PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

JOÃO DAMASCENO LOPES NETO

TUTELA COLETIVA E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA ADEQUADA DE LITÍGIOS COMPLEXOS

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2023

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

JOÃO DAMASCENO LOPES NETO

TUTELA COLETIVA E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA ADEQUADA DE LITÍGIOS COMPLEXOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas, na área de concentração de Diretos Difusos e Coletivos, sob a orientação da Professora Dra. Patrícia Miranda Pizzol.

SÃO PAULO

2023

JOÃO DAMASCENO LOPES NETO

TUTELA COLETIVA E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA ADEQUADA DE LITÍGIOS COMPLEXOS

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em ciências jurídicas

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

_____

Profa. Dra. Patrícia Miranda Pizzol

_____

Prof. Dr Sérgio Seiji Shimura.

_____

Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

SÃO PAULO

Dedico esse trabalho a meus pais, João Damasceno Lopes Filho e Fernanda Jabur Ito Lopes, por todo o apoio e cuidado.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por todo o apoio que me ofereceram durante toda esta jornada. Obrigado por não só acreditarem em mim, mas por me oferecer todo o auxiliar a cada momento, seja material ou emocionalmente. A realização de qualquer conquista exige sempre a superação de dificuldades e se hoje posso me orgulhar desta vitória é porque vocês estiveram ao meu lado. Agradeço aos meus avós por serem minha inspiração e por, em tantos momentos, oferecem-me um refúgio seguro. Agradeço aos meus tios e tias, pela mão que sempre me estenderam, não só agora, as durante toda a minha vida. Agradeço ao meu irmão e aos meus primos e primas, pela companhia e pelos momentos de leveza. Agradeço aos meus pais por todos os sacrifícios que sei que passaram para me apoiar nesse momento. A todos, meu amor eterno.

À minha namorada, por estar do meu lado durante esse caminho. Não foram poucas as vezes que tive que abdicar de momentos de descanso para alcançar este momento. Por ser paciente comigo, por ter-me cuidado e aturado cada passo, obrigado. Não há amor maior do que se sacrificar pelo outros e sei que, por mais de uma vez, deu o seu tempo, carinho e atenção para mim. Jamais poderei expressar a minha eterna gratidão a você.

Aos meus amigos, cada qual importante da sua maneira especial. Se o indivíduo pode ser considerado o somatório daqueles que o rodeiam, tenho a sorte de sempre ter tido a melhor das companhias. Obrigado por me ouvirem em momentos difíceis, pelos conselhos que ofereceram e pelos simples momentos que tivemos juntos. Sei que cada um de vocês teve as suas próprias batalhas nesse tempo e isso sempre me inspirou a dar o meu melhor; desejo, um dia, ser capaz de retribuir a vocês todo o bem que fizeram para mim.

Aos meus sempre professores, Rita de Cássia Curvo Leite, Flávia Pinheiros, Marcelo Sodré e Alexandre Almeida de Morais. Nunca deixarão de ser meus mestres. Agradeço por todas as oportunidades que me ofereceram e por serem uma das minhas inspirações para buscar a carreira acadêmica. Espero um dia fazer pelos outros o que puderem fazer por mim.

Por fim, à minha orientadora, Patrícia Miranda Pizzol. Qualquer caminho é sempre mais fácil quando contamos com um guia. No meu caso tive a honra e o privilégio de contar com a senhora como a minha orientadora. Agradeço não só por todo o conhecimento que me passou, mas por todas as portas que me abriu e por sempre estar à disposição para me auxiliar. Divido, pois, os méritos deste trabalho com a senhora. Obrigado.

"As coisas mudam no devagar depressa dos tempos."

João Guimarães Rosa

RESUMO

O presente estudo origina-se de uma constatação prática: o modelo tradicional de processo civil (seja ele individual ou coletivo) não vem se demonstrando suficientemente adequado para tutelar de maneira efetiva e eficaz os litígios envolvendo o controle de políticas públicas. Este tipo de lide classifica-se como um litígio coletivo irradiado sendo, portanto, dotado de um elevado grau de conflituosidade e complexidade, os quais não são bem representados dentro do paradigma comum do processo civil. Em muitos casos, a sistemática processual caracteriza-se pela existência de uma relação jurídica bilateral, em que as partes são colocadas em posições opostas, antagônicas, de maneira que a atividade do magistrado, consiste em declarar a existência ou não do direito pleiteado. Esta realidade não se adequa de maneira satisfatória às necessidades materiais do controle de políticas públicas. É nesse sentido que surge a proposta de um processo coletivo estrutural. Este trata-se de uma espécie de tutela coletiva que se propõe a tutelar litígios coletivos complexos com base em um procedimento flexível, aberto à participação social e com enfoque consensual. Assim, a pergunta central que buscamos responder neste trabalho é: "O processo coletivo estrutural é um instrumento adequado para a tutela coletiva do controle judicial de políticas públicas?" Para respondermos esta questão nos aprofundamos sobre temas como: as bases da tutela coletiva e seus desafios diante dos litígios coletivos contemporâneos; os desafios enfrentados pelo controle judicial das políticas públicas; o conceito, características e aplicabilidade do processo coletivo estrutural, em especial, diante do ordenamento jurídico brasileiro. Ao final buscamos indicar não só a viabilidade do uso do processo coletivo estrutural para o controle de políticas públicas no Brasil, mas também suas vantagens principais.

Palavras-chave: Processo estrutural; Controle de Políticas Públicas; Tutela Coletiva.

ABSTRACT

This study has originated from a practical observation: the traditional model of civil procedure (whether individual or collective) is not capable of providing a sufficiently effective and efficient treatment for disputes involving the judicial review of public policies. This type of dispute is classified as an irradiated collective litigation, presenting, therefore, a high degree of conflict and complexity, which are not well represented within the common paradigm of civil procedure. As a rule, the procedural system is characterized by the existence of a bilateral legal relationship, in which the parties are placed in opposite, antagonistic positions, and, as consequence, the activity of the magistrate consists of declaring the existence or not of the right claimed. This reality is not appropriate to the material needs of the judicial review of public policies. Is with this constatation that the proposal for a structural collective process arises. The structural collective process is a type of collective injunction that aims to treat complex collective disputes based on a flexible procedure, open to social participation and with a consensual approach. Thus, the central question we intended to answer in this study is: "Is the structural collective process an adequate instrument for the collective protection of the judicial control of public policies?" To answer this question, we have explored themes such as: the basis of collective protection and its challenges in the face of contemporary collective litigation; the difficulties faced by judicial control of public policies; the concept, characteristics, and applicability of the structural collective process, especially, within the Brazilian legal system. At the end, we aimed at pointing out not only the feasibility of using the structural collective process to control public policies in Brazil, but also its main advantages.

Key Words: Structural Injunctions; Judicial Review of Public Policies; Collective Injunction

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental

ADI - Ação direito de inconstitucionalidade

ADO - Ação direito de inconstitucionalidade por omissão

ACP - Ação civil pública

CR - Constituição da República - CR

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

CPC - Código de Processo Civil

ECA - Estatuto da Criança e Adolescente

ECI - Estado de Coisas Inconstitucional

EDP - Estatuto da Pessoa com Deficiência

EPI - Estatuto da Pessoa Idosa

LACP - Lei da Ação Civil Pública

LAP - Lei da Ação Popular

MI - Mandado de Injunção

PL – Projeto de Lei.

Resp. - Recurso Especial

Rext. - Recurso Extraordinário.

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

CAPITULO I – AS BASES TEÓRICAS DESTE TRABALHO 18

1. Por que explicações? 18
2. O primeiro pilar: o neoconstitucionalismo 19

2.1. Supremacia da Constituição, jurisdição constitucional e uma nova dinâmica entre os poderes 23

2.2. A norma jurídica como princípios e regras 33

2.3. A interpretação do Direito: para além do mero texto legal 37

2.4. As funções dos direitos fundamentais 39

3. O segundo pilar: o neoprocessualismo, o neoconcretismo e o pamprocessualismo 42

3.1. A Constituição como centro do sistema processual e a instrumentalidade das normas processuais 42

3.2. Uma visão estrutural da prestação da justiça e o pamprocessualismo 46

CAPÍTULO II – ALGUMAS ANOTAÇÕES SOBRE O PROCESSO COLETIVO 48

1. O microssistema de tutela coletiva 48

1.1. Um conceito de sistema 51

1.2. As implicações da existência do microssistema de tutela coletiva 53

2. Um importante ponto distintivo do processo coletivo: a sua dimensão social e política 58

3. Alguns princípios relevantes ao processo coletivo 62

3.1. Princípio da atipicidade e o princípio da não taxatividade 63

3.2. Princípio da máxima efetividade 66

3.3. Princípio do devido processo legal coletivo 68

4. O objeto da tutela coletiva 73

4.1. A clássica divisão: direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos 73

4.2. A visão de Edilson Vitorelli: o foco nos litígios coletivos 77

4.3. Os valores constitucionais como objeto da tutela coletiva 80

5. A transformação no processo coletivo: as transformações na sociedade contemporânea e os seus reflexos na tutela coletiva 82

5.1. A sociedade do hiperconsumismo 83

5.2. A sociedade de riscos 87

5.3. A sociedade líquida 92

5.4. Há necessidade de um novo modelo? 95

CAPÍTULO III – AS PECULIARIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS 100

1. As políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais e da Constituição. 100

2. A natureza jurídica das políticas públicas 102

3. Os litígios decorrentes das políticas públicas enquanto litígios coletivos complexos 107

4. A interferência judicial no âmbito das políticas públicas: alguns argumentos favoráveis 110

4.1. A promoção da efetividade e força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais 110

4.2. A defesa do mínimo existencial 113

4.3. A concretização do direito fundamental ao acesso à justiça 114

5. Alguns desafios ligados à intervenção judicial nas políticas públicas 116

5.1. O ativismo judicial 116

5.2. A falta de legitimidade democrática e a falta de capacidade técnica 121

5.3. As questões financeiro-orçamentárias e a organização administrativa: a reserva do possível e as “escolhas trágicas” feitas pela Administração 124

5.4. A dificuldade no exame dos fatos e prognoses legislativas e administrativos 128

CAPÍTULO IV – O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURA: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO? 135

1. Conectando os pontos: dos litígios coletivos relativos às políticas públicos ao processo coletivo estrutural..... 135

1.1. Processo coletivo estrutural: entendendo o conceito..... 139

1.2. Processo coletivo estrutural ou medidas estruturais? A adoção de um modelo experimentalista 144

2. Uma visão de Direito Comparado: diferentes formas de lidar com problemas estruturais 149

2.1. A origem: o modelo norte-americano das "structural injuction"..... 150

2.2. Um primo próximo: o Estado de Coisas Inconstitucional..... 155

2.3. Um interessante referencial: o compromisso significativo sul-africano 162

3. Uma forma padrão para o processo coletivo estrutural: procedimento e especificidades 165

3.1. Duas peculiaridades do processo estrutural: uma nova compreensão dos princípios ligados ao pedido e à preclusão processual 170

4. A nossa visão sobre o processo estrutural para o controle de políticas públicas: o enfoque democrático e de soluções dialógicas. 178

4.1. O Poder Judiciário como um "fórum público" para tomada de decisões acerca de políticas públicas: o processo estrutural na proposta de Susan Surtm..... 183

5. Podemos falar em processo coletivo estrutural no Brasil? 190

5.1. Propostos legislativas para implementação do processo coletivo estrutural 190

5.2. Caminhos para implementar o processo coletivo estrutural pelo Direito positivo 195

5.3. A jurisprudência..... 199

6. Estudo de caso: ACP da Lagoa da Conceição 205

6.1. O contexto fático..... 208

6.2. A ação civil pública..... 210

6.3. Análise crítica da ação..... 215

CONSIDERAÇÕES FINAIS 218

Referências: 227

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe consigo uma série de desenvolvimentos teóricos para o Direito brasileiro. Em especial, ela foi um marco para a proteção e promoção dos direitos fundamentais. Além de colocá-los no centro do sistema jurídico, dando-lhes uma força normativa sem igual, ela também deu grande enfoque à sua efetiva concretização. Os direitos fundamentais deixam de ser entendidos como enunciações normativas abstratas, para serem usufruídos na vida cotidiana de todas as pessoas. Não só, a Constituição também abre um novo capítulo para a proteção dos direitos transindividuais. Tanto a ação popular quanto a ação civil pública passam a ser consagradas diretamente no texto constitucional. Além disso, o Capítulo I, inserido no título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" da Constituição, passa a fazer menção expressa aos direitos coletivos. Dessa forma, a tutela dos direitos coletivos (e a tutela coletiva dos direitos) tornam-se elementos integrantes da sistemática constitucional e instrumentos da realização dos seus valores essenciais.

Neste sentido, esta nova concepção paradigmática implica também em uma nova face ao Estado brasileiro. Este último não mais pode ser considerado apenas como um Estado Social, isso porque, ao se inserir a democracia enquanto uma das peças centrais a volta da qual organiza a sua estrutura, ele se torna um Estado Social e Democrático de Direito. Com efeito, mais do que a simples justaposição de adjetivos, esta nova denominação traz consigo a ideia de um Estado comprometido com a implementação de uma verdadeira transformação social, calcada na participação popular, na dignidade humana e na pluralidade de ideias. Compromisso este que exige uma reformulação acerca do papel dos Poderes Públicos no que tange a realização dos direitos fundamentais, em especial, em sua perspectiva coletiva.

Diante deste cenário, o tema das políticas públicas ganha especial relevância. Afinal, elas são os instrumentos precípuos de atuação do Poder Público, representando o conjunto organizado de ações por meio do qual se tenta materializar certos objetos de interesse público. Assim sendo, é inegável a função que lhes cabe a fim de permitir a concretização de tantos direitos fundamentais. E aqui não nos referimos apenas aos direitos sociais, mas a todas as

dimensões dos direitos fundamentais, inclusive aqueles que, “prima facie”, exigiriam apenas uma atuação negativa do Estado. Isto porque as políticas públicas não se prestam apenas a entregar prestações materiais diretamente ao cidadão, mas também a criar condições sociais, econômicas e culturais propícias ao desenvolvimento da dignidade humana.

Desta sorte, a existência de políticas públicas eficientes e adequadas torna-se uma preocupação relativa à própria efetividade da Constituição. Não por motivo outro que se viu um incremento cada vez maior da intervenção judiciária neste âmbito. Na medida em que o papel do Poder Judiciário também é revigorado no Estado Democrático de Direito, trazendo uma noção de direito ao acesso à justiça substancial, não poderiam os tribunais se escusarem de decidir quando direitos fundamentais encontrassem violados ou ameaçados pela inação, ou ação insuficiente do Poder Público. Assim, vimos surgir nos últimos anos uma verdadeira teoria acerca do controle jurisdicional das políticas públicas; de maneira que hoje é possível dizer que esse tipo de atuação jurisdicional é lugar-comum em nossos tribunais.

Nesse diapasão, a questão que nos intriga não é tanto discutir a legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas. O que realmente nos interessa é a pergunta: “Qual a qualidade deste controle?” É inegável que críticas podem ser feitas à intervenção jurisdicional neste campo. Embora algumas dessas críticas sejam vazias de conteúdo, lançadas ao vento dentro de discursos ideologizados, há certas peculiaridades deste tipo de lide que não devem ser ignoradas. Há, sem dúvida alguma, mérito no argumento de que o controle de políticas públicas vulnera, em certo grau, o esquema de Separação de Poderes. Além disso, é preciso enfrentar o desafio da reserva do possível e da finidade de recursos públicos. Embora muitas vezes tais argumentos sejam usados genericamente em defesa das Fazendas Públicas em juízo, trata-se de uma realidade inafastável e que deve ser considerada, em especial, em uma perspectiva macroscópica. Isto sem contar que não se pode desconsiderar que há validade na preocupação quanto a possível fragilidade democrática de um pronunciamento judicial que decide sobre temas de ordem coletiva e social (como o são as políticas públicas).

De modo geral, fazendo uma análise bibliográfica, há inúmeros autores que entendem pela impropriedade do modelo atual de processo civil para lidar com o controle de políticas públicas. Afinal, o processo civil tradicional, de regra, volta-se à solução de problemas individuais, que dizem respeito e cujas consequências se restringem às partes do processo. Nesse sentido, até mesmo o processo coletivo, instrumento, em tese, muito mais adequado para lidar com lides envolvendo diretos transindividuais e direitos individuais de massa, tem

dificuldade em tratar do assunto de forma adequada. O controle de políticas públicas parece reclamar um tipo especial de processo, isto é, mais dialógico, flexível, participativo, capaz de externalizar a complexidade inerente a estes litígios.

Isto porque, em nossa visão, em muitos casos, os litígios ligados ao controle de políticas públicas se inseririam no que denominaríamos de "litígios complexos". Utilizamos tal expressão para denominar aqueles conflitos que, tendo natureza coletiva, são qualificados por envolverem pretensões e interesses de diferentes grupos, e cuja solução não é aferível de pronto, de maneira fácil pelo magistrado. Dessa forma, a tutela jurisdicional adequada não é satisfeita pela prolação de uma única sentença judicial traduzida em um binômino "procedência/improcedência" do pedido, formalizada em um título imutável.

Com efeito, é dentro deste prisma que surge o tema de nossa dissertação: o processo coletivo estrutural. Trata-se este de uma espécie de tutela coletiva, a qual tem inspiração nas "structural injunctions" norte-americanas. Sua finalidade é a implementação de um modelo de atuação jurisdicional diferenciado, que se volta à realização de uma verdadeira reforma na estrutura de funcionamento de uma instituição pública ou privada, de maneira a solucionar a causa de uma lesão coletiva e reiterada de direitos. A tutela jurisdicional aqui não se limita a imposição de uma obrigação de fazer ou não fazer, mas sim à elaboração de um verdadeiro plano para promover uma transição de um estado de coisas indesejado para um novo estado ideal. Neste sentido, o processo coletivo estrutural é dotado de uma série de características especiais, entre as quais, sua flexibilidade procedimental, sua abertura ampla à intervenção de terceiros e à participação social, sua ênfase na consensualidade e dialogicidade entre as partes na formulação da solução do conflito, entro outras.

Portanto, a pergunta que anima a presente pesquisa é a seguinte: "O processo coletivo estrutural é um instrumento de tutela coletiva adequado para a tutela jurisdicional das políticas púbicas?"

A resposta desta pergunta exige que enfrentemos inúmeras outras questões antecedentes, como: "Quais os principais desafios do controle jurisdicional de políticas públicas hoje?" "A tutela coletiva tradicional é capaz de responder a estes desafios"? "Quais as características e qual a aplicabilidade do processo coletivo estrutural"? Estes são apenas alguns dos muitos questionamentos que investigamos no decorrer de nossa pesquisa. Desta forma, a fim de desenvolvermos cada tema de maneira completa, seguindo, uma sequência lógica, optamos por estruturar o presente trabalho da seguinte forma:

1º. O objetivo do capítulo preliminar é fixar os paradigmas teóricos que nos influenciaram no decorrer de toda a nossa pesquisa. Desta feita, não enfrentaremos nenhuma das perguntas centrais que colocamos acima como objetivo de nosso trabalho; no entanto, tralharemos com temas cruciais, que a elas tangenciam, e que facilitaram nosso estudo em momento posterior. De modo geral, neste primeiro capítulo, iremos nos debruçar sobre o neoconstitucionalismo e seu equivalente teórico no campo processual, o neoprocessualismo. Ambas as correntes de pensamento trazem consigo ideias fulcrais para entendermos e para justificarmos a aplicação e a existência do processo coletivo estrutural no Brasil. Assim, serão abarcados temas como: a Separação de Poderes; a judicialização da política e das relações sociais; a eficácia dos direitos fundamentais; a instrumentalidade do processo; a noção da justiça como um serviço público, e outros.

2º. O segundo capítulo de nosso trabalho voltar-se-á a um exame mais minucioso acerca da tutela coletiva. Nosso enfoque será apontar os seus contornos gerais no ordenamento jurídico brasileiro, introduzindo alguns de seus princípios reitores, os quais nos serão importantes quando discutirmos sobre processo coletivo estrutural. Além disso, nos preocupará também analisar a finalidade da tutela coletiva brasileira. Ora, por óbvio que ela se volta a tutelar direitos transindividuais e direitos individuais de massa, mas seria esta a totalidade de suas ambições? Assim, conjugaremos a ideia de que tutela coletiva brasileira tem uma função maior a cumprir na defesa da cidadania e da Constituição, com um questionamento acerca de sua capacidade de oferecer respostas efetivas aos litígios coletivo contemporâneos, nascidos em uma sociedade pós-moderna. Não seria necessário um novo pensamento sobre o processo coletivo? Um modelo mais flexível e não tão apegado a paradigmas do processo individual?

3º. O terceiro capítulo destinar-se-á ao controle das políticas públicas propriamente dito. Aqui será relevante examinar com mais afinco a relevância e a natureza jurídicas das políticas públicas dentro do Estado Social e Democrático de Direito. Não só, é preciso pontuar se as políticas públicas estão ou não inseridas dentro do que se pode chamar de um "juízo meramente político" dos agentes públicos, ou seja, se estão submetidos a critérios objetivos, controláveis pelo Judiciário. Por derradeiro, analisaremos, de maneira ampla, porém, não exaustiva, cada um dos principais desafios existentes no controle das políticas públicas. Em especial, nos debruçaremos sobre: **a)** o ativismo judicial; **b)** a falta de legitimidade democrática e a falta de capacidade técnica dos tribunais; **c)** as limitações orçamentárias do Estado; **d)** a dificuldade no controle sobre os fatos e prognoses do legislador e do administrador.

4º. O quarto e último capítulo concluirá a nossa pesquisa com um estudo mais minucioso sobre o processo coletivo estrutural. Aqui nós iremos extrair os fundamentos jurídico do porquê e como podemos falar em processo coletivo estrutural no Brasil. Assim sendo, nos aprofundaremos em seu conceito e características. Para embasar o nosso trabalho, também engajaremos em um estudo do Direito comparado. Veremos como os remédios/medidas estruturais são tratados em diferentes ordenamentos, mais especificado: **a)** nos Estados Unidos, por meio das "structural injunctions"; **b)** na Colômbia, por meio do Estado de Coisas Inconstitucional; **c)** na África do Sul por meio dos compromissos significativos. Feito isso, trazendo a lume toda a bagagem teórica construída, desenvolveremos como um processo coletivo estrutural voltado às políticas públicas deveria se caracterizar. E, por fim, examinaremos se o modelo do processo coletivo estrutural pode ser ou não aplicado no Brasil à luz do Direito positivo e da jurisprudência.

CAPÍTULO I – AS BASES TEÓRICAS DESTE TRABALHO

1. Por que explicações?

Segundo Thomas S. Kuhn, a "ciência normal" (aquela feita no dia a dia pelos cientistas) se desenvolve sempre em um paradigma aceito de maneira geral por todos os estudiosos daquela área do conhecimento.

Por paradigma pode-se entender (de uma maneira genérica) o conjunto de pontos fundamentais, o modelo científico geral, que rege e define um determinado campo de estudo, estabelecendo uma linguagem e visão comum entre seus pesquisadores. Ele é uma promessa de sucesso na compreensão e explicação dos fatos, que ganha tal status na medida em que se demonstra o modelo mais bem-sucedido, entre outros existentes, para solução de problemas[1]. Com efeito, para se tornar um verdadeiro paradigma é preciso que o modelo científico seja dotado de duas características principais; primeiro, seja adotado de maneira duradoura pela maioria dos praticantes da ciência; segundo, seja suficientemente aberto a fim de permitir que toda e qualquer espécie de problema possa ser resolvido pelos cientistas[2].

Neste sentido, explica o autor que a "ciência normal" não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômenos ou novas teorias, pelo contrário, a pesquisa científica se volta a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidos pelo paradigma. Assim, o trabalho cotidiano do cientista é a aplicação e atualização do modelo científico vigente, conformando os fatos aos limites por ele preestabelecidos[3]. Dessa sorte, o cientista acaba enfrentando três classes essenciais de problema: **a)** de determinação de fatos significativos para o modelo; **b)** de harmonização dos fatos com o modelo e **c)** de articulação do modelo[4].

O fato de se praticar a ciência dentro dos limites pré-estabelecidos pelo paradigma tem enormes vantagens para a produção científica. Dentre elas, explica Kuhn que, a partir do

---

[1] KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1998. P. 44.
[2] Ibidem, P. 30.
[3] Ibidem, P. 45.
[4] Ibidem, P. 54.

momento em que se parte de um conjunto de pressupostos conhecidos e aceitos universalmente, o cientista não tem a necessidade de justificar desde os primeiros princípios o seu campo de estudo. Assim, torna-se desnecessário gastar tinta para demonstrar de onde o trabalho parte e qual a orientação que ele tomará[5].

Dito isto, a visão de que a ciência é, de regra, realizada de acordo com um único paradigma que reina supremo dentro de um campo de pesquisa pode até ser verdadeira nas ciências naturais, todavia, não se pode dizer o mesmo quando se entra nas ciências humanas. No caso destas últimas, o que se vê é que, muitas vezes, diferentes paradigmas podem conviver simultaneamente, sem que um prevaleça sobre o outro. Esta é, inclusive, a realidade da ciência do Direito. Não é incomum que os juristas assumam diferentes pressupostos teóricos ao enfrentarem problemas jurídicos. Na verdade, a proliferação de diversas e divergentes visões sobre o Direito parece ser uma das marcas da atividade jurídica. Um exemplo facilmente perceptível está entre aqueles que adotam um paradigma positivista do Direito e aqueles favoráveis a um paradigma naturalista ou, ao menos, não positivista.

O que se espera transmitir com estas considerações iniciais é que o jurista, ao contrário do físico ou do químico, necessita, por vezes, deixar explícitos os seus pressupostos teóricos, sob pena de ser mal compreendido. Esta é a razão do presente capítulo, o qual forma a primeira etapa deste trabalho. Assim sendo, busca-se deixar claro ao leitor quais são as bases teóricas que servem de lastro à pesquisa aqui realizada, a fim de evitar dúvidas ou equívocos. Efetivamente, a necessidade desse capítulo de natureza introdutória revela-se em razão do próprio objeto de estudo com o qual se trabalha. A teoria do processo coletivo estrutural é relativamente nova, não possui um regramento legal, de maneira que quaisquer desenvolvimentos que se faça sobre ela devem estar embasados em um forte lastro teórico.

2. O primeiro pilar: o neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo é uma das correntes teóricas que formam o constitucionalismo contemporâneo. Este, por sua vez, surge da consagração dos ideais pós-positivistas, que afloraram especialmente a partir da segunda metade do século XX. De uma maneira geral, podemos dizer que as teorias do constitucionalismo contemporâneo se caracterizam: **a)** pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos e extensos,

[5] Ibidem, P. 40.

consectário a ideia de uma Constituição programática; **b)** pelo alargamento dos textos constitucionais em nome da democracia política, dos direitos econômicos, dos direitos dos trabalhadores; **c)** pela disseminação da ideia de uma Constituição divergente da visão tradicional, que a concebe como mera lei processual, definidora de competência e reguladora de processos; **d)** pelo advento de novos arquétipos de compreensão constitucional, enriquecendo a teoria geral das Constituições; **e)** pelo destaque dos direitos fundamentais como respostas às aquiescências, angustias e brandos por uma sociedade melhor, justa e igualitária[6].

Com efeito, o neoconstitucionalismo insere-se nesse contexto, assumindo muitas dessas características, embora também agregue outras ideias. Em verdade, o termo "neoconstitucionalismo" pode ser usado em uma variedade de sentidos. Primeiro, ele pode implicar na ideia de um modelo axiológico de Constituição normativa, marcado pela interferência nas ações dos atores políticos e pelas invasões nos campos racionalmente disciplinados por outros ramos do direito dentro do fenômeno da "constitucionalização do Direito". Segundo, ele pode indicar um modelo de Estado de Direito, o qual se assenta na força normativa, supremacia, rigidez e aplicabilidade integral do texto constitucional, aliado a uma sobreinterpretação do Direito a fim de impedir espaços em branco no ordenamento jurídico. Terceiro, uma nova teoria do Direito, ponto que mais nos interessa[7].

Neste diapasão, o neoconstitucionalismo, enquanto uma corrente teórica dentro do pensamento pós-positivista, se caracteriza pela oposição, adaptação e utilização de conceitos e institutos das teorias que lhes antecederam, ou seja, as teorias positivistas. Com efeito, parece errôneo afirmar que o neoconstitucionalismo se contrapõe totalmente ao positivismo jurídico "clássico", vez que possui com ele bases comuns. No entanto, é certo que assume perspectivas e visões diferentes em relação àquele em diversos aspectos. Neste sentido, vale a pena destacar alguns dos principais pontos defendidos pelas correntes positivistas. Para tanto lançamos mão da obra de Ronald Dworkin. O autor estabelece um esqueleto que condensa as ideias centrais do positivismo. Embora nem todos os autores positivistas a elas se subscrevam, certamente serve como um panorama didático, suficiente ao presente trabalho. Assim sendo, Dworkin sintetiza-se o positivismo nas seguintes ideias chaves[8]:

---

[6] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 77/79.
[7] SALES, Gustavo Fernandes. *Curso de direito constitucional*. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo, D'Plácido, 2021. P. 51.
[8] DWORK*IN*, Ronald. *Levando direitos a sério.* Tradução: Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Mart*In*s Fontes, 2010. P. 27/28.

A. O Direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizados, direta ou indiretamente, por uma comunidade a fim de determinar quais os comportamentos cogentes que devem ser observados pelo grupo social. Tais regras são identificadas por uma série de testes, os quais analisam não o seu conteúdo, mas sim a forma de sua adoção ou formulação (pedigree).

B. O conjunto destas regras é coextensivo com o Direito, de modo que se o interesse ou a demanda de uma pessoa não estiver claramente acobertada por uma regra jurídica, então ela não possui um "direito", não ocorrendo a "aplicação do Direito". Nesta situação de vácuo, cabe o juiz decidir com base em um juízo não jurídico, baseado em critérios estranhos ao mundo do Direito.

C. Dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" é dizer que o caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. Na ausência desta regra jurídica válida não existe obrigação jurídica.

Com efeito, o neoconstitucionalismo acaba por promover uma agregação de diferentes ideias que buscam, de certa maneira, inovar ou superar esse paradigma positivista clássico. Abraçando as teses pós-positivistas, promove-se uma aproximação entre a moral e o Direito, na medida em que se abre um espaço para conteúdos axiológicos em meio a ordem jurídica. Pensadores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustav Zagrebelsky, têm grande influência dentro desse contexto, especialmente, pela integração dos valores ao Direito por meio do reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos. Neste sentido, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo adota a tese do "soft positivismo*"* abrandando os rigores do positivismo clássico, sