públicas, por ausência de informação. OLSON, Mancur. **Die Logik des kollektiven Handelns**: Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen. 5. Aufl. Mohr Siebeck: Tübingen 2004. p. 163. Somente ingressam com as ações individuais os que possuem minimamente acesso de informação sobre como defender adequadamente os seus direitos. Parte relevante dos recursos orçamentários originalmente destinados aos que mais precisam são transpostos, de forma reflexa, por meio de ordens judiciais, para uma categoria de cidadãos que não é precipuamente a mais desfavorecida, comprometendo a organicidade do planejamento estatal. A ação coletiva nos presentes casos traz a necessidade de uma atuação equânime e uniforme para toda a sociedade.

¹⁸⁷ LANDAU, David. *Op. cit.* 199-201.

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 199-201.

¹⁸⁹ ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

autoridade pública, com procedimento sumário de 10 (dez) dias para decisão definitiva. O Decreto nº 2591/1991, que regulamentou aludido instrumento processual, previu que as tutelas poderiam ser propostas a qualquer tempo, ainda que informalmente – forma oral, em caso de urgência, sem necessidade de advogado, bem como sem a precisão da norma constitucional violada –, com decisão em primeira instância no prazo de 10 (dez) dias e de 20 (vinte) na decisão de reexame, com possibilidade de recurso à Suprema Corte.¹⁹⁰ O número de casos de tutela aumentou considerável e continuamente na década de 1990, especialmente no que se refere ao direito à saúde. No ano de 1992, apenas 10.732 tutelas do direito à saúde foram enviadas à Suprema Corte Colombiana para revisão, número que passou a 133.373 casos em 2001.¹⁹¹ Tomando os casos em forma geral, os números passaram de 86.313 em 1999 para 344.468 em 2008, um aumento de quase 400%. Da mesma forma, as tutelas invocando direito à saúde cresceram de 24,7% dentre todas as matérias para 41,5% em 2008.¹⁹²

No início da utilização dessas medidas, havia uma significativa ênfase doutrinária, acolhida pelos tribunais, para somente admitir as ações de tutela quando o peticionante pudesse demonstrar prévia hipossuficiência.¹⁹³ Com o tempo, o critério de admissibilidade foi abandonado. Como aponta David Landau, o caso mais emblemático refere-se às ações de tutela sobre pensão, as quais majoritariamente passaram a ser triadas pelo critério jurídico puro de admissibilidade, sem considerar a renda do peticionante. Como resultado, classes mais favorecidas passaram a ingressar em juízo com pretensão de reajuste de pensão, como ex-congressistas, magistrados de Cortes Superiores, servidores públicos em geral,¹⁹⁴

¹⁹⁰ A previsão constitucional das ações de tutela na Constituição Colombiana de 1991 traz alguma semelhança com o mandado de segurança, previsto no art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal de 1988, cabendo realçar, ainda assim, que o instrumento processual colombiano é bem mais amplo, pois (1) prescindir de advogado para o ajuizamento da demanda; (2) pode ser ajuizado para a proteção de direito constitucional fundamental, não necessariamente líquido e certo; (3) pode ser proposto informalmente, sem advogado, até sob a forma oral, em caso de urgência; (4) possui rito abreviadíssimo para desfecho. Nota-se, por um lado, acesso amplo, simples e fácil à justiça; de outro, sobrecarga natural do sistema judiciário, decorrente da ausência de critérios de admissibilidade.

¹⁹¹ ARANGO, Rodolfo. El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional. *In: Teoría Constitucional y Políticas Públicas Bases: Críticas para una Discusión*. 295, p. 309–310.

¹⁹² Defensoria del Pueblo. La Tutela y el Derecho a la Salud. Período 2006–2008. Disponível em: http://www.semana.com/documents/Doc-1959_2009924.pdf.

¹⁹³ RUEDA, PABLO. **Legal language & social change during Colombia's economic crisis, in cultures of legality: Judicialization & Political Activism in Latin America**. Cambridge University Press: New York. 2010. p. 37-40.

¹⁹⁴ LANDAU, David. *Op. cit.* p. 213. Aponta ainda o autor o caso ilustrativo de um ex-Juiz da Suprema Corte Colombiana que ingressou em juízo argumentando um cálculo errado em sua pensão. A Corte admitiu o caso via tutela e a ajustou. Realce-se que o valor original do benefício era de 12.000.000 de pesos por mês, equivalente a 6.000 dólares, quantia significativa na Colômbia, à época. A nova pensão estabelecida foi fixada em 20.000.000 de pesos, cerca de 10.000 dólares.

desnaturando o propósito normativo de proteger direitos fundamentais essenciais. Apartado qualquer questionamento acerca da análise jurídica do desacerto ou não de eventuais critérios de admissibilidade, o qual fugiria ao propósito deste estudo, a experiência colombiana é a mais ilustrativa da falibilidade da tentativa de examinar litígios estruturais por meio de simples demandas individuais.

No Brasil, são examinados diuturnamente litígios complexos de saúde pela via indevida das ações individuais, inclusive com as mesmas externalidades apontadas em prejuízo, além do que normalmente tais demandas não produzem resultados práticos hábeis à salvaguarda do direito pretendido em juízo.

Segundo Relatório Analítico produzido pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, verificou-se um crescimento de distribuição de processos de saúde de aproximadamente 130% na primeira instância e de 85% na segunda de 2008 para 2017. Tem-se aqui um crescimento superior inclusive aos 50% de crescimento do número total de processos de primeira instância e 40% de segunda, respectivamente. Da mesma forma, o quantitativo total de processos de saúde na primeira instância da Justiça Estadual partiu de 41.456 em 2008 para 95.752 em 2017, bem como de 2.969 em 2008 para 40.658 em 2017, na segunda instância.¹⁹⁵ Tal como na Colômbia, parece se repetir aqui a mesma desconfiança que paira quanto à hipossuficiência das partes que ingressam em juízo. Ainda segundo o mesmo estudo, apenas 20,8% das demandas propostas sugerem ser oriundas de pessoas em vulnerabilidade econômica,¹⁹⁶ percentual que deveria ser bem maior, considerando que o direito constitucional à saúde é mais difícil de ser garantido nas classes mais baixas.

A garantia universal do direito à saúde, conforme prevista constitucionalmente para todos, deve ser compreendida a partir da garantia de acesso, e não de concessão incondicional de medicamentos e insumos. Há necessidade de ampliação da atuação do poder público quanto maior for constatada a impossibilidade do cidadão garantir um padrão mínimo de acesso a um padrão de serviço aceitável por meio de recursos financeiros próprios, segundo os critérios científicos vigentes. Como resultado, em face da totalidade dos recursos existentes, as políticas públicas devem ser necessariamente instruídas com um planejamento global que possibilite um gasto proporcionalmente estabelecido, de modo a evitar tanto que haja falta de

¹⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório analítico propositivo – justiça pesquisa**: Judicialização da saúde no Brasil - perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, 2019. p. 46-47.

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 73.

acesso do serviço ao mais pobre quanto excesso na redundante concessão a quem já o possa granjear com recursos próprios.

No mais, segundo informação obtida a partir da plataforma E-NATJUS do Conselho Nacional de Justiça, entre 2010 e 2016, o recrudescimento de gastos com a judicialização da saúde passou de 122,6 milhões de reais para 1,313 bilhão de reais, um aumento de 1.010%. Mais grave é que, em 2016, os 10 (dez) medicamentos mais caros responderam por 1,1 bilhão, ou seja, quase 90% dos recursos da judicialização.¹⁹⁷ Esses dados demonstram a evidente necessidade de tratar os litígios complexos de forma coletiva, como imperativo de equidade, isonomia e racionalidade na política pública de saúde.

O primeiro passo é abandonar um sistema judiciário voltado a resolver simplesmente ações individuais multitudinárias. Somente há uma conformação à legalidade após uma resolução coletiva, seja por meio de um provimento jurisdicional oriundo de técnica individual de repercussão coletiva¹⁹⁸ ou técnica coletiva de repercussão individual.¹⁹⁹

Caso relevante, no campo das técnicas individuais de repercussão coletiva, foi o julgamento no RE nº 657718, sob a sistemática dos recursos repetitivos, acerca do acesso a medicamentos ainda não incorporados à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Prevaleceu à ocasião o voto do Ministro Luís Roberto Barroso²⁰⁰ no sentido de que, em regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA por decisão judicial, considerando a reserva de administração (art. 200, I e II da

¹⁹⁷ Dados disponíveis em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/novembro/21/CNJ-Funcionamento-NATJUS.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

¹⁹⁸ São os instrumentos processuais que, conquanto sejam aplicáveis a ações individuais, possibilitam que uma mesma questão de direito, que se repita em um grande número de processos, seja apreciada de uma única vez, por amostragem. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Porque estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Processo coletivo**. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 624. São os incidentes de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987 do CPC) e o recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, inciso III e art. 1.036 a 1.041 do CPC).

¹⁹⁹ São os instrumentos processuais que tratam dos direitos subjetivos individuais repetitivos, sob a forma coletiva. A homogeneidade do direito ou interesse individual proveniente de uma origem comum gera uma massificação de relações jurídicas que, em razão do elevado número de partes no processo, torna possível a substituição processual dos envolvidos por um ou vários interessados, sendo defendidos na sua totalidade por meio de um processo coletivo. Utiliza-se, para tanto, o microsistema processual coletivo, formado por diversos diplomas legais, sobretudo pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347 de 1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990). CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da presidente da república e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 13, n. 2, ago. 2017, p. 389-409.

²⁰⁰ Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

CF/88 e art. 7º, IX da Lei nº 9.782/99)²⁰¹ conferida à autarquia federal para a proteção da saúde pública (art. 6º, §1º da Lei nº 8.080/90 e art. 8º, §1º, I da Lei nº 9.782/99), atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país (art. 16 da Lei nº 6.360/76), além de garantir o controle de preços para evitar abusos (art. 7º da Lei nº 9.782/99 e art. 16, VII da Lei nº 6.360/76). No caso de medicamentos experimentais²⁰², sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que se obrigue o Estado a fornecê-los, sob pena de violação do direito à saúde em decorrência do risco assumido e do princípio da separação de poderes, o que não interfere na dispensação deles para testes clínicos, acesso expandido ou uso compassivo, nos termos da regulamentação aplicável (art. 8º, §5º da Lei nº 9.782/99 e Resolução – RDC nº 38/2013 da ANVISA). Especificamente no caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o fornecimento por decisão judicial é excepcionalmente possível, somente em uma hipótese: irrazoável mora da autarquia federal em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias – prazo previsto no Projeto de Lei nº 727/2015, já aprovado pelo Senado). Ainda nesse caso, será necessário o cumprimento cumulativo de três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (deferência à reserva de administração prevista constitucional e legalmente); (ii) a exigência de registro do medicamento buscado em renomadas agências de

²⁰¹ Segundo Canotilho, reserva de administração é definida como um núcleo funcional de administração resistente à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 739. A ideia é adotada pelo STF em diversos julgados para declarar a inconstitucionalidade de intervenções no Legislativo sobre a esfera de competência do Executivo, como se observam nos seguintes julgados: ADI 969 (Rel. Min. Joaquim Barbosa), ADI 3343 (Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux), ADI 3075 (Rel. Min. Gilmar Mendes), ADI 2364 MC (Rel. Min. Celso de Mello), e RE 427.574 ED (Rel. Min. Celso de Mello). Sem prejuízo, a noção também é aplicável a intromissões indevidas do Judiciário. Em obra específica sobre o tema, Arícia Correia aponta a reserva de administração como um espaço autônomo e insubordinado de exercício da função administrativa, normatiza e concretizadora da tutela dos direitos fundamentais. CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 584-585) Da mesma forma, Paulo Macera a sistematiza como um conjunto das formas de proteção estruturado na Constituição, de maneira explícita e implícita, em benefício do Poder executivo e da Administração Pública como um todo, para que esses possam realizar suas funções administrativas e prerrogativas correlatas, para o bom cumprimento dos respectivos papéis institucionais. MACERA, Paulo. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**. v. 1, n. 2, 2014. p. 342.

²⁰² Segundo dados apresentados pelo Ministro Barroso em seu voto, de 2011 a 2013, com base em dados fornecidos pela Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, por sua coordenadoria de demandas estratégicas (Sistema SCODES), a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo gastou cerca de R\$ 88,5 milhões somente para atender 700 demandas judiciais de medicamentos não registrados pela ANVISA, gerando um custo médio por pessoa de R\$ 127 mil sem que houvesse comprovação científica de segurança e eficácia dos medicamentos. Somente em 2014, esse número foi de R\$ 56,2 milhões. No mesmo ano, o Ministério da Saúde gastou cerca de R\$ 258 milhões para a compra de apenas 11 tipos de remédios não registrados na autarquia federal. Voto disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2020.

regulação no exterior (conforme estabelecido na RDC nº 9/2015 da ANVISA); (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA.²⁰³

A aprovação da tese foi importante, porém ainda não resolveu o problema estrutural do ajuizamento de ações individuais em matéria de saúde, principalmente por se circunscrever ao âmbito de aplicação de medicamentos não registrados.²⁰⁴ Ainda subsiste um sistema judiciário premido por externalidades variadas: sob o ponto de vista do sistema judiciário, a imensa quantidade de ações individuais ajuizadas promove um incremento desproporcional na taxa de congestionamento das unidades judiciárias, comprometendo a apreciação célere de outras demandas; sob o viés dos jurisdicionados, as várias decisões sobre medicamentos são por vezes conflitantes, uma vez que cada juiz mantém seu posicionamento não uniforme sobre os medicamentos fornecidos, gerando violações de isonomia entre cidadãos na mesma situação e grave insegurança jurídica na prestação do serviço público, nem sempre prestado a quem mais precisa; sob o viés do poder público, gastos reflexos com bloqueios judiciais que poderiam ser evitados, caso efetivamente a tutela jurisdicional se voltasse menos a garantir individualmente os fármacos pleiteados e mais a resolver problemas estruturais nas organizações públicas, para efetivar um melhor serviço a um menor custo à população em geral.

Mesmo após a entrada em vigor do CPC, em 2016, o ordenamento processual brasileiro ainda é tímido no reconhecimento de efeitos coletivos de ações individuais que tenham repercussão transindividual, racionalizando o sistema. Ainda que o CPC-15 tenha previsto o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos, foi integralmente vetado o art. 333 do anteprojeto, que veiculava importante técnica individual de repercussão coletiva. Esse instituto previa a conversão da

²⁰³ Do julgamento apontado o plenário do STF aprovou tese em 22 de maio de 2019, quando da apreciação do Tema 500 de Repercussão Geral, no mesmo e seguinte sentido: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como, regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

²⁰⁴ Já que, conforme inclusive apresentado nas notas de rodapé nº 162 e 164, a judicialização da saúde por meio de ações individuais é um problema macro que não toca apenas a medicamentos não registrados na ANVISA, mas sobretudo os já registrados, que são maioria, mas que frequentemente não são adequadamente fornecidos em estoque pelos entes públicos, que não possuem, na maioria das vezes, uma estrutura logística eficiente de fornecimento contínuo. O problema é bem mais estrutural que contingencial aos medicamentos não registrados, fomentado por um sistema processual que pouco incentiva a propositura de ações coletivas e muito fomenta a litigância excessiva por meio de ações individuais.

ação individual em coletiva. Contudo, diferentemente dos recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas, a referida conversão já poderia ser implementada em juízo de primeiro grau, sem necessidade de propositura de demandas individuais variadas sobre o mesmo tema, possuindo um potencial de aplicação bem mais amplo que as três primeiras técnicas.

O apontado dispositivo assentava que “atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor”, poderia converter em coletiva a ação individual. Assim, o acolhimento da pretensão formulada pressupunha a presença de três condições jurídicas: (i) a relevância social, conceito jurídico indeterminado a ser interpretado no caso concreto; (ii) a dificuldade de formação do litisconsórcio, mormente caso os pretensos interessados residam em lugares diversos e longínquos; (iii) prévio pedido ministerial ou da Defensoria Pública, garantindo-se a substituição processual para a tutela do direito em âmbito coletivo.

Os incisos I e II teriam trazido as hipóteses de cabimento.

O inciso I consignava a necessidade do alcance coletivo da causa, “em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)”, cuja ofensa afetasse simultaneamente “as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade”. Essa primeira hipótese teria pertinência aos direitos individuais com alcance coletivo, ou seja, tuteláveis individualmente, sob a ótica do prejudicado individual, mas que atingissem também outras pessoas, em razão da simultânea violação a bem jurídico difuso ou coletivo em estrito senso. Se existe um alcance coletivo, há ofensa às esferas do indivíduo e da coletividade, razão pela qual a parte final do dispositivo seria expletiva. Trata-se do exemplo de portador de necessidade especial em face de uma repartição pública, para a construção de uma rampa de acesso. É justamente a ação proposta pelo autor individual para obter um medicamento de alto custo, política pública que revela, em verdade, um direito difuso de grande relevância, já que várias pessoas precisam e ainda precisarão do mesmo serviço público. Ambas as demandas possuem alcance coletivo.

O inciso II, por sua vez, previa a demanda que tivesse “por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei”, devesse “ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”. Esse segundo caso trata de conflito

referente a uma relação jurídica plurilateral, eis que individual e coletiva ao mesmo tempo. O autor individual atua em nome próprio para a defesa de um direito seu e dos membros do grupo, como substituto processual, em uma relação jurídica que necessariamente deve ser decidida de forma uniforme entre as partes. Essa hipótese tem uma repercussão menor nos litígios estruturais. É o caso, por exemplo, do condômino que ingressa em juízo em nome próprio para a defesa da posse do condomínio, contra terceiro. O art. 1.314 do CC facultava-lhe o ingresso em juízo a título individual, mas isso não induz à constatação de que se trata de um simples direito individual. O condômino ingressa em juízo em nome próprio, mas para a defesa de direito seu e dos demais condôminos, que são substituídos processuais, os quais sofrerão os efeitos jurídicos do provimento judicial. Daí a relação plurilateral como situação jurídica necessariamente uniforme.

A Advocacia-Geral da União recomendou o veto à Presidência da República com base em fundamento genérico de que a conversão da ação individual em coletiva poderia se dar de maneira pouco criteriosa, prejudicando o interesse das partes, o que deveria se dar em lei própria. Foi apontado também que o CPC já disporia de recursos suficientes para tratar demandas repetitivas.²⁰⁵

Trata-se de veto com fundamento exclusivamente político. O acesso à justiça do autor individual não inclui a garantia de engessamento no procedimento judicialmente aplicável. No presente caso, seria perfeitamente possível ao juiz examinar e tutelar o direito do autor, inclusive mediante apreciação de eventual tutela provisória requerida, sem prejuízo da possibilidade de o provimento final advir somente após a conversão da ação individual em ação coletiva. Ao jurisdicionado não assiste o direito a uma tutela dissociada de seu alcance coletivo, quando a natureza da pretensão veiculada em juízo é nitidamente transindividual, transbordando de uma pretensão somente do indivíduo.

O sistema processual brasileiro perdeu a chance de evoluir com a previsão de mais uma importante técnica individual de repercussão coletiva, ao lado do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, que têm aplicação circunscrita somente aos tribunais. Por fim, a coletivização da demanda não tornaria prejudicada a atividade advocatícia junto a autores individuais que se habilitassem

²⁰⁵ Segue a íntegra da justificativa de veto apresentada: “da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”.

posteriormente em liquidação, em caso de procedência da demanda.²⁰⁶ Bastaria a demonstração de pertinência e ajustamento do título executivo formado com a situação jurídica individual de cada pretensão beneficiário, de modo a economizar fases individuais de conhecimento das várias ações individuais que fatalmente ainda seriam propostas. Portanto, litígios estruturais não têm como ser examinados sob a ótica individual. Seu *locus* no sistema jurídico-processual é o processo coletivo.

5.2 LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM PROCESSOS COLETIVOS: NÍVEL DE SUFICIÊNCIA?

Mesmo nos processos coletivos, a efetividade de decisões judiciais que colimam reformas estruturais condiciona-se a duas ordens de dificuldades. A primeira, de natureza

²⁰⁶ Sobre o tema, inclusive, o STJ tem posição sedimentada de que são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas (súmula nº 424). Esse entendimento é compatível com a vigência do art. 85, §7º do CPC-15, conforme a seguinte tese firmada: “PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DECORRENTE DE AÇÃO COLETIVA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. MUDANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 345 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a controvérsia relativa à condenação em honorários advocatícios na execução não embargada é de natureza infraconstitucional. 2. Sob a égide do CPC/1973, esta Corte de Justiça pacificou a orientação de que são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas (Súmula 345), afastando, portanto, a aplicação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997. 3. A exegese do art. 85, § 7º, do CPC/2015, se feita sem se ponderar o contexto que ensejou a instauração do procedimento de cumprimento de sentença, gerará as mesmas distorções então ocasionadas pela interpretação literal do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 e que somente vieram a ser corrigidas com a edição da Súmula 345 do STJ. 4. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo é a de que, nos casos de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública em que a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação, uma vez que o cumprimento de sentença é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo. 5. O procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, quando almeja a satisfação de direito reconhecido em sentença condenatória genérica proferida em ação coletiva, não pode receber o mesmo tratamento pertinente a um procedimento de cumprimento comum, uma vez que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, e a existência e a liquidez do direito dela decorrente serão objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado. 6. Hipótese em que o procedimento de cumprimento de sentença pressupõe cognição exauriente - a despeito do nome a ele dado, que induz à indevida compreensão de se estar diante de mera fase de execução -, sendo indispensável a contratação de advogado, uma vez que é necessária a identificação da titularidade do exequente em relação ao direito pleiteado, promovendo-se a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, o que torna indubitado o conteúdo cognitivo dessa execução específica. 7. Não houve mudança no ordenamento jurídico, uma vez que o art. 85, § 7º, do CPC/2015 reproduz basicamente o teor normativo contido no art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, em relação ao qual o entendimento desta Corte, já consagrado, é no sentido de afastar a aplicação do aludido comando nas execuções individuais, ainda que promovidas em litisconsórcio, do julgado proferido em sede de ação coletiva lato sensu, ação civil pública ou ação de classe. 8. Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: “**O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.**” 9. Recurso especial desprovido, com majoração da verba honorária. (REsp 1648238/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/06/2018, DJe 27/06/2018)”.

processual, relaciona-se à ausência de mecanismos adequados de tutela jurisdicional dos conflitos coletivos. A segunda dificuldade tem natureza política, relaciona-se à interferência no poder discricionário de autoridades executivas que seu cumprimento provoca.²⁰⁷

Cada uma dessas dificuldades associa-se a uma das duas peculiaridades desses litígios: a superposição de variados conflitos e interesses e a prospectividade da tutela jurídica visada. Assentada a imprescindibilidade do processo coletivo para tratar dos litígios estruturais, cabe perquirir se o processo coletivo brasileiro abarca os instrumentos jurídicos necessários e suficientes para examinar litígios estruturais.

Em seguida, cabe o seguinte questionamento: é necessário um típico processo estrutural, com teoria e institutos próprios, dissociados processo coletivo?

5.2.1 A superposição de variados conflitos e interesses e as adaptações necessárias ao processo coletivo

Os variados conflitos e interesses superpostos nos litígios estruturais evidenciam a falibilidade jurídica do atual microssistema processual coletivo brasileiro para tratar de litígios complexos. A demanda coletiva por alterações jurídicas estruturais nas organizações ocorre no direito brasileiro normalmente por meio da propositura de ações civis públicas, voltadas à tutela de interesses difusos ou coletivos, entre os quais o meio ambiente; o direito do consumidor; a proteção de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a tutela da ordem urbanística e da ordem econômica; a defesa da honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, além do patrimônio público e social.

O modelo processual coletivo brasileiro – atualmente formado pela conjugação da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.072/90) – requer flexibilização e modificações necessárias de procedimento, pois padece de falhas na formatação jurídica de representação adequada do legitimado coletivo e na participação efetiva dos atores envolvidos no litígio estrutural.

²⁰⁷ VERBIC, Francisco. *Op. cit.* p. 64-84. O autor aponta as aludidas dificuldades na Argentina, mas que são também aplicáveis ao Brasil, pois aqui também se justificam as apontadas dificuldades de ordem jurídica, em virtude da insuficiência do microssistema de processo coletivo para a garantia de direitos fundamentais, e de ordem política, como decorrência natural da imposição de obrigações de fazer do Estado-juiz ao Estado-gestor de políticas públicas.

5.2.1.1 Abertura dos legitimados coletivos à representatividade adequada: sugestão de aprovação do art. 2º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual

O art. 5º da Lei nº 7.347/1985 estabelece um rol exaustivo de legitimados à propositura da ação civil pública, e partir da alocação definitiva de 5 (cinco) órgãos e entidades públicas e de um ente privado, qual seja, associação constituída há pelo menos 1 (um) ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos direitos difusos que elenca. O art. 82, caput e §1º do CDC repete a mesma regra.²⁰⁸

Se, por um lado, o critério temporal de constituição há mais de 1 (um) ano inibe a criação de associações de fachada, constituídas unicamente com o escopo de propor ações coletivas específicas, por outro, a previsão estatutária é critério falho de avaliação. O interessado pode melhor comprovar a pertinência temática de ajuizamento com provas documentais que apresentem indícios de uma atuação permanente por meio da sociedade civil organizada, critério muito mais consentâneo com a coerência na defesa de direitos que uma mera previsão estatutária, que pode ser apenas um formalismo de constituição da entidade, posteriormente abandonado em seus projetos institucionais permanentes.

Ademais, antevedo que as ações de órgãos e entidades públicas antes configuram atos estratégicos de gestão, ainda que comprometidos com o bem comum, como pressupor a necessidade de uma atuação exclusiva do Estado para proteger direitos e interesses de grupos prejudicados? Quem garante que essa defesa desempenhará essa função melhor do que os grupos atingidos o fariam? Tal margem cerrada de definição do legislador inibe a tutela coletiva efetiva, pois desconsidera o importante papel da sociedade civil organizada na tutela coletiva, o qual independe de critérios normativos apriorísticos de avaliação judicial.

²⁰⁸ Há ainda o mandado de segurança coletivo como instrumento processual de tutela coletiva previsto no art. 5º, LXX da CF/88 e o art. 21 da Lei nº 12.016/2009, dispositivos que, ao tratarem do mandado de segurança coletivo, conferem legitimidade ativa para a tutela de direito líquido e certo aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a organizações sindicais, entidades de classe ou associações constituídas há pelo menos 1(um) ano, desde que haja pertinência temática com suas finalidades institucionais. Não se olvide também da ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII da CF/88 para que qualquer cidadão ingresse em juízo com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Como a constituição já confere legitimidade nesses casos, a discussão de representatividade adequada é desnecessária. Primeiro, porque o objetivo da análise de representação adequada é ampliar a tutela coletiva, e não restringi-la. Segundo, porque eventual restrição seria inconstitucional por ferir os mesmos incisos do art. 5º da CF/88 já citados, que configuram cláusula pétrea de acesso à justiça, oponível tanto ao legislador quanto ao constituinte reformador, portanto.

A lei pressupõe que organismos públicos e associações constituídas há mais de 1 (um) ano que incluam em seus estatutos disposição que contenha pertinência temática com o direito vindicado em juízo estejam mais afinados e comprometidos com a defesa de direitos transindividuais, aptos, portanto, a essa defesa.

Assim, o microsistema processual brasileiro ainda é engessado com uma definição *ope legis*²⁰⁹²¹⁰ de legitimados ativos para a deflagração da tutela coletiva. Nos litígios complexos, isso favorece a propositura de demandas coletivas sob a batuta de interesses estratégicos do autor coletivo que nem sempre são coincidentes com os objetivos dos grupos sociais mais afetados pela lesão ou ameaça ao direito. Tais objetivos não necessariamente precisam ser pouco republicanos. A mera constatação de que a tutela coletiva, no caso concreto, é instrumentalizada por interesses secundários, não importando quais forem, é suficiente para repensar o modelo jurídico vigente, que jamais deve se apartar da vocação natural de defender primariamente direitos de grupos sociais mais prejudicados.

Apesar disso, parte considerável da doutrina entende que a modificação do modelo vigente é inconveniente,²¹¹ pois uma ampliação para uma definição *ope judicis*²¹² seria compatível apenas com o sistema de common law e seria desnecessário, já que a coisa julgada somente se estende aos particulares para favorecê-los, de modo que eventual sentença de improcedência já não impediria outro legitimado a ingressar em juízo para buscar direito seu. Há quem defenda ainda que a previsão de controle da representatividade adequada seria inconstitucional, por afrontar a garantia constitucional do acesso à justiça, já que poderia exigir demais de um cidadão que propusesse ação popular.²¹³

²⁰⁹ Os legitimados coletivos estão taxativamente descritos no art. 5º da Lei nº 7.347/85, sem qualquer margem de apreciação pelo julgador de pessoas físicas ou jurídicas diversas que possam, em tese, defender o direito buscado em juízo de maneira adequada e eficaz.

²¹⁰ Compartilhando dessa visão de engessamento do modelo vigente: GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. v. 108. São Paulo: RT, 2003. p. 62; DIDIER JR, Fredie; Zaneti Jr., Hermes. **Curso de Direito processual Civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 217; LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 191; COSTA, Susana Henriques da. **Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 390-391; FREIRE JR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 71.

²¹¹ Nessa linha pensam ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 93-94; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005. p. 51; LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002. p. 163; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 1320. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 8. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 45-65.

²¹² Não pressuposta pela lei, mas verificável caso a caso pelo juiz.

²¹³ Esse último argumento é trazido por ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.* p. 93-94.

Ocorre que a origem de determinado instituto não deve servir de supedâneo determinante para a sua adoção ou não, devendo ser objeto de análise a sua coerência e compatibilidade com o direito nacional.²¹⁴ A necessidade de avaliação da representatividade adequada dos legitimados à tutela coletiva justifica-se propriamente não sob a ótica da possibilidade de ingresso do autor coletivo que não participou do processo original, mas sobretudo da necessidade de ampliar a participação dos atores privados. Por sua vez, ao se concretizar a ampliação potencial de legitimados, deve ser verificado caso a caso se possuem condições jurídicas de propor e prosseguir com a demanda. Ademais, como conceber inconstitucionalidade frente à garantia do acesso à justiça, se o objetivo precípua do instituto é potencialmente ampliar as possibilidades de acesso racional à tutela coletiva?

A representação adequada somente pode ser avaliada caso a caso pelo julgador, com base nos elementos de prova produzidos na demanda proposta. O problema não reside no rol de legitimados públicos, mas de agentes privados. O art. 5º, I a IV da Lei nº 7.347/85 e o art. 82, I a IV do CPC já conferem a entes e órgãos públicos legitimação, sem qualquer ressalva de apreciação pelo julgador. Contudo, exclui pessoas físicas da possibilidade de acesso à tutela coletiva. No que se refere às pessoas jurídicas privadas, confere legitimidade apenas as associações, ao dispor o art. 5º, V, a e b da Lei nº 7.347/85 e no art. 82, IV do CDC que as associações civis têm legitimidade para propor ação civil pública somente se cumpridos os requisitos da constituição temporal há mais de 1 (um) ano e da pertinência temática. A lei ainda diz que o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido (art. 5º, §4º da Lei nº 7.347/85 e art. 82, §1º do CDC). O STJ, contudo, tem assimilado o exame de pertinência temática como se fosse o mesmo que análise de representatividade adequada, o que apequena esse último conceito²¹⁵. Análise de pertinência

²¹⁴ MACEDO, Lucas Buril. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. **Revista de Processo**. v. 227. jan. 2014. p. 209-226.

²¹⁵ Nesse sentido os seguintes julgados: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA, CONSUBSTANCIADO NA PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. ACP QUE, NA REALIDADE, BUSCA RESOLVER HIPÓTESE DE COMPRA PÚBLICA DIRETA DE COMBUSTÍVEL EM VALORES ACIMA DO MERCADO. MATÉRIA INERENTE AO DIREITO PÚBLICO E QUE, EM ABSOLUTO, DIZ RESPEITO OU OFENDE DIREITOS DO CONSUMIDOR. ILEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO RECONHECIDA. AGRAVO INTERNO DO IBEDEC AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência deste STJ já firmou entendimento de que as associações, para ajuizarem validamente Ação Civil Pública, devem demonstrar, dentre outros, o requisito da pertinência temática, entre suas finalidades institucionais e o objeto da demanda coletiva. Precedentes: REsp. 1.091.756/MG, Rel. Min. MARCO

temática se limita a um exame das finalidades institucionais aparentes²¹⁶ de uma associação, configurando apenas um dos quatro fatores de análise da representatividade adequada, como se demonstrará ao final deste tópico. O resultado é um regime legal que privilegia o legitimado público, mas sacrifica o legitimado privado na possibilidade de acesso à tutela coletiva, seja por não abarcar as pessoas físicas em nenhuma hipótese, seja por somente conferir acesso a associações, mediante uma análise superficial de representação adequada, baseada apenas em análise de pertinência temática do direito discutido em juízo.

É preciso ampliar a legitimação de autores coletivos privados ao menos para mais duas vias, pela via de permissão (i) ao cidadão do acesso em juízo não só para tutelar a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural na ação popular, como já previsto no art. 5º. LXXIII da CF/88 sem qualquer restrição, mas igualmente o acesso a outros direitos e interesses difusos, desde que com representação adequada; (b) às organizações sindicais, entidades de classe ou associações constituídas para a defesa de direitos e interesses difusos por meio de uma ação coletiva, desde que com representação adequada, não se limitando a atuação desses agentes privados ao mandado de segurança coletivo, como já previsto no art. 5º, LXX da CF/88.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo editado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual²¹⁷, no ano de 2005, com a redação da professora Ada Pellegrini Grinover, busca corrigir essas incoerências. Confere em seu 19, I e II a legitimidade a qualquer pessoa física, para a defesa de interesses ou direitos difusos, e de membro de grupo, categoria ou classe, para a defesa de interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos. Nos casos desses dois incisos, é necessária análise específica da representatividade adequada, ao se prever que o juiz deverá examinar dados como a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; sua conduta em eventuais processos coletivos. Já o §1º do dispositivo, ainda que mais sutilmente, estabelece uma regra

BUZZI, Rel. p/Acórdão Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 5.2.2018 e AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp. 1.150.424/SP, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 24.11.2015) (AgInt no REsp 1350108/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018). E ainda os seguintes: EDcl no REsp 1091756/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2018, DJe 15/08/2018; REsp 1357618/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 24/11/2017.

²¹⁶ O qualificativo é proposital, em razão de uma simples análise formal do estatuto da entidade, pela redação legal, ser suficiente para avaliar se uma associação tem ou não os objetivos afinados com a pretensão deduzida na ação coletiva.

²¹⁷ Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf. Acesso em: 6 maio 2020.

geral de representatividade adequada, consignando que, na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda.²¹⁸ Cuida-se, então, de um sistema misto de análise da representatividade adequada.

Os §§2º e 3º assentam que o juiz poderá avaliar o cumprimento do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, de modo que, não estando presente uma representatividade adequada inicial ou superveniente, o Ministério Público seja notificado. Na medida do possível, também outros legitimados serão notificados a fim de que se lhes abra oportunidade de assumir o polo ativo da demanda. O art. 19 ainda acrescenta como legitimados privados as entidades sindicais (art. 19, VII), os partidos políticos (art. 19, VIII) e as fundações de direito privado (art. 19, IX)

Mas não existe só essa proposta. Há um Anteprojeto editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual²¹⁹, no ano de 2004, que estabelece em seu art. 2º dois requisitos de admissibilidade da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada do juiz: a adequada representatividade do legitimado e a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. O §2º do apontado dispositivo prevê que, na análise da representatividade adequada, o juiz deverá examinar dados como a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

O §3º obriga o juiz a avaliar o cumprimento do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, de modo que, em não estando presente uma representatividade adequada inicial ou superveniente, o Ministério

²¹⁸ Isso porque o exame da representatividade adequada requer a presença de três elementos: (a) a necessária representatividade do legitimado coletivo, de modo que seja demonstrado o interesse jurídico em propor e acompanhar a demanda e comprovada a fidedignidade de interesses na representação das partes lesadas; (b) a capacidade técnica de patrocinar a demanda, especificamente a qualificação do profissional de acompanhamento, especialização e experiência prévias em ações coletivas; e (c) a inexistência de conflitos internos dentro do grupo ou classe representados, ocasião em que poderá ocorrer divisão da classe inicialmente representada em subclasses, cada uma com seu próprio interesse em jogo. VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979. p. 270.

²¹⁹ Disponível em: <http://www.politicaeprocessos.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/02/CodigoModeloespanhol.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

Público seja notificado. Na medida do possível, também outros legitimados serão notificados a fim de que se lhes abra oportunidade de assumir o polo ativo da demanda.

O art. 2º do Anteprojeto abandona o critério *ope legis* de definição dos legitimados, assentando em cada inciso a necessidade de um juízo prévio de representatividade adequada pelo magistrado, em menor ou maior grau. Como legitimados, inova ao incluir qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

Da mesma forma, há um Anteprojeto elaborado em conjunto pelos Programas de Pós-Graduação da UERJ e da UNESA²²⁰ cujos arts. 8º e 9º praticamente reproduzem o mesmo teor do art. 2º daquele editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Ambos colimam uma análise ampla da representatividade adequada para todo e qualquer legitimado, nisso residindo a principal diferença para a proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que estabelece essa análise de forma específica para as pessoas físicas que ingressem em juízo. Uma formatação *ope judicis* dos legitimados para a tutela coletiva, tal como defendida pelas duas últimas propostas, permitiria a abertura a um acesso efetivo à tutela coletiva, minimizando o impacto de uma defesa artificial de direitos e interesses transindividuais pela sociedade, o que é indiscutivelmente bem mais prejudicial nos litígios estruturais. Isso se dá porque o processo coletivo, sobretudo o processo coletivo brasileiro atual, ao predefinir taxativamente os legitimados coletivos, abstrai as pessoas potencialmente envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Pessoaliza-os, atribuindo-se tais conflitos a legitimados aprioristicamente estabelecidos pela lei, e tratando-os, a partir de então, como se fossem direitos individuais.²²¹ Não raro, a representação pelo legitimado coletivo dos interesses metaindividuais e individuais de massa é fictícia. Prevalece a vontade

²²⁰ Disponível em: <http://www.politicaeprocessos.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/02/AnteprojetoUERJ.pdf>. Acesso em: 6 maio 2020.

²²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 426-427.

do autor coletivo na determinação da lide e na condução do processo, independentemente do anseio manifestado pela sociedade ou pelo grupo social a favor de quem se atua.²²²

A opção pelas duas últimas propostas, de formatação *ope judicis*, em relação a um modelo misto de análise, como defendido pela Instituto Brasileiro de Direito Processual, a nosso ver se justificaria diante da possibilidade, ainda que remota, de que algum ente público não promova uma defesa adequada do direito coletivo em juízo. Mesmo que não se trate de hipótese frequente, a opção por essa modalidade não representaria prejuízo. Ademais, não é raro que se veja Municípios do interior do país sem aparato jurídico suficientemente estruturado para a tutela coletiva. Ao menos para tais situações, a inadmissibilidade de ações coletivas serviria como importante fator de externalidade para uma melhoria da situação, sem a qual tais entes públicos não se preocupariam em melhorar a capacidade técnica de propor e sustentar referidas demandas.

A ausência de uma representação adequada dos direitos e interesses metaindividuais concorre negativamente como fator de simplificação no processo de um problema sério do mundo da vida, conforme demonstrado no item 3.2 do presente estudo.²²³ O juiz passa a examinar aquele problema posto somente sob as lentes do legitimado coletivo, mesmo que haja grupos sociais mais afetados. É conferido um poder processual a entidades pressupostas pela lei, sem qualquer controle de legitimidade sobre a representação adequada desempenhada no processo. Poder-se-ia argumentar que a ampliação do rol de legitimados poderia futilizar a tutela coletiva ao ponto de que qualquer pessoa possa questionar em juízo direito ou interesse difuso. Contudo, o juízo sobre a representação adequada serviria justamente para realizar uma filtragem sobre eventuais casos de utilização abusiva da via coletiva. Ademais, pernicioso é o sistema atual, premido por uma proliferação redundante e inconsequente de demandas individuais, como se fossem hábeis à solução de problemas estruturais na sociedade.²²⁴ O controle de admissibilidade da representação adequada representa uma filtragem judicial cuja finalidade é evitar demandas temerárias. Propicia uma abertura da tutela coletiva a necessite realmente dela, mas simultaneamente sem abrir mão de um controle de legitimidade. A potencialidade de agir de qualquer pessoa não significará o acesso efetivo à tutela coletiva.

²²² *Ibid.* p. 427.

²²³ Cf. nota de rodapé nº 189 deste estudo.

²²⁴ Cf. Dados acerca da proliferação de demandas individuais na nota de rodapé 176. Apenas para ilustrar, a experiência colombiana não é diferente, conforme retratada nas notas de rodapé nº 170 e 174.

A ação popular é prova desse raciocínio. Há muito o sistema constitucional brasileiro prevê a ação popular.²²⁵ Mesmo sem nenhum controle de representação adequada – já que qualquer cidadão pode propô-la –, somente poucos cidadãos efetivamente lançam mão desse importante instrumento jurídico,²²⁶ considerando a possibilidade de acionar diretamente o Ministério Público a fim de realizar a tutela dos bens jurídicos afetados com maior profissionalização (art. 129, II e III da CF/88). No caso da propositura de ação coletiva por um só indivíduo para a defesa de direito difuso, caberá ao juiz admiti-la somente quando o legitimado demonstrar adequada representatividade mediante comprovação documental de prévio histórico de vida, do qual deverá se depreender se é idôneo a defender o suposto direito então judicializado, além da mencionada relevância social, caracterizada pela natureza do bem jurídico buscado, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

A ideia originalmente partiu do sistema jurídico norte-americano, em que há muito se faz um controle de representatividade adequada para qualquer autor coletivo. Julgando o caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*,²²⁷ a Suprema Corte Norte-Americana sintetizou esse exame em quatro níveis de análise: (i) a ausência de conflito de interesses entre a parte representada e o representante; (ii) a natureza representativa da pretensão individualmente apresentada pela parte representante; (iii) a habilidade e o interesse do representante em prosseguir com a demanda; (iv) a competência do advogado da parte representante.²²⁸

²²⁵ Prevista originalmente no art. 157 da Constituição Imperial de 1824, no art. 113 da Constituição de 1934 e no art. 141, §38 da Constituição de 1946. Não satisfeito, o art. 5º, LXXIII da Constituição de 1988 ainda isentou o autor popular de custas judiciais e ônus da sucumbência. ARAÚJO, Marilene. Ação popular: exercício da cidadania e a defesa do interesse e dos bens pertencentes a todos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 91. 2015, p. 359-383. As medidas não vulgarizaram a ação popular. Contrariamente, hoje poucos cidadãos fazem uso do instituto, pois em diversos casos é muito mais simples e eficaz acionar o Ministério Público para investigar e propor uma eventual ação civil pública (art. 1º e art. 5º, I da Lei nº 7.347/85).

²²⁶ Basta cotejar os dados estatísticos de qualquer unidade jurisdicional. Passados mais de 30 (trinta) anos da promulgação da Constituição Federal, que no art. 5º, LXXIII previu isenção de custas e ônus da sucumbência, para esse tipo de demanda, não só são poucas as ações populares distribuídas em relação à fração geral de demandas propostas, como em geral representam menor número que as ações civis públicas, apesar da legitimação ampla conferida a qualquer cidadão para aqueles casos, diferentemente do rol cerrado de legitimados da ação civil pública. Segundo o Relatório Analítico Final da 2ª Edição da série “Justiça Pesquisa”, realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, a partir de amostragem aleatória e estratificada de juízes por regiões, Estados e Tribunais (Federais e Estaduais), verificou-se que a tutela coletiva representava apenas 4% dos processos em curso, correspondendo as ações civis públicas a 2,8% dos processos, ao passo que as ações populares e mandados de segurança coletivo representavam 0,3% e 0,9% dos processos, respectivamente. MENDES, Conrado Hubner; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos (coord.). **Relatório analítico propositivo – Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais – Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 99.

²²⁷ 417 U.S 156 (1974).

²²⁸ STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul law review**. v. 34. n. 1. 1984. p. 102.

É certo que o último requisito guarda pouca subsistência com a longa tradição brasileira de que ao juiz não se confere a prerrogativa de se imiscuir na relação entre representado e advogado, realizando um juízo de valor sobre os atributos da capacidade postulatória. Contudo, os três primeiros fatores poderiam e deveriam encontrar respaldo no sistema pátrio, fundado na garantia de fidelidade na tutela de direitos, de relação efetiva de representação de interesses e da capacidade técnica e vocacional do autor coletivo em prosseguir com a demanda em nome próprio.

5.2.1.2 Participação efetiva dos atores envolvidos: sugestão de modificação legislativa

No processo coletivo há um engenho jurídico que artificialmente simplifica a retratação da lide coletiva como se fosse uma lide individual manejada por um legitimado coletivo²²⁹. Quando proposta a ação coletiva, o processo prossegue como se fosse meramente individual.

Não basta que haja um legitimado coletivo com representação adequada do grupo substituído. Como abarcam superposição de vários interesses, os litígios estruturais exigem que os grupos sociais não substituídos, mas também afetados, igualmente participem efetivamente do processo, mesmo porque suportarão os efeitos jurídicos e extrajurídicos de eventual provimento desfavorável. Compondo ou não cada um dos polos da demanda, tais grupos podem e devem ser ouvidos pelo juiz. Não deve se tratar apenas de uma oitiva em contraditório formal, mas de uma escuta ativa que possibilite influir no julgamento da demanda.

Essa escuta ativa só se compraz com uma comparticipação subjetivamente ampliada²³⁰. A legislação brasileira não dispõe de instrumentos jurídicos suficientes para garantir a participação no processo da sociedade em geral. Essa insuficiência é especialmente grave nos litígios estruturais, pois são caracterizados pela convergência de interesses distintos e simultâneos e requerem do magistrado o conhecimento da dimensão de todo o problema posto. Por isso, é imprescindível a abertura para participação de diversas posições no

²²⁹ ORESTANO, Andrea. **Interessi seriali, diffusi e collettivi**: profili civilistici di tutela. Le azioni seriali. Coord. Sergio Menchini. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2008. p. 22-23. Remete-se o leitor ao tópico 3.2, especialmente às notas de rodapé nº 90 a 94, que falam das heurísticas aplicáveis ao processo judicial, evidenciadas ainda mais nos litígios estruturais, em virtude da complexidade dos conflitos em cotejo com a limitação do processo judicial enquanto instrumento de lidar com esses conflitos.

²³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 181-182.

processo.²³¹ Especificamente, vêm à pauta quatro diferentes grupos: os afetados, os responsáveis pela adoção das medidas para realizar a mudança necessária, os possuidores de conhecimento relevante e os participantes em uma posição que lhes permita bloquear ou dificultar a realização do remédio pretendido, de modo que a participação seja ativa no processo, para apontar e descrever fatos relevantes, além de propor soluções.²³²

O desafio central é o de retratar por institutos jurídicos o máximo possível do conflito no mundo real. Isso apenas é possível se houver escuta ativa pelo julgador de todos os indivíduos e grupos sociais atingidos em seus interesses (afetados), dos especialistas na temática específica debatida em juízo (*experts*) e dos participantes em eficácia de bloqueio contra eventuais soluções propostas ao final da demanda. A concorrência de participação desses três grupos sociais somente pode ser obtida por meio de um procedimento processual que tenha por obrigatória a prévia designação de audiência pública em debate do tema tratado nos autos, a concessão de prazo para habilitação de eventuais *amici curiae*²³³ e a consulta, sempre que possível, de especialistas na área, sem prejuízo de designação de prova pericial.

O processo coletivo exige do juiz uma postura necessariamente diretiva na decisão de saneamento, o que, além de não previsto no microsistema coletivo pátrio, também não guarda correspondência em atuais proposições de projeto de lei de Código Coletivo ou de controle judicial de políticas públicas.

Nesse sentido, uma tentativa de alteração legislativa adequada à flexibilização necessária de ações coletivas, que preveja a distribuição dinâmica do ônus da prova e os institutos da consulta especializada e da audiência pública obrigatória e culmine com decisão judicial de saneamento poderia ter o seguinte teor:

O juiz deverá, em decisão de saneamento e de organização do processo: I – resolver as questões processuais pendentes, se houver; II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; **III – deliberar sobre a distribuição do ônus da prova, incumbido à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração;** IV – delimitar as questões de direito

²³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 428.

²³² FERRARO, Marcella Pereira. *Op. cit.* p. 158.

²³³ A respeito da importância do *amicus curiae* como instrumento de ampliação da participação popular do processo judicial: CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 117, 2004. p. 12; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 186; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. **Revista de Informação Legislativa**. n. 153, 2002. p. 7; VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: *amicus curiae* e princípio da cooperação. *In*: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Repercussões do novo CPC – Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 275.

relevantes para a decisão do mérito; V – **consultar profissionais especialistas na área temática do litígio, realizando-se inclusive prova pericial, salvo desnecessidade devidamente demonstrada**²³⁴; VI – **designar audiência pública presencial, com possibilidade de atuação virtual**²³⁵, para a participação de pessoa física ou jurídica que pretenda manifestar-se, desde que com representatividade adequada, com antecedência mínima de 20 (vinte) dias da publicação de edital de chamamento, ocasião em que deverão apresentar manifestação inclusive por escrito, sob pena de preclusão; VII – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. §1º A realização de audiência pública será precedida de chamamento de eventuais interessados por edital, na forma descrita para as citações por edital, na forma do art. 257 e 259, inciso III da Lei nº 13.105/15. §2º Os interessados, que deverão cumprir o requisito da representação adequada, comparecerão pessoalmente à audiência pública, apresentando ao juízo os argumentos levantados na manifestação escrita, os quais deverão ser enfrentados, caso tenham o condão de, em tese, infirmar a conclusão do julgador em sentença. §3º Os interessados que formem grupos interessados de pessoas deverão constituir um representante uno, responsável pela apresentação escrita dos argumentos previstos no §2º. §4º Somente serão apreciados os argumentos escritos de interessados individuais que sejam distintos dos já apresentados em grupo, sem prejuízo de que sejam juntados os autos dados adicionais a respeito de informações já apresentadas. §5º Eventual homologação de delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, ou de transação, deverá ser precedida necessariamente de intimação dos interessados, podendo os membros do grupo, categoria ou classe se desvincularem da transação, dentro de prazo fixado pelo juiz (**grifo proposital**).

As alterações propostas em negrito configuram as adaptações feitas para a ação civil pública da decisão de saneamento prevista como regra do art. 357 do Código de Processo Civil para o processo individual, por uma questão facilitadora de didática. É muito mais fácil conceber a diferença entre decisão saneadora em processo coletivo e em processo individual a partir de um estudo comparativo. O objetivo aqui é sobretudo partir desse dispositivo legal vigente como parâmetro de aferição de eventuais adaptações necessárias para garantir uma melhor participação efetiva dos atores envolvidos no processo coletivo.

O inciso III aponta para uma distribuição dinâmica do ônus da prova em litígios complexos, em que é impossível antever, sem um caso concreto, a distribuição adequada do

²³⁴ A remissão expressa à obrigação de consulta e de realização de prova pericial é proposital. Perceba-se que essa é a regra, a exceção na verdade é a não realização da consulta e prova pericial, desde que devidamente demonstrada a desnecessidade pela autoridade judicial. Isso porque o dever de consultar e periciar presume que um conhecimento conglobante da causa, em regra, requererá do magistrado uma opinião técnica embasada suplementar. Não minora a liberdade de decidir, pois consultar ou periciar será sempre uma decisão fruto de convencimento motivado, ainda que sucinto, desde que completo. O objetivo é chegar a uma decisão melhor.

²³⁵ A remissão expressa à atuação virtual decorre da importância do uso da internet, dos meios eletrônicos e da tecnologia como meio de ampliação da participação direta e indireta no processo. A importância desses fatores é realçada por Felipe Barreto Marçal. MARÇAL, Felipe Barreto. Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório. *Revista de Processo*. v. 283. 2018. p. 107-131. A atuação virtual permite a presença daqueles que por razão justificada não possam se deslocar ao local designado para a audiência pública, ampliando o debate. Nada impede que seja apazada para o mesmo dia, em continuação à audiência presencial, estando presentes tanto a plateia presencial quanto a virtual. Por outro lado, exige por necessidade que se faça um controle de representatividade adequada do *amicus curiae*, sob pena de inviabilizar o prosseguimento do processo.

ônus da prova. Para tanto, aproveitada a redação do art. 19, §1º do Anteprojeto de Código Coletivo elaborado pela UERJ e pela UNESA,²³⁶ que aponta que o ônus da prova incumbe à *parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.*²³⁷

Prosseguindo, os incisos V e VI tratam de intervenções de terceiros no processo a títulos de *amici curiae*. A consulta (inciso V) como convocação de ofício pelo juiz de especialista na área para contribuir com a discussão. A audiência pública (inciso VI) como oportunidade a que outras pessoas contribuam por vontade própria.

O inciso V parte da premissa da necessidade de consulta a especialistas na área temática do processo coletivo e da designação de audiência pública como condição geral de procedibilidade de um processo coletivo justo e adequado à tutela coletiva. A representatividade adequada é pressuposta, já que perderia qualquer sentido que o magistrado convocasse alguém que, no seu entender, não teria credibilidade e capacidade para ajudar no deslinde do mérito da causa.

Nessa tarefa, o instituto da consulta especializada poderá ser somente excepcionalmente dispensado pelo juiz, caso devidamente demonstrada a sua desnecessidade, em vista da notoriedade do tema tratado, por exemplo. Da mesma forma a perícia, como caso o objeto da demanda não envolva aspecto técnico relevante, ou outra perícia tenha sido produzida antes ou durante a fase processual, sem impugnação da parte contrária. A dispensa excepcional da consulta especializada e da perícia tem um grande efeito simbólico sobre o processo: a finalidade é evidenciar que para julgar uma causa coletiva complexa não se pode prescindir do poder instrutório do magistrado, como acontece diversas vezes no processo individual. O processo coletivo atinge um conjunto de pessoas, o devido processo legal nesses casos exige uma postura diretiva voltada ao máximo esclarecimento das situações que perpassam a complexidade da lide coletiva.

²³⁶ Cf. Nota de rodapé nº 196.

²³⁷ Essa redação aduz que caberá ao juiz examinar a distribuição do ônus da prova a cada decisão saneadora. Portanto, um modelo autêntico de distribuição dinâmica do ônus da prova. Apenas a primeira parte dessa regra se repete no art. 10, §1º do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (cf. nota de rodapé nº 193), complementando o §2º que “o ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, foi verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente”, o que faz presumir que a distribuição estática é a regra. A preferência da distribuição dinâmica como regra, e não como exceção, justifica-se pela complexidade dos processos coletivos, a qual recomenda ao magistrado uma apreciação livre de qualquer concepção prévia acerca da capacidade técnica, econômica e jurídica das partes. Somente a cada caso referidos aspectos devem ser avaliados.

O art. 25 do Anteprojeto de Código Coletivo apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual²³⁸ destina os recursos do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, entre outras finalidades, para antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que permite o custeio das consultas e perícias realizadas, especialmente nos casos em que a parte seja beneficiária da justiça gratuita.

Por outro lado, justamente com o objetivo de se garantir a desejada participação ampla de interessados, a designação de audiência pública mediante prévio chamamento público por edital não poderá ser dispensada. Deverá ser fase obrigatória do procedimento. Caso ninguém venha aos autos após o chamamento público, a finalidade processual do ato foi praticada, apenas não houve manifestação de interessados.

Como já acontece nas ações de usucapião de imóvel e de recuperação ou substituição de título ao portador, cria-se uma nova hipótese de citação por edital de interessados incertos ou desconhecidos, como prevê o art. 259, III do CPC (§1º).

O §2º do dispositivo apresentado prevê que eventuais interessados comparecerão pessoalmente à audiência pública. Isso otimiza uma filtragem de participação em favor somente de reais interessados, sem a possibilidade de utilização de prepostos. Presentes à audiência, os interessados deverão apresentar manifestação escrita, de modo a se prevenir que depois se alegue, ocasião em que os argumentos colhidos deverão necessariamente ser enfrentados, caso tenham o condão de, em tese, infirmar a conclusão do julgador em sentença.

O requisito da representação adequada para a manifestação de potenciais interessados se afina ao art. 138 do CPC, que permite ao juiz, de ofício ou a requerimento, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, solicitar ou admitir quem pretenda se manifestar nos autos, desde que com representação adequada. Como na lide coletiva a relevância da matéria e a repercussão social já são suficientemente pressupostas - considerada sobretudo a potencialidade de influir na vida de um conjunto de pessoas, mais ou menos determinado -, endossar a negativa a uma ampliação de participação dos envolvidos seria incompatível com um modelo de processo democrático.

Por fim, entende-se que a análise da representação adequada para efeito jurídico de admissão do *amicus curiae* é diferente daquela exigida para o legitimado extraordinário. Deve bastar-se unicamente na potencialidade de influir no mérito da demanda, em razão do

²³⁸ Cf. Nota de rodapé nº 193.

conhecimento e idoneidade para colaborar com o julgamento em evidência, mesmo que não represente um grupo ou segmento social específico.²³⁹ O compromisso da intervenção do *amicus curiae* decorre mais do escopo de uma decisão judicial mais justa advinda da ampliação de conhecimento sobre a causa através de sua atividade colaborativa²⁴⁰ que a garantia de representatividade dos afetados, tanto que as disposições legais que preveem essa modalidade de intervenção de terceiros consignam que a decisão de admissão ou não é irrecorrível (arts. 138; 950, §3º e art. 1.035, §4º do CPC, neste último caso em combinação com a Emenda Regimental nº 21/2007 do RISTF). Pode ou não ter interesse na causa, mas a relevância de sua participação decorre sobretudo da sua potencialidade de colaboração.²⁴¹

A parte final colima às manifestações escritas a garantia de apreciação, evitando que as reais contribuições sejam simplesmente negligenciadas no momento da decisão, como prevê o art. 489, §1º, IV do CPC para os argumentos levantados pelas partes. Enfim, trata-se

²³⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 138. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 244. “A adequação do *amicus* relaciona-se intensamente com o objeto do processo e não com qualquer uma das partes da relação processual, enquanto a do portador em juízo dos direitos metaindividuais está umbilicalmente ligada à coletividade por ele representada e que integra um dos polos da relação processual. A representatividade adequada aqui não possui relação alguma com a legitimidade de agir porque não há na hipótese representação nem substituição processual, mas sim com a qualificação do terceiro que pretende intervir no processo”. CALDO, Diego Santiago Y. *Amicus curiae* no direito norte-americano e no brasileiro. **Revista de Processo**. V. 284. 2018. p. 463-491. Por essa razão, Eduardo Talamini assenta que a avaliação de representatividade adequada é, em verdade, uma avaliação de contributividade adequada, ou seja, a avaliação do grau de importância de contribuição do interveniente, justificadora de sua intervenção no processo. TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). **Breves comentários ao novo Código de processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 470.

²⁴⁰ Justamente por isso, é fundamental que o *amicus curiae* tenha conhecimento específico sobre a matéria objeto da lide, de modo a propiciar ao juiz elementos e informações relevantes para solucionar bem a causa. Sua intervenção é meramente colaborativa, não tem por função comprovar fatos, mas sim opinar sobre eles e interpretá-los segundo seus conhecimentos técnicos específicos, a fim de auxiliar o juiz no julgamento da causa. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 193-194.

²⁴¹ Essa parece ser também a visão do STF sobre a natureza jurídica do instituto: “Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AMICUS CURIAE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO NÃO APRECIADO ANTES DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DE AMICUS CURIAE, CUJA EVENTUAL DISPENSA NÃO ACARRETA PREJUÍZO AO POSTULANTE, NEM LHE DÁ DIREITO A RECURSO. 1. O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado. 2. A participação do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de habilitação de *amicus curiae* não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido. 3. Embargos de declaração não conhecidos. (ADI 3460 ED, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2015 PUBLIC 12-03-2015)”.
 2015 PUBLIC 12-03-2015”.

de uma garantia de efetiva participação dos *amici curiae* cujas contribuições relevantes devem ser levadas em consideração pelo julgador na hora de decidir.²⁴²

Por sua vez, os §§3º e 4º estabelecem que o grupo de interessados necessariamente deverá constituir um representante²⁴³, responsável pela manifestação escrita dos argumentos, ao passo que os interessados individuais terão seus argumentos subsidiariamente apreciados, ou seja, apenas se não coincidentes com argumentos de grupo já apresentados, sendo necessário o acréscimo de algo. A apontada propositura busca tornar possível a participação no processo, pois seria inviável continuar uma relação processual em que todos os eventuais interessados em uma demanda difusa manifestassem interesse. Se já é difícil conciliar a manifestação de todos os grupos sociais, bem mais difícil será conciliar a manifestação de todos os indivíduos potencialmente interessados.

Se é certo que a apresentação direta de interesses sem representantes por todos os eventuais interessados existentes leva a uma constatação da forma mais exata possível da manifestação de vontade, devendo ser ao máximo privilegiada²⁴⁴, viabilizá-la processualmente é tarefa quase impossível. Por isso, no caso de interessados em grupo, deverá haver a constituição de um representante, a ser realizada como ato *interna corporis* do próprio agrupamento de pessoas.

Por fim, o §5º traz a cara preocupação com a celebração estratégica de acordos em ações de relevante dimensão social, preocupação frequentemente debatida pela doutrina norte-americana. Isso porque é frequente, em um sistema aberto de legitimados para ações coletivas, a colusão de profissionais do direito por interesses estratégicos, especialmente de grandes grupos econômicos. É possível haver uma convergência na celebração de acordos favoráveis aos advogados patrocinadores da causa coletiva, interessados em eventual solução célere e simplificada da demanda em cotejo com ganhos remuneratórios consideráveis, e os

²⁴² A mesma preocupação traduzida no enunciado nº 128 do Fórum Permanente de Processualistas Cívics: “no processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do §1º do art. 489”.

²⁴³ O representante não precisa ser unanimemente eleito pelo grupo, sob pena de inviabilizar democraticamente a participação, já garantida por uma maioria. Assim dispõe o enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualistas Cívics: “a representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

²⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de direitos individuais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 153-154. O apontado autor ainda aponta preocupação corrente no direito norte-americano acerca da relação entre o direito à proteção pessoal e própria dos direitos e o modelo de representação, aduzindo a necessidade de preservação da autonomia individual do direito à tutela jurisdicional, que somente deve ser excepcionalmente relativizada. REDISH, Martin H. **Wholesale justice** – constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit. Stanford: Stanford University Press, 2009. p. 135.

demandados coletivos, interessados em uma solução menos custosa diante da possibilidade de suportar o mérito desfavorável da causa ao final.

Para a sociedade, incluindo-se os grupos sociais mais atingidos, há custos consideráveis e possíveis em certos acordos: a perda de oportunidade de dissuasão do conflito e de recursos advinda de eventual acordo desvantajoso, mesmo em vista de um prognóstico meritório favorável.²⁴⁵

A prévia necessidade de oitiva de interessados subsidia o magistrado de maiores elementos para recusar eventual homologação a acordo celebrado. No caso de interessados já constituídos no processo nas audiências públicas, deverá ser feita intimação pessoal, sem prejuízo de que seja publicado um edital para a manifestação de potenciais interessados que discordem motivadamente da avença realizada, sem que ainda tenham se manifestado no processo. A previsão repercute a proposta de art. 35 do Anteprojeto de Código Coletivo da UERJ e da UNESA, que prevê que as partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

No caso da defesa de direitos individuais homogêneos, é possível que eventuais demandantes individuais discordem dos termos de acordo, denegando-lhes eficácia e optando pela via individual da pretensão buscada, tal como já faculta o art. 103, §3º do CDC (Lei nº 8.072/1990). Por isso, não há empecilho à transação mesmo em direitos individuais homogêneos, é mantida a autonomia individual de cada substituído em aderir ou não ao acordo.

Enquanto a reforma processual não chega, cabe ao magistrado introjetar como diretor do processo a necessidade de adaptar o procedimento quando do saneamento do feito, convocando os *experts* e os eventuais interessados por meio da tímida e genérica previsão do art. 138 do CPC. Essa disposição permite ao juiz, mesmo de ofício, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, de modo a contribuir com o deslinde da causa.

²⁴⁵ HENSLER, Deborah R. **Class action dilemmas** – pursuing public goals for private gains. Santa Monica: RAND. 2000. p. 10.

Para tal mister, contudo, é essencial transformar no juiz da tutela coletiva em figura do gestor extraprocessual para o endoprocessual, percepção que também precisa ser introjetada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ao menos em matéria de resolução efetiva de conflitos complexos, o magistrado tão útil à administração logística de múltiplas demandas em unidades judiciárias perde espaço para o gestor do conflito, capaz de sanear efetivamente o litígio complexo em sua plenitude.

Finalmente, essa feição de abertura dos processos coletivos à participação ativa dos atores envolvidos no litígio tem forte dimensão de fortalecimento do processo democrático. A formulação de políticas públicas na nossa sociedade é frequentemente marcada pela predominância dos grupos sociais com maior influência política e econômica. Nas esferas legislativa e executiva, nem todos os interesses são ouvidos, e mesmo estas vozes não têm o mesmo peso na tomada de decisões.²⁴⁶

O processo coletivo torna-se simbolicamente um instrumento de efetiva garantia de direitos aos grupos alijados da democracia eletiva, ainda que não para reforma de decisões políticas, mas para a correção jurídica de opções politicamente ofensivas à lei e à Constituição.

5.2.2 A prospectividade da tutela visada e as adaptações necessárias ao processo coletivo

Do mesmo modo que a característica anterior, a prospectividade da tutela visada nos litígios complexos impõe ao processo coletivo adaptações jurídicas necessárias, especialmente no campo de compreensão da estabilização processual da demanda e da coisa julgada.

5.2.2.1 Relativização da regra de estabilização da demanda do art. 329 do Código de Processo Civil: sugestão de aprovação do art. 10, caput e §§1º e 2º do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual

Prevista no art. 329 do CPC, a regra geral de estabilização da demanda determina que o autor poderá, até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu, bem como, até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Após o saneamento do processo a demanda

²⁴⁶ ROSENBERG, Gerald F. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 9.

se estabiliza, sem que possam ser alterados o pedido ou a causa de pedir. Isso é um problema nos litígios estruturais.

Essa visualização retrospectiva do litígio, que se forma a partir de um fato sobre o qual incide uma norma jurídica justificadora de uma causa de pedir, hábil à dedução de um pedido em juízo, é incompatível com a natureza dos litígios estruturais, que se embasam em uma pretensão prospectiva de tutela jurisdicional. É impossível antever, nesse contexto mais complexo, todas as discussões que surgirão ao longo das fases de conhecimento e execução, assim como pressupor um engessamento no pedido e na causa de pedir propostas.

Imagine-se o caso da ação civil pública proposta pelo Ministério Público para a construção de creche em Município que não disponha de serviço de educação infantil para crianças de até 5 (cinco) anos de idade em garantia para toda a população, como manda o art. 208, IV da CF, norma constitucional acabada que confere esse direito à população sem a necessidade de qualquer regulamentação pelo legislador.²⁴⁷

²⁴⁷ Essa é inclusive a posição há muito sedimentada pelo STF desde a ADPF nº 45-MC/DF, e ratificada posteriormente pelas turmas do STF em várias oportunizadas, conforme traduzido por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux: AGRAVO DE INSTRUMENTO. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 2º; 208, I, § 1º; 212, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, devendo o Estado criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. ADPF 45-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.5.2004, cuja ementa transcrevo naquilo que interessa: "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."[...] A Constituição Federal, em seu art. 208, IV, garante ao infante de até 05 anos o direito à educação, assegurando-lhe o atendimento em creche ou pré-escola próxima à sua residência. A Lei 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação, em seu art. 11, V, atribui aos Municípios a competência para garantir a educação infantil. Negado ou dificultado o acesso à educação infantil, violando, assim direito fundamental subjetivo ao ensino, cabe a intervenção jurisdicional a fim de garantir a efetividade dos preceitos legais e constitucionais. Alegação de superlotação nas creches e pré-escolas e de incapacidade orçamentária que não restaram comprovadas nos autos. Descabe condenar o Município a pagar honorários ao FADEP, já que o custeio do serviço público prestado pela Defensoria Pública é ônus do Estado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA Nas razões do apelo extremo, a recorrente aponta violação aos arts. 2º; 208, I, § 1º; 212, § 3º, da Constituição Federal. O Tribunal de origem negou seguimento ao recurso extraordinário por tratar de matéria já consolidada neste Tribunal. Brevemente relatados. DECIDO. A irrisignação não prospera. Isso porque a tese veiculada no apelo extremo destoa da jurisprudência desta Corte. O acórdão recorrido confirmou a sentença e entendeu que é dever do Estado a disponibilização de vagas em creche municipal, independentemente da discricionariedade da Administração. O Supremo Tribunal Federal, em tema que envolve a integridade dos direitos individuais previstos constitucionalmente, acolheu a tese contida no presente recurso extraordinário, ao apreciar a ADPF 45-

MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.5.2004, cuja ementa transcrevo naquilo que interessa: "ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES em TORNO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)." Este pensamento também restou consolidado por ambas as Turmas desta Corte, no que toca à educação *infantil*, para estabelecer que esta é prerrogativa constitucional indisponível, devendo o Estado criar condições objetivas que possibilitem o efetivo *acesso a* creches e unidades pré-escolares. Deveras, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de considerar como norma de eficácia plena o direito à educação previsto no inciso IV do art. 208 do Magno Texto. Porquanto, se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas. Nesse sentido, o RE 463.210-AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 03.02.2006; RE 384.201-AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007; e, mais recentemente, o RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009, cujo trecho da ementa transcrevo: "CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO *INFANTIL*. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO." Leia-se, ainda, a ementa do RE 410.715-AgR, sob a relatoria do ministro Celso de Mello: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO *INFANTIL* - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF , ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF , ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO . - A educação *infantil* representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o *acesso à* pré-escola (CF , art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica , em consequência, impõe , ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação *infantil*, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem , de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF , art. 208, IV), o efetivo *acesso* e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar , injustamente, por inércia , o integral adimplemento, pelo Poder Público , de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação *infantil*, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente , no ensino fundamental e na educação *infantil* (CF , art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional , juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções , tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF , art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - embora resida, primariamente , nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível , no entanto, ao Poder Judiciário , determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina. No mesmo sentido: AIs 592.075-AgR, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 781.468, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia; bem como os REs 401.673-AgR e 411.518-AgR, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 410.715-AgR e 436.996-AgR, sob a relatoria do ministro Celso de Mello; 463.210-AgR, sob a relatoria do ministro

Na instrução probatória, fica devidamente comprovada pelo ente público a inviabilidade de construção de nova unidade, por razão justa, sendo verificada a possibilidade de apontado serviço ser abarcado com igual eficiência por meio de unidade de atendimento já existente, a qual pode ser ampliada para abarcar toda a população, de modo inclusive menos oneroso ao erário.

Na sentença, ao verificar o descumprimento da norma constitucional em questão, a partir de omissão inconstitucional configurada na desobediência ao dever do Estado de garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade, o juiz decidiu pela procedência parcial do pedido para determinar que o ente público, em prazo razoável, operacionalize plano de atuação para atendimento integral à demanda estudantil, mediante a extensão da unidade de atendimento já existente.

A rigor, se seguida à risca a regra do art. 329, I e II do CPC, o pedido da demanda encontra-se estabilizado na construção de uma nova creche. Após tomar conhecimento das alegações do ente público réu, somente pode haver alteração do pedido autoral até o saneamento do processo, ainda assim desde que aquele consinta. A insuficiência da tutela jurídica do direito vindicado é evidente no caso examinado. O juiz não poderia ter prolatado sentença em favor da ampliação da unidade de atendimento existente, ainda que as duas partes, mesmo que não concordassem com o mérito da causa, após a fase de saneamento, anuissem que o pedido mais adequado para o caso seria a ampliação da estrutura estatal existente, e não a construção de uma nova escola.

Pela regra vigente, a demanda deveria ser julgada improcedente, sob pena de sentença *extra petita*, por melhor que fosse o fundamento para não fazer assim. Não caberia, portanto, uma alteração do pedido para a reforma e extensão de uma unidade construída. Assim, a aplicação da norma em exame é insuficiente para os litígios complexos cuja superveniência de situações de fato inesperadas podem alterar tanto o pedido quanto a causa de pedir, ainda na fase de conhecimento.

Transpasse-se agora o problema do engessamento do pedido para a causa de pedir. Resgate-se o caso da ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Estado de

Carlos Velloso; 464.143-AgR, sob *a* relatoria da ministra Ellen Gracie; 554.075-AgR, sob *a* relatoria da ministra Cármen Lúcia; 592.937-AgR, sob *a* relatoria do ministro Cezar Peluso; e 594.018, sob *a* relatoria do ministro Eros Grau. Por derradeiro, anoto que *a* decisão recorrida prestigia o dever constitucional do Estado de assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à educação (cabeça do art. 227). Mais: prestigia valores constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana. Pelo que se sobrepõe à própria cláusula da reserva financeira do possível. Com essas considerações, NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento. Publique-se. Brasília, 14 de setembro de 2011. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente”.

São Paulo, estudado no item 3.1 deste trabalho. O objeto é a obrigação de o poder público construir novas unidades da Fundação Casa (antiga FEBEM) na região do ABC paulista, a configurar violação dos art. 94; 120, §1º e 124 da Lei nº 8.069/1990 e do art. 227, §3º, V da CF.²⁴⁸ Suponha-se que a ação foi proposta em virtude de violação qualificada ao art. 120, §1º, III e IV da Lei nº 8.069/1990 em razão da falta de condições mínimas de salubridade, uma vez que as instalações existentes não cumpriam com nenhum dos requisitos previstos no Anexo II da Portaria nº 647/2008 do Ministério da Saúde.

O sentido e alcance de “condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança” é indeterminado, mas, ainda assim, verificável a partir dos estudos científicos existentes e sobretudo das normas técnicas aplicáveis, o que induz a possibilidade de controle judicial em caso de omissão administrativa do poder público.

Ao tempo da audiência de instrução, contudo, observa-se que a propositura da demanda induziu positivamente o ente público a reconhecer a situação de ilicitude, promovendo reforma necessária a que fossem cumpridos os requisitos mínimos de salubridade previstos no Anexo II da Portaria nº 647/2008 do Ministério da Saúde. No entanto, descortinou-se uma nova situação fática: a superlotação repentina da unidade, permeada por um quantitativo correspondente ao dobro de sua capacidade máxima, permanecendo a violação constitucional e legal mencionada, agora não por descumprimento técnico do Anexo II da Portaria nº 647/2008 do Ministério da Saúde, mas do art. 1º da Resolução nº 46/96 do CONANDA, a estabelecer que nas unidades de internação não será atendido um número de adolescentes superior a quarenta.

A rigor, ainda que descortinada uma nova causa de pedir em momento posterior ao saneamento do feito, o magistrado estaria jungido ao pedido e à causa de pedir estabilizados na regra do art. 329 do CPC. Sem desconformidade nas condições de salubridade da unidade de internação, a demanda seria julgada improcedente, ainda que a ilegalidade nas condições subsistisse, desta vez não de salubridade, mas de habitabilidade.

Esses dois casos evidenciam a necessidade de uma interpretação ampliativa do pedido e da causa de pedir nas demandas que envolvem litígios estruturais, sob pena de tornar a tutela jurisdicional pleiteada completamente inútil. Nesse ponto, há três propostas distintas²⁴⁹ já descortinadas: (i) a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir *até a decisão saneadora*, desde que, realizada de boa-fé, não prejudique injustificadamente a

²⁴⁸ Cf. nota de rodapé nº 86.

²⁴⁹ Com grifo nosso para que seja didaticamente bem esclarecida a diferença entre elas.

parte contrária, a celeridade e o bom andamento do processo (art. 15 do Anteprojeto de Código Coletivo do PPGD da UERJ e da UNESA);²⁵⁰ (ii) a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir *até a prolação da sentença*, desde que, realizada de boa fé, não prejudique injustificadamente a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante a possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo da demanda (art. 4º, § único do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual);²⁵¹ (iii) a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir *a qualquer tempo e grau de jurisdição*, desde que, realizada de boa fé, não prejudique injustificadamente a parte contrária e o contraditório seja preservado, podendo inclusive haver emenda da petição inicial após ouvidas as partes (art. 10, §§1º e 2º do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual)²⁵².

A primeira proposta é insuficiente. Ainda que não preveja a necessidade do consentimento do réu, como faz a regra geral de estabilização da demanda do art. 329, II do CPC, continua a ser possível a alteração do pedido ou da causa de pedir somente até o saneamento do processo. Ainda que realizada de boa-fé, não prejudique injustificadamente a parte contrária, a celeridade e o bom andamento do processo, não poderá o magistrado acolher qualquer alteração na estabilização da demanda após essa fase processual. Como resultado, eventuais alterações de pedido e causa de pedir advindas de modificações no estado de fato ou de direito da pretensão veiculada pelo autor não poderão ser conhecidas no mesmo processo, o que gera uma decisão artificial do problema estrutural posto em juízo. Além disso, a remissão expressa de que as modificações não poderão ensejar prejuízo ao “bom andamento do processo” refletem essa visão artificial, pois de que adiantará prosseguir em um processo fadado a uma solução somente aparente do objeto proposto? Ao cabo, será necessária uma nova demanda para solucionar a questão.

A segunda propositura representa o avanço de permitir alteração no objeto do processo até a prolação da sentença, reconhecendo ser possível a superveniência de modificações de fato e de direito até esse momento processual. Também se ampara no pressuposto de que qualquer alteração deve ser seguida da possibilidade de exercício do contraditório pela parte contrária, exigência da própria angularização processual. Contudo, que impede que essa modificação do pedido ou causa de pedir aconteça após a prolação da

250 Cf. Nota de rodapé nº 197.

251 Cf. Nota de rodapé nº 194.

252 Cf. Nota de rodapé nº 196.

sentença, já que se trata de situações alheias à vontade das partes? Idêntico raciocínio da inadequação da primeira alternativa se mantém nessa segunda.

A terceira proposta parece abarcar essa solução. É preferível que a modificação do pedido ou da causa de pedir aconteça a posteriori, ainda que depois de prolatada a sentença, em vez de compelir a parte a ingressar em juízo para que o novo pedido ou causa de pedir seja conhecido pelo juiz. Perceba-se a possibilidade de que, exercido o contraditório pela parte contrária, esta sequer conteste a alteração do pedido ou da causa de pedir e não requeira a produção de novas provas, de modo que a demanda poderá inclusive prosseguir normalmente, com ganho em efetividade e celeridade, sem qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. Realizada a modificação do pedido ou da causa de pedir na instância superior, haverá uma avaliação judicial da amplitude de cognição do juiz sobre o objeto litigioso proposto, de modo a que, havendo prejudicialidade, sejam remetidos os autos ao primeiro grau, para evitar a supressão de instância. Essa visão reforça o processo como instrumento de tutela do direito material, de nada adianta uma relação processual angularizada artificialmente em prol de uma sentença meritória que não resolva o problema estrutural proposto.

O art. 10, §1º do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual assenta que o juiz permitirá a emenda da petição inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir, somente fazendo remissão expressa à necessidade de respeito à boa fé, à ausência de prejuízo injustificado e à preservação do contraditório no art. 10, §2º. Uma interpretação sistemática dos dispositivos induz à conclusão de que (i) angularizada a relação processual, antes mesmo do saneamento, o juiz deverá conferir ao autor a possibilidade de emenda da petição inicial, caso em que, se pedida, deve ser acolhida, já que direito autoral potestativo conferido expressamente pelo art. 10, §1º; (ii) ultrapassada a fase de saneamento, as modificações somente serão possíveis se realizadas de boa fé, sem prejuízo à parte contrária e em respeito ao contraditório, o que implica em dois momentos distintos em que oportunizada a manifestação da parte contrária: um, antecipadamente à decisão de acolhimento ou não do pleito de alteração do pedido ou da causa de pedir; outro, após a referida decisão, justamente para preservação de exercício do contraditório a que o dispositivo pleiteia. Somente existe necessidade de manifestação prévia acerca da alteração do pedido ou causa de pedir após o saneamento do processo, eis que dependente de avaliação judicial.

Assim, somente a terceira proposta se amolda à necessidade de maior maleabilidade na estabilização de demandas estruturais. A complexidade de cognição dessas causas deve atar o juiz ao problema pressuposto, e não à exatidão do pedido e da causa de pedir propostos.

Ainda vale salientar que essas alterações podem conformar inclusive uma nova avaliação da distribuição do ônus da prova. Não por outra razão, as três propostas de Anteprojeto de Código Coletivo preveem regra segundo a qual a modificação de fato ou de direito relevante para o deslinde da causa no curso da fase instrutória da demanda poderá fazer o juiz rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária.²⁵³

5.2.2.2 Necessidade de aderência da fundamentação aos limites objetivos da coisa julgada: sugestão de aprovação legislativa do art. 34 do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual

Com igual sorte, a mesma característica da prospectividade da tutela jurídica buscada repercute na adaptação dos limites objetivos da coisa julgada nos litígios estruturais. A definição dos limites objetivos apresenta grande importância prática no estudo da coisa julgada, pois significa delimitar o objeto sobre o qual incide a imutabilidade e a indiscutibilidade da coisa julgada. No âmbito dos processos que ensejam medidas estruturais, o tema ganha relevância especial, haja vista a complexidade do cumprimento de decisões judiciais, a exigir uma adequada delimitação do objeto da efetivação da decisão. Isso porque a própria executividade do julgado está demarcada pelos limites objetivos da coisa julgada.

Historicamente, identificam-se duas orientações sobre os limites objetivos da coisa julgada.²⁵⁴

A primeira, formulada por Savigny, prevaleceu até a edição do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung* – ZPO) em 1877, defendia que todos os elementos da sentença estariam abrangidos pela coisa julgada, inclusive os motivos da decisão que fossem objetivamente uma parcela da relação jurídica, excluídos apenas os motivos consistentes em

²⁵³ Art. 10, §3º do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Art. 12, §2º do Anteprojeto de Código coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Art. 19, §2º do Anteprojeto de Código Coletivo apresentado pelo PPGD da UERJ e da UNESA.

²⁵⁴ Sobre a abordagem histórica aqui desenvolvida: CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 97-99; TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 269-275.

fatores de convencimento puramente subjetivos do julgador. Tal concepção influenciou a legislação processual brasileira, notadamente o Regulamento nº 737/1850 e o CPC de 1939, conforme previsão do art. 287, § único, que previa que considerar-se-iam decididas todas as questões que constituíssem premissa necessária da conclusão.

A segunda orientação, por sua vez, restringe o objeto da coisa julgada ao dispositivo da sentença, entendimento que passou a prevalecer na tradição continental europeia clássica a partir da edição do ZPO alemão (1877). No processo civil brasileiro, a limitação do objeto da coisa julgada ao dispositivo da decisão foi adotada, primeiro, no CPC de 1973, seguindo a orientação da doutrina brasileira, ao lado da literatura europeia e latino-americana. Assim, segundo a concepção tradicional do apontado diploma, repetida parcialmente no CPC em vigor, a coisa julgada restringe-se ao dispositivo da decisão, ao objeto litigioso do processo, excluindo-se os fundamentos decisórios dos seus limites objetivos.

Esse modelo tradicional de coisa julgada foi especialmente criticado por Antônio do Passo Cabral, por ser um sistema retrospectivo e estático,²⁵⁵ entre outras características. O formato tradicional da coisa julgada é retrospectivo porque voltado ao passado e fundado na imutabilidade. É um sistema que não funciona adequadamente diante das mudanças características da sociedade contemporânea. Por isso, é necessário um exame prospectivo das estabilidades, a partir do conceito de continuidade jurídica.

Trata-se de modelo estático, porque a norma jurídica da sentença é vista como um conteúdo dado – análise estanque do dispositivo –, esquecendo-se que a decisão se posiciona no fim de uma cadeia de muitos outros atos processuais. Com isso, despreza-se que o processo é um ambiente de diálogo, influência reflexiva e cooperação. Assim, esse formato tradicional da coisa julgada acarreta o isolamento da conclusão da decisão, plasmada no dispositivo. Por isso, implica desprezo pela argumentação empreendida no processo. Esse modelo não é idôneo a lidar com medidas estruturais tomadas na implementação de direitos.

Como visto anteriormente, lidam com um cenário de intensa dinamicidade, mutabilidade e fluidez das políticas públicas, tendo em vista que os modelos de gestão pública estão em contínua modificação e aprimoramento, mesmo porque as necessidades de proteção mudam frequentemente²⁵⁶. Assim, exige-se a formulação de um modelo adequado quanto aos

²⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 46-48; p. 180-190.

²⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225. p. 40-42.

limites objetivos da coisa julgada que considere a mutabilidade, dinamicidade e fluidez das políticas públicas.

Sobre o tema, três pontos devem ser examinados para uma adequada delimitação objetiva da coisa julgada nos litígios estruturais: (i) a aplicação do regime da coisa julgada das questões prejudiciais (art. 503, §§ 1º e 2º, CPC) aos processos estruturais; (ii) o resgate da fundamentação da decisão como importante elemento na demarcação dos limites objetivos da coisa julgada; (iii) a compatibilidade de medidas estruturais tomadas apenas na fase de execução com os limites objetivos da coisa julgada.

Sobre a primeira questão acima, sabe-se que o CPC alterou parcialmente esse modelo ao estender a imutabilidade da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais, desde que atendidos os pressupostos do art. 503, §§ 1º e 2º.

De acordo com tais disposições, estão abrangidas nos limites objetivos da coisa julgada a decisão que: resolva questão prejudicial, ou seja, questão que constitua pressuposto necessário para o julgamento do mérito (art. 503, §1º, I); sobre a qual haja expreso pronunciamento após contraditório e efetivo, razão pela qual não se aplica na hipótese de revelia (art. 503, §1º, II); o juízo tenha competência absoluta para resolver a questão prejudicial como questão principal (art. 503, §1º, III); inexistam limites à cognição judicial, somente havendo coisa julgada mediante cognição exauriente (art. 503, §2º).

O regime processual da coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais aplica-se normalmente aos processos coletivos, inclusive os que ensejem medidas estruturais de cumprimento, inexistindo razão lógico-jurídica para eventual afastamento daquele regramento.²⁵⁷ Com isso, obtém-se um modelo mais dinâmico, que permite a inclusão nos seus limites objetivos das questões prejudiciais da sentença, surgidas no curso do feito, sobre as quais tenha havido efetivo debate pelas partes e Estado-juiz na fase de conhecimento.

Por sua vez, a segunda questão que se coloca refere-se ao reconhecimento da fundamentação da decisão como importante elemento na demarcação dos limites objetivos da coisa julgada nestas espécies de litígio. Nesse aspecto, apesar da possibilidade de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais, o CPC manteve fora dos limites da coisa julgada os motivos e fatos adotados na fundamentação da decisão,

²⁵⁷ Nesse sentido reconhece inclusive o enunciado nº 696 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “aplica-se o regramento da coisa julgada sobre questão prejudicial incidental ao regime da coisa julgada nas ações coletivas”.

por expressa determinação do seu art. 504, identificando a coisa julgada ao dispositivo da decisão.

Portanto, de acordo com a expressa previsão contida no art. 504 do CPC, não estão abrangidos pela coisa julgada os “motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, tampouco “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

No âmbito das medidas estruturais, porém, variadas razões justificam o papel essencial da fundamentação da decisão para definição do alcance dos limites objetivos da coisa julgada. Não por outra razão, o art. 20 do Projeto de Lei n.º 8.058/2014, que pretende instituir processo especial de controle judicial de políticas públicas no Brasil propõe que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se ela revelar-se inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Considerando a defesa feita no presente estudo de desnecessidade de um processo especial que fomente um controle mais amplo e direto de políticas públicas, além da alteração apenas excepcional da solução apontada em sentença, em virtude de modificação de fato ocorrida no curso da fase de execução, propõe-se a aprovação legislativa prevista no art. 34 do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Ibero-Americano²⁵⁸, o qual estabelece que, nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

Essa proposta concretiza a pretensão de resgate do valor jurídico da fundamentação nos litígios estruturais, uma vez que, sobrevindo modificação de fato ou de direito que torne ultrapassada a medida estatuída no dispositivo, caso não haja mudança nos fundamentos da sentença, não será necessária a propositura de ação rescisória para rescindir o julgado, mas simples pedido incidental de revisão na fase de cumprimento de sentença.

Resgatem-se os exemplos das creches²⁵⁹ e das unidades de internação²⁶⁰, utilizados no item 4.2.1, quando se discutiu a relativização da regra de estabilização da demanda do art. 329 do CPC. Aqui os problemas persistem. O primeiro caso se referiu à inviabilidade

²⁵⁸ Cf. Nota de rodapé n.º 196.

²⁵⁹ Cf. Nota de rodapé n.º 223.

²⁶⁰ Cf. Nota de rodapé n.º 224.

comprovada de construção de nova unidade de atendimento diante da possibilidade de ampliação de uma repartição já existente. O segundo, à alteração da causa de pedir justificadora da construção de uma nova unidade de internação de uma condição de insalubridade para outra de inabitabilidade decorrente da superlotação. Caso essas circunstâncias sobreviessem à sentença transitada em julgado, diante de novo pedido ou causa de pedir, seria realmente necessária a propositura de uma nova demanda pela parte interessada? Esta não poderia por simples petição comunicar a superveniência da alteração fática ao juízo de execução, de modo a que fosse reconhecida a obrigação de ampliação em vez de construção de nova unidade e de reconhecimento de inabitabilidade em vez de insalubridade?

Em ambos os casos, não há modificação de fundamentação da sentença. Há mudança no pedido ou na causa de pedir sem prejuízo aos motivos determinantes de cada *decisium*, núcleo essencial da decisão que efetuou o controle judicial de políticas públicas: no primeiro caso, a violação ao art. 208, IV da CF, que não exige qualquer complemento legislativo; no segundo, ao art. 94; 120, §1º e 124 da Lei nº 8.069/1990 e do art. 227, §3º, V da CF. Não é também caso de ação rescisória, pois a demanda tratada não se amolda a nenhuma das hipóteses do art. 966 do CPC. A rigor, compreendida a coisa julgada como atualmente vigente às relações jurídicas continuativas, a parte interessada não poderia pedir qualquer revisão em fase de cumprimento da sentença prolatada; teria que ingressar em juízo com uma nova demanda, uma vez que houve modificação do pedido e da causa de pedir. Para ainda piorar a situação, acaso não proposta, a satisfação da obrigação reconhecida na fase de conhecimento passaria por sérias dificuldades sem que o dispositivo da sentença pudesse ser modificado. No primeiro caso, uma obra que seria construída imediatamente poderia demorar alguns anos para sair do papel, apesar da boa vontade das partes e do juiz da causa. No segundo, uma situação análoga de superlotação poderia perdurar por bem mais tempo, quando tanto as condições de salubridade quanto de habitabilidade são reputadas pela lei como essenciais para garantir a dignidade dos adolescentes em conflito com a lei.

Como o juiz poderia, mediante simples requerimento das partes na fase executiva, aceitar fazer uma adaptação de política pública condizente ao fim perseguido, se igualmente hábil e eficaz para atender o direito reconhecido e para remediar a ilicitude detectada na decisão, é possível que, no primeiro caso, em vez da reforma, seja estendida a capacidade de unidade de atendimento já existente; no segundo, seja construída a nova unidade de internação, não em virtude de insalubridade, mas de superlotação. Para tanto, será unicamente

necessária a comprovação nos autos de que essa extensão produzirá efeitos igualmente eficientes para atender a demanda, sem prejuízo de contraprova do autor coletivo ou de quem questione a obrigação assumida. Ao final, o litígio estrutural poderá ser resolvido com o cumprimento da obrigação de uma maneira mais simples e célere, bem como igualmente hábil e eficaz.

Assim, o art. 34 do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Ibero-Americano busca corrigir a estreiteza do regime processual atualmente aplicável a essa situação. Aliás, o próprio Liebman cuja doutrina influenciou a redação do art. 469, I e II, do CPC não mais vigente promulgado em 1973 e do art. 504 do CPC em vigor, mesmo tratando de litígios em geral, reconhece que, embora os motivos sejam excluídos da coisa julgada, “são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo”.²⁶¹

Ademais, a decisão nuclear que enseja medidas estruturais possui conteúdo complexo – em geral, veicula norma de conteúdo aberto, porquanto seu preceito indica um resultado a ser alcançado²⁶² –, de modo que a análise isolada do dispositivo da decisão não é suficiente para se obter a solução do litígio complexo de interesse público. Nos processos coletivos mais complexos, tem-se uma execução estruturada de certas condutas, o que exige uma vinculação mais ampla ao completo teor da decisão nuclear, sendo a leitura isolada do comando inapta a alcançar tal finalidade.

Reforça tal diretriz o disposto no art. 489, §3º, do CPC, ao determinar que a decisão judicial seja interpretada mediante a conjugação de todos os seus elementos, o que inclui, obviamente, a fundamentação. Essa interpretação conjugativa é imperativa às relações continuativas; negar a possibilidade de revisão incidental na fase de execução é chancelar a inefetividade do próprio processo

Assim, a partir do resgate da fundamentação da decisão como vetor de delimitação objetiva da coisa julgada, compreende-se que os provimentos em cascata devem se correlacionar com os motivos da decisão nuclear. Portanto, a cadeia de medidas estruturantes necessárias à efetivação da decisão nuclear inicial deve dialogar com a fundamentação desta, havendo uma relação de coordenação entre as medidas executivas estruturantes e os fundamentos da decisão estrutural nuclear, de modo a constituir um encadeamento

²⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 57-58.

²⁶² Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 356-357.

argumentativo entre eles. É possível que haja a alteração do pedido e da causa de pedir somente em fase de execução, desde que não haja prejuízo à fundamentação encampada pelo provimento sentencial. Sem prejuízo, por outro lado, havendo novo modelo de gestão da política pública sobre o qual não tenha havido debate no processo, sem qualquer amparo na motivação contida na sentença, configura-se nova causa de pedir dissociada da coisa julgada.

Por fim, sobre a terceira questão acima colocada, justamente pelas mesmas razões que evidenciam a premissa de relevância da fundamentação para a coisa julgada, as medidas estruturantes proferidas apenas na fase de execução não configuram violação aos seus limites objetivos, uma vez que não devem contrariar a decisão nuclear que faz o controle de constitucionalidade e legalidade da política pública. Ao contrário, consistem na aplicação de medidas executivas destinadas ao cumprimento daquela. Devem, portanto, dialogar com os fundamentos da decisão.

Nessa linha, verifica-se que tais situações jurídicas versam sobre relações jurídicas continuativas, uma vez que a realização da política pública se prolonga no tempo. Mais que isso, as políticas públicas não apenas são realizadas de forma contínua e permanente, mas também estão sujeitas a constantes modificações, haja vista o dinamismo e a mutabilidade da forma de prestação de serviços públicos, sobretudo diante de novas tecnologias ou novos modelos de gestão pública.

Essa mutabilidade das políticas públicas não é apenas necessária, mas até mesmo desejável, pois deve haver o constante aperfeiçoamento das formas de realização de programas estatais destinados à realização de direitos fundamentais. Daí resulta que não se pode admitir que a coisa julgada promova o seu eterno engessamento, pois deve ser aberta a permanente possibilidade de o administrador público adotar modelos mais eficientes e modernos na realização de programas estatais destinados à satisfação de direitos fundamentais.

Diante disso, com a modificação legislativa suso apontada, a coisa julgada, em tais casos, passaria a abranger a ilicitude – inconstitucionalidade ou ilegalidade – constatada na decisão nuclear, que constitui os motivos relevantes para a decisão nuclear de controle judicial da política pública, bem como os meios judiciais determinados no dispositivo para remediar a ilicitude constatada, mas sem prejuízo da alteração destes em fase de execução, caso não haja prejuízo à fundamentação do título executivo formado.

CONCLUSÕES

Ao fim deste estudo, podemos pontuar as seguintes conclusões:

1. Os provimentos estruturais consubstanciam a técnica decisória comum a qualquer decisão judicial que não possa ser concretizada imediatamente, ou cujos efeitos jurídicos de uma exequibilidade imediata poderiam ensejar prejuízo superior à situação de fato já existente, na efetivação do direito material pretendido. Em um sentido amplo, referem-se a todas as decisões nesse sentido, tendo talvez o exemplo mais emblemático nas relações privadas o regime falimentar estabelecido pela Lei nº 11.101/05, que se aproxima de um processo estrutural típico, em virtude das etapas sucessivas de concretização; em uma compreensão estrita, envolvem necessariamente, em menor ou maior grau, reformas estruturais em certa instituição pública.

2. Por essa razão, o estudo das decisões estruturais tem razão de ser não em uma apologia ao poder criativo dos juízes, ou a uma constatação empírica circunstancial de descumprimento de decisões judiciais. Desta acepção estrita de provimentos estruturais, decorre um questionamento acerca da melhor forma de tutelar obrigações de fazer oponíveis ao poder público. Assim, cuida-se de um problema de tutela satisfativa de direitos fundamentais, e não de uma análise circunscrita a experiências circunstanciais malsucedidas de alguns países na aplicação do direito.

3. A experiência jurídica atual brasileira é marcada por uma ausência de rigor dogmático que torna nebulosa a definição dos limites jurídicos da atuação judicial nas decisões estruturais e por uma imprecisão conceitual de decisões, medidas ou processos estruturais, fator comprometedor da precisão conceitual necessária para uma aplicação adequada desses institutos. O efeito prático dessa atecnia de enfrentamento não raramente resulta em decisões pouco refletidas, inclusive premidas por uma crescente cobrança por maior produtividade judicial.

4. A partir dos estudos iniciais de Abram Chayes e Owen Fiss, conclui-se que a lide estrutural pertine à constatação de um litígio coletivo complexo no mundo dos fatos, composto de vários interesses e direitos superpostos, caracterizados por premissas de objeto e propósito distintos dos litígios individuais no campo da tutela processual: (i) exame não de uma demanda entre particulares com interesses contrapostos, mas de um conflito coletivo entre grupos de interesses superpostos, coincidentes ou não; (ii) objetivo não retrospectivo, mas prospectivo na fase satisfativa da obrigação reconhecida, voltado precipuamente não à

declaração ou à reparação de uma ilegalidade, mas à pretensão jurídica corretiva, a partir do conhecimento da origem dos problemas envolvidos.

5. O surgimento de uma teoria própria das decisões estruturais no direito brasileiro não pode partir de uma incorporação acrítica do instituto tal como concebido no direito norte-americano, que se baseou em premissas segundo as quais (i) a função principal dos juízes é concretizar valores constitucionais com amparo, em menor ou maior grau, em juízos de equidade, e de que (ii) esse modo de atuação deve ocorrer por meio de decisões construtivas de padrões ideais de justiça, aos quais as organizações públicas devem se conformar.

6. Essa visão aparta desproporcionalmente a jurisdição de sua função precípua, que é prioritariamente resolver disputas e satisfazer a pretensão individual ou coletiva da parte vencedora, mas não, em primeira linha, concretizar valores públicos, que é a vocação constitucional do legislador e do gestor. O raciocínio deve ser exatamente ao inverso ao pressupor que a atividade judicial é essencialmente decisória de disputas jurídicas, em cujo seio os valores constitucionais são assaz importantes, especificamente por meio da força normativa dos princípios constitucionais, seja como norma cogente de decisão de conhecimento ou de satisfação das obrigações reconhecidas.

7. Além disso, é relevante perceber que, embora em ambos os casos o interesse pelo tema tenha advindo de decisões prévias da Suprema Corte nos dois países, o estudo das reformas estruturais no direito norte-americano guarda duas peculiaridades fundamentais. A primeira é que não é recente, pois remonta a estudos jurídicos cunhados após a segunda metade do século XX, ao passo que aqui ainda se encontra em fase de afirmação por meio de uma teoria jurídica própria. A segunda é que denota um conceito jurídico que identifica as decisões estruturais não como fruto de construção doutrinária ou sofisticação jurisprudencial, mas de um engajamento jurisdicional radicado em noções de equidade, em um contexto intolerável de opressão contra minorias. No Brasil, o tema é estudado com amparo em precedentes simbólicos, a partir dos quais há um esforço difuso dos juízes em executarem decisões judiciais, com amparo em cláusulas gerais legalmente já previstas no ordenamento jurídico.

8. O fundamento para aplicação das medidas estruturais no direito brasileiro reside no direito à proteção judicial em casos de violações jurídicas a direitos fundamentais por meio de provimentos satisfativos (art. 25, 3, c da Convenção Americana de Direitos Humanos). Para além de configurar um direito subjetivo autônomo (art. 5º, §1º da CF), viabiliza a configuração ampla de proteção de direitos e interesses pretendida pelo constituinte em alguns

dispositivos constitucionais contra abusos administrativos (art. 5º, XXXV; art. 102, §1º e art. 129, II e III, §1º, todos da CF). O amparo legal processual dessas medidas reside nos arts. 4º e 139, IV do CPC (amparo legal processual), ao passo que o arrimo legal material se funda no art. 23 da LINDB.

9. O art. 139, IV do CPC configura uma cláusula geral de instrumentalização de medidas judiciais, a qual confere ao magistrado um poder-dever de tutela judicial instrumental, que abrange o uso de meios atípicos para operacionalizar a efetivação de comandos judiciais que veiculem obrigações, sejam de fazer, de não fazer ou de pagar. As medidas estruturais se baseiam nessa cláusula, com o objetivo de concretizar obrigações de fazer contra o poder público que requeiram efetivação judicial. A posição de que não há previsão legal para as medidas estruturais de tutela, em virtude de uma supressão expressamente feita ao termo “intervenção judicial em atividade empresarial ou similar” no art. 536, §1º do CPC, não se sustenta, por duas razões: (i) a intervenção judicial não é a única maneira de operacionalizar a obrigatória medida satisfativa das decisões judiciais, mas apenas uma delas; (ii) o dispositivo suprimiu apenas a possibilidade de intervenção judicial em atividade empresarial ou similar, para abranger somente a intervenção de cunho estritamente privado, pois as medidas estruturais veiculam um propósito inverso: a efetivação de uma pretensão do cidadão, de um grupo social ou mesmo da sociedade em geral em face do aparato estatal. Assim, o receio de intervenção estatal não justificada não se explica, pois, se subsistente, a ameaça é de comprometimento da esfera de atuação das outras funções estatais, e não de restrição à liberdade privada, mesmo porque os direitos fundamentais não são invocáveis pelo poder público em face dos particulares.

10. O controle judicial de políticas públicas pode ser *amplo e direto* ou *restrito e indireto*.

11. O controle *amplo e direto* permite ao magistrado, ao menos em tese, um controle avaliativo embasado em juízo de eficiência da política pública que é posta em exame ao juízo, por meio do qual será permitido ao final implementar ou agregar à política pública existente uma outra, segundo um critério tal que seja comprovadamente mais eficiente à proteção do direito fundamental discutido em juízo. *Amplo* por possibilitar o controle judicial de políticas públicas omissas ou deficitárias por meio de princípios. *Direto* por visar à política pública em si, buscando implementá-la corretamente ou corrigi-la. O Projeto de Lei n.º 8.058/2014 propõe o controle amplo e direto, pois (i) estabelece um controle judicial regido por princípios, conforme se depreende do art. 2º do Projeto proposto; (ii) propugna uma

reconstrução de políticas públicas a partir de níveis de implementação ou correção, na forma do art. 4º do Projeto em exame.

12. O controle *restrito* e *indireto* permite ao magistrado somente anular, corrigir a legalidade e exigir políticas públicas a partir de critérios jurídicos mais rígidos. Não se confunde com uma suposta pretensão de implementá-las, ainda que com base em um juízo de melhor eficiência, sob pena de violação aos princípios democrático e da separação de poderes e do Estado Social, já que a tarefa de concretizar valores constitucional é precípua vocação do legislador e do gestor público. *Restrito* por exigir critério mais rígido para o controle jurídico de políticas públicas. *Indireto* por se voltar apenas de forma reflexa ao objeto da política pública, precipuamente se voltando à exigência e à correção de sua legalidade. É o modelo brasileiro atualmente adotado, assim como na maioria dos países democráticos.

13. O controle restrito ou indireto se funda na revisão judicial do ato administrativo em três níveis de exame jurídico: (i) a legalidade do ato administrativo em si; (ii) a constitucionalidade da norma legal parâmetro do ato administrativo; (iii) a constitucionalidade do mérito do ato administrativo em si, por omissão, insuficiência ou exagero nas decisões administrativas.

14. Os juízes passam por uma dificuldade política inerente em processos coletivos de reforma estrutural, uma vez que qualquer imposição às autoridades administrativas legalmente competentes para atuar em determinada política pública traz em si, em maior ou menor grau, uma potencial resistência do agente público, em virtude de duas razões: (i) um suposto déficit de legitimidade decorrente de os juízes não serem eleitos, noção que não resiste diante do princípio da inafastabilidade do acesso material à Justiça (art. 5º, XXXV da CF), que não só permite como impõe uma prestação efetiva de jurisdição que coíba qualquer ameaça ou violação jurídica constatável, ainda que por agente público; (ii) um suposto déficit de conhecimento, noção que, por outro lado, justifica-se parcialmente. Isso porque a autoridade administrativa possui informações que o juiz não possui na hora de decidir, por estar em contato simultâneo com os problemas surgidos, com os meios disponíveis para solucioná-los e com as soluções factíveis verificáveis. Cabe ao juiz analisar posteriormente apenas a legalidade e a constitucionalidade dos atos praticados, por meio de aferição se a ação ou omissão da autoridade administrativa *naquelas condições* obedece ou não à ordem jurídica. Por essa razão, é necessário um respeito mútuo das margens de atuação do administrador público e do juiz, pois, mesmo abstraído o contido na lei, o segundo não realizará um controle direto da política pública tão bom quanto o segundo; reciprocamente, o gestor imbuído de

soluções administrativas é incapaz de visualizar externamente o conflito como um observador isento, que, ao final, aplicará a norma jurídica deduzida do caso concreto, decidindo segundo o ordenamento vigente. Isso justifica a desnecessidade de um processo tipicamente estrutural para os litígios complexos, prioritariamente voltado à melhoria de políticas públicas, considerando que o planejamento estatal ínsito a essa atividade é vocação típica do legislador e do gestor.

15. Dificuldade relevante de concepção que ampare um processo estrutural típico reside na simplificação artificial inerentemente realizada pelo processo judicial quando pretende viabilizar uma tomada de decisão sobre problemas da vida. Configura sempre e tão somente uma representação do mundo, e não o retrato fidedigno do que os fatos operam, o que faz o aplicador desperceber aspectos relevantes para solucionar problemas complexos. Ainda que haja boas estratégias para minimizar os impactos desses vieses cognitivos no processo, voltados a uma melhor estrutura de trabalho e a uma melhor formação jurídica do magistrado, o sucesso de uma política pública sempre dependerá inclusive ou fundamentalmente de razões políticas alheias ao potencial resolutivo da jurisdição.

16. Por outro lado, o papel dos juízes em litígios complexos é essencial não simplesmente como evidência consequencialista da necessidade de rearranjo estrutural de organizações públicas no cumprimento de parâmetros jurídicos mínimos de governança e *compliance*, mas como engate de ativação de mudanças sociais que, sem o importante papel catalisador da jurisdição, se ocorressem, demorariam bastante, em razão de uma esfera política atravancada e impotente na conquista solipsista de soluções

17. O uso de decisões estruturais decorre sobretudo da necessidade de imposição de obrigações de fazer derivadas da vinculação do juiz aos direitos fundamentais que diretamente da possibilidade de controle judicial das políticas públicas, ainda que restrita. A via estrutural é, antes de tudo, não um fim em si, mas um problema instrumental voltado à tutela satisfativa de obrigações previamente reconhecidas. Esta posição se conforma à tese firmada no tema nº 220, em derivação ao julgamento pelo plenário do STF no RE nº 592.581/RS.

18. O litígio estrutural é definido por três fases: (i) uma primeira, de conhecimento do problema posto; (ii) uma segunda, voltada à materialização da decisão estrutural por meio de uma decisão nuclear; (iii) uma terceira, de implementação da decisão nuclear por meio de medidas estruturais de tutela.

19. A decisão nuclear realiza o controle judicial *restrito e indireto* de políticas públicas específicas, fundado na (i) a legalidade do ato administrativo em si; (ii) na

constitucionalidade da norma legal parâmetro do ato administrativo; (iii) na constitucionalidade do mérito do ato administrativo em si, por omissão, insuficiência ou exagero nas decisões administrativas. Os dois primeiros níveis são mais simples. O primeiro segue a regra geral de apreciação da legalidade do ato administrativo nos elementos vinculativos da competência, finalidade e forma; o segundo, da mesma forma, pois a lei passa de parâmetro a objeto de verificação, bastando que se sigam as regras gerais de apreciação de controle de constitucionalidade.

20. A dificuldade maior reside na verificação da constitucionalidade do mérito administrativo em si, por omissão, insuficiência ou exagero nas decisões administrativas, pois não há um caminho jurídico unívoco de verificação de possíveis inconstitucionalidades.

21. Nesse terceiro nível de exame de constitucionalidade, referente ao mérito administrativo em si, o uso de medidas estruturais não se justifica necessariamente a partir de uma prévia constatação de um estado de coisas inconstitucional. No aspecto metodológico, há um risco de embasar estudos de situações jurídicas de desordenado descumprimento constitucional em diversos países a partir de premissas universalmente aceitas, mas cujos parâmetros de avaliação foram específicos para as circunstâncias de fato detectáveis ao tempo da Sentença nº 153/1998 da Corte Constitucional Colombiana. No dogmático, essa concepção confere à função judicante um caráter politicamente redentor que ela não possui, uma vez que um estado reiterado de violação desordenada de direitos fundamentais, qualificado pela incapacidade conjuntural do Estado em efetivar qualquer progresso, perpassa necessariamente por soluções que envolvam a cooperação de todos os poderes constituídos. Além disso, o gatilho às decisões estruturais reside propriamente no embaraço à imediata operabilidade da tutela, e não no grau e intensidade da desconformidade ao Direito. A possibilidade ou não de utilização de medidas dessa espécie é determinada pela viabilidade prática da tomada de decisões judiciais *tout cour* para a pronta efetivação de direitos, e não pelo grau e pela intensidade de situações jurídicas ilegais ou inconstitucionais.

22. Embora se trate de um campo de aplicação relevante, respondendo por decisões paradigmáticas não só no sistema brasileiro como no estrangeiro, a decisão judicial nuclear que aciona as medidas estruturais também não se vincula necessariamente à garantia mínima de direitos sociais, econômicos e culturais para os cidadãos. Prova disso é que a própria decisão do caso *Brown*, apontada como a primeira experiência de decisão estrutural no direito norte-americano, representou um controle de constitucionalidade que teve como parâmetro o

princípio constitucional da igualdade (14ª Emenda à Constituição Americana), direito de defesa que impõe ao Estado abster-se de tratamento jurídico desigual entre os cidadãos.

23. O gatilho às decisões estruturais no exame de constitucionalidade do mérito administrativo reside na inércia do poder público na aplicação de direitos e garantias fundamentais com autossuficiência normativa, com o concurso (i) do escopo de efetivação de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os quais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CF); (ii) de suficiência de densidade normativa para aplicação da norma constitucional, seja porque o espaço de conformação do legislador é dispensável à sua aplicabilidade plena, seja porque se trata de direito já conformado pelo legislador, havendo somente inércia da administração pública. Por outro lado, não pode ser sucedâneo processual de controle de omissões legislativas, pois, para esse fim, o ordenamento jurídico já prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, acrescentada pela Lei nº 12.063/2009 à Lei nº 9.869/1999, bem como o mandado de injunção, por meio da Lei nº 13.100/2016.

24. O estudo dos dispositivos legais que fundamentam as medidas estruturais no direito brasileiro (art. 139, IV do CPC c/c art. 24 da LINDB) permitem a dedução de quatro características: atipicidade, transitoriedade, indispensabilidade e proporcionalidade.

25. Os dados estatísticos denotam que os litígios estruturais não são adequadamente examinados em processos individuais. Há uma série de potenciais efeitos indesejados em razão dessa opção: comprometimento da segurança jurídica e da justiça, com interpretações diversas para os mesmos casos concretos submetidos a magistrados diferentes; aumento considerável das taxas de congestionamento das unidades judiciárias em virtude das múltiplas demandas individuais, quando um só provimento seria suficiente como solução jurídica do problema, o que prejudica a apreciação célere de outras demandas com assuntos diferentes; potencial desorganização administrativa dos serviços estatais oferecidos, com a alteração contínua do planejamento estatal uniforme estabelecido, para atender cada litigante em específico; postergação de solução estrutural e coletiva definitiva; acesso democrático apenas aparente à justiça, em razão de as demandas individuais serem frequentemente propostas pelos que possuem melhor grau de instrução e assessoramento jurídico, em detrimento dos mais pobres e marginalizados. Nessa matéria, o veto ao art. 333 do CPC, que previa a possibilidade de conversão de ação individual em ação coletiva, representou a perda de importante técnica individual de repercussão coletiva, pois (i) se trata de técnica de amplitude maior que o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos, circunscritos somente aos tribunais; (ii) não haveria violação à garantia

de acesso à justiça do autor individual (art. 5º, XXXV da CF), a qual não pode ser dissociada de seu alcance coletivo, quando a natureza da pretensão veiculada em juízo é nitidamente transindividual; (iii) não haveria prejuízo efetivo de mercado à atividade advocatícia, que continuaria a ser necessária para que os autores individuais se habilitassem posteriormente em liquidação, em caso de procedência da demanda, bastando a demonstração de pertinência e ajustamento do título executivo formado com a situação jurídica individual de cada pretensão beneficiária.

26. O processo coletivo brasileiro atual é insuficiente para lidar com a superposição de variados conflitos e interesses e a prospectividade da tutela jurídica visada dos litígios estruturais. Como tentativa de otimização, são sugeridas 4 (quatro) modificações legislativas para lidar com essas duas peculiaridades, 2 (duas) delas referentes à primeira e as 2 (duas) seguintes pertinentes à segunda: (i) abertura dos legitimados coletivos à representatividade adequada, com sugestão de aprovação do art. 2º do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual; (ii) ampliação da participação efetiva dos atores sociais envolvidos no problema, com sugestão de modificação legislativa própria; (iii) relativização da regra de estabilização da demanda do art. 329 do Código de Processo Civil, com sugestão de aprovação do art. 10, §§ 1º e 2º do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual; (iv) necessidade de aderência da fundamentação aos limites objetivos da coisa julgada, com sugestão de aprovação do art. 34 do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

27. Ao prever um rol cerrado de legitimados à propositura de ação coletiva, os arts. 5º da Lei nº 7.347/1985 e 82, caput e §1º do CDC configuram um regime legal que privilegia o legitimado público e sacrifica o legitimado privado na possibilidade de acesso à tutela coletiva, seja por não abarcar as pessoas físicas em nenhuma hipótese, seja por somente conferir acesso a associações, mediante uma análise superficial de representação adequada, baseada apenas em análise de pertinência temática do direito discutido em juízo. A proposta do art. 2º do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual busca corrigir essa distorção, ao exigir de todos os legitimados coletivos, inclusive os entes públicos, representatividade adequada, bem como ao propiciar uma abertura da tutela coletiva a quem realmente necessite, mas simultaneamente sem abrir mão de um controle de legitimidade.

28. A superposição de variados conflitos e interesses exige não somente representação adequada dos autores coletivos, mas igualmente a participação de especialistas e de grupos sociais afetados. Para isso, sugere-se modificação legislativa que invista na gestão endoprocessual do litígio, a partir de dispositivo específico que preveja a distribuição dinâmica do ônus da prova, a realização de prova pericial e de consulta especializada como regra somente excepcionalmente dispensável mediante decisão judicial fundamentada e procedimento de audiência pública obrigatória. É essencial ainda que eventual contribuição de terceiro em audiência pública seja precedida de análise de representação adequada, mediante a constituição de representante, em caso de formação de grupos interessados de pessoas. Além disso, eventual transação firmada deverá permitir a ressalva de que membros de grupo, categoria ou classe dela se desvinculem, opção também levada a efeito pelo art. 35 do Anteprojeto de Código Coletivo apresentado pelo PPGD da UERJ e da UNESA.

29. A regra de estabilização da demanda do art. 329 do Código de Processo Civil promove um engessamento do pedido e da causa de pedir incompatível com os litígios complexos, em que modificações no estado de fato ou de direito da pretensão veiculada ocorrem com maior frequência, independentemente da vontade das partes. A proposta do art. 15 do Anteprojeto de Código Coletivo do PPGD da UERJ e da UNESA pouco acrescenta, pois continua a ser possível a alteração do pedido e da causa de pedir somente até a decisão de saneamento. A do art. 4º, § único do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual avança ao permitir alteração no objeto do processo até a prolação da sentença, contudo não soluciona as modificações involuntárias no estado de fato ou de direito ocorridas em momento posterior. Por sua vez, a solução do art. 10, §§1º e 2º do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual permite a alteração do pedido e da causa de pedir a qualquer tempo e grau de jurisdição, ajustando-se melhor aos litígios estruturais. Deve ser percebido que, exercido o contraditório pela parte contrária, é possível que esta sequer conteste a alteração do pedido ou da causa de pedir e não requeira a produção de novas provas, de modo que a demanda poderá inclusive prosseguir normalmente, com ganho em efetividade e celeridade, sem qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. Além disso, realizada a modificação do pedido ou da causa de pedir na instância superior, deverá ser avaliada a amplitude de cognição do juiz sobre o objeto litigioso proposto, de modo a que, havendo prejudicialidade, os autos deverão ser remetidos ao primeiro grau, para evitar a supressão de instância. Essa visão reforça o processo como instrumento de tutela do direito material, de nada adianta uma relação processual angularizada

artificialmente em prol de uma sentença meritória que não resolva o problema estrutural proposto.

30. A prospectividade da tutela jurídica visada nos litígios estruturais requer também a necessidade de aderência da fundamentação aos limites objetivos da coisa julgada, a fim de que o controle judicial se compatibilize com a fluidez e a dinamicidade das novas políticas públicas. Sobre o tema, três pontos deverão ser pontuados: (i) a aplicação do regime da coisa julgada das questões prejudiciais (art. 503, §§ 1º e 2º, CPC) aplica-se normalmente ao processo coletivo; (ii) aprovação legislativa prevista no art. 34 do Anteprojeto de Código Coletivo do Instituto Ibero-Americano (*nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença*) concretiza a pretensão de resgate do valor jurídico da fundamentação nos litígios estruturais, uma vez que, sobrevindo modificação de fato ou de direito que torne ultrapassada a medida estatuída no dispositivo, caso não haja mudança nos fundamentos da sentença, não será necessária a propositura de uma nova demanda ou mesmo de ação rescisória, mas simples pedido incidental de revisão na fase de cumprimento de sentença para inclusão de novas medidas estruturais; (iii) novas medidas estruturais somente violarão a coisa julgada estabelecida na decisão nuclear que constituiu título executivo se incompatíveis com a fundamentação desta.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henry J. **The Judicial Process** – an introductory analysis of the courts of United States, England and France. 5. ed. Nova York: Oxford University Press, 1986.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARANGO, Rodolfo. El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional. *In: Teoria constitucional y políticas pública bases: Criticas para uma Discusión*. 295.

ARAÚJO, Marilene. Ação popular: exercício da cidadania e a defesa do interesse e dos bens pertencentes a todos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 91. 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de direitos individuais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. v. 1, nº 2, jul./dez. 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 14. ed. São Paulo: RT, 2012.

BARGALLO, Paolla. Justice and experimentalism: judicial remedies in public law litigation in Argentina. **SELA** (Seminario em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Pappers. Papper 44. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais** - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998).

BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102. jan./dez. 2007.

BERIZONCE, Omar. Los conflictos de interés público. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo, v. I. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Grundrechtstheorie und Grundrechts-interpretation**. In: STAAT, VERFASSUNG, DEMOKRATIE: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 117, 2004.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CALDO, Diego Santiago Y. *Amicus curiae* no direito norte-americano e no brasileiro. **Revista de Processo**. v. 284. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da presidente da república e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 13, n. 2. ago. 2017

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Fabiano. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 138. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. v. 89, n. 7, 1976.

COGNETTI, Stefano. **Principio di proporzionalità**. Profili di teoria generale e di analisi sistematica. Torini: Giappichelli, 2011.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. XIII, jan.jun./2014, p. 229-258.

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

COSTA, Susana Henriques da. **Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUMMINGS, Scott; Rhode, Deborah. Public interest litigation: insights from theory and practice. **Fordham Urban Law Journal**. v. 36, n. 4, 2009.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**. n. 6.

DESIRÊ, Bauermann. Structural injunctions no direito norte-americano. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito processual Civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 303. maio/2020.

DIDIER JR, Fredie. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. **Virginia Law Review**. v. 65, no. 1, 1979.

DOBBS, Dan B. **Law of remedies**. 2. ed. St. Paul: West Group, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná.

FISS, Owen. Between supremacy and exclusivity, the least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state. 452, Cambridge University Press (R. Bauman & T. Kahana, eds.) 2006; 57 **Syracuse Law Review** 187 (2007).

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa Law Review**. v. 78, n. 5, 1993.

FISS, Owen. **The civil right injunction**. Indiana University Press. Bloomington & London, 1978.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**. v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.

FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term: Foreword: the forms of justice. **Harvard Law Review**. v. 93, n. 1, 1979.

FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **Yale Law Journal**. v. 91, number 4, march 1982.

FREIRE JR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. *In*: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**. v. 92, No. 2, 1978.

GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. v. 108. São Paulo: RT, 2003.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo civil de interesse público & medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial**. Curitiba: Juruá, 2018.

GOLDBERG, Daniel. O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito. *In*: SALGADO, Lúcia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (org.). **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2002.

GUETZOV, Joshua; SHOON, Eric. If you build it, they will fill it: the consequences of prison overcrowding litigation. **Law & Society Review**. v. 49. n° 2, 2015.

HANDLER, Joel F. **Social movements and the legal system: theory of law reform and social change**. New York: Academic Press, 1979.

HENSLER, Deborah R. **Class action dilemmas** – pursuing public goals for private gains. Santa Monica: RAND. 2000.

HOROWITZ, Donald L. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. **Duke Law Journal**. 1983.

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

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KOMESAR, Neil K. A job for the judges: the Judiciary and the Constitution in a massive and complex society. **Michigan Law Review**. Michigan, fev. 1988. v. 86. n. 4.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **53 Harvard International Law Journal**. 189, 2012.

LUCON, Paulo dos Santos. Fundamentos do Processo Estrutural. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga *et al.* **Inovações e modificações do CPC**: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

LEAL, Márcio Mafra. Processo como diálogo: uma breve comparação entre os modelos brasileiro e alemão. **Revista de Processo**. v. 304/2020. jun./2020.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

OLIVEIRA, Cláudio Henrique. Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas e controle jurisdicional das políticas públicas. Artigo apresentado no **Congresso Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal** – 2015. Disponível em: https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_claudiohenrique051015.pdf. Acesso em: 6 maio 2019.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo. Saraiva, 2013.

MACEDO, Lucas Buriel. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. **Revista de Processo**. v. 227. jan. 2014.

MACERA, Paulo. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**. v. 1, n. 2, 2014.

MARÇAL, Felipe Barreto. Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório. **Revista de Processo**. v. 283. 2018.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. **Revista de Informação Legislativa**. n. 153, 2002.

MAITLAND, F. W. **Equity**: also the forms of action at common law. Cambridge: Cambridge University Press, 1910.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais)**: características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

MARTINS, Leonardo. Aplicação imediata dos direitos fundamentais: Comentário ao art. 5º, §1º da CF. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: Contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo. **Revista Espaço Jurídico**. v. 18. 2017, p. 289-362.

MARTINS, Leonardo. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. ano 5, nº 2, p. 89-127, julho/dezembro – 2004, p. 99.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado “como um sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a n. 35, n. 139, jul./set. 1998.

MEDEIROS JR., Leonardo. **Processo estrutural consequencialista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MENDES, Conrado Hubner; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos (coord.). **Relatório analítico propositivo – Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais – Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Conselho Nacional de Justiça, 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente**: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005.

MISHKIN, Paul J. Federal Courts as State Reformers. 35 **WASH. & LEE L. REV.** 949, 950-51 (1978).

NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. 30 **STAN. L. REV.** 661, 664 (1978).

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019.

OLSON, Mancur. **Die Logik des kollektiven Handelns**: Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen. 5. Aufl. Mohr Siebeck: Tübingen 2004.

ORESTANO, Andrea. **Interessi seriali, diffusi e collettivi**: profili civilistici di tutela. Le azioni seriali. Coord. Sergio Menchini. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2008.

OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” - Decisões Estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm. 2017.

PINTO, Henrique Alves. **O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ROSENBERG, Gerald F. **The hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm. 2017.

REDISH, Martin H. **Wholesale justice** – constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit. Stanford: Stanford University Press, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Porque estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Processo coletivo**. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROSENBERG, Gerald F. **The hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991.

RUEDA, PABLO. **Legal language & social change during Colombia's economic crisis, in cultures of legality**: judicialization & political activism in Latin America. Cambridge University Press: New York. 2010.

SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**. v. 117. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, n.1, jan./jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm. 2017.

SCHLANGER, Margo. **Beyond the hero judge**: institutional reform litigation as litigation. *Michigan Law Review*, v. 97, 1994.

SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. *In*: ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy**. Theoretical perspectives. Durham: Duke University Press, 1994.

SCHOENBROD, David. The measure of an injunction: a principle to replace balancing the equities and tailoring the remedy. **Minnesota Law Review**. n. 627. apr. 1988.

SCHMITT, Carl. Grundrechte und Grundpflichten. *In*: SCHMITT, Carl. **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954**. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. 798 (2002).

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV, CPC: carta branca para o arbítrio. **Conjur**. 25 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 6 maio 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**. Philadelphia. v. 138, n. 3, jan. 1990.

STRICKLER Jr, George M. Protecting the class: the search for the adequate representative in class action litigation. **DePaul law review**. v. 34. n. 1. 1984

TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). **Breves comentários ao novo Código de processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. Responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement. **53 Harvard International Law Journal Online**. v. 53, april 2012, p. 156-164. Disponível em: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 6 maio 2020.

VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 30, jan/mar 2000.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural em la República Argentina – dificultades políticas y procedimentales que incidem sobre la eficacia de estas decisiones. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm. 2017.

VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação. *In*: ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Repercussões do novo CPC – Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norteamericana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. v. 284, 2018.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm. 2017.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. v. 7, ano 4. São Paulo: RT, jan-jun. 2018.

WALKER, Daniel J. Administrative injunctions: assessing the propriety of non-class collective relief. **Cornell Law Review**. v. 90, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In*: DINAMARCO; Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

YAZELL, Stephen C. Injunction. *In*: LEVY, Leonard Willians; KARST, Kenneth L; WINKLER, Adam (org.). **Encyclopedia of the American Constitution**. 2. ed. New York: Macmillan Reference, 2000.

YOO, John Choon. Who Measures the Chancellor's Foot? The Inherent Remedial Authority of the Federal Courts, 84 **CAL. L. REV** 1121 (1996).

WINKLER, Adam (org.). **Encyclopedia of the American Constitution**. 2. ed. New York: Macmillan Reference, 2000.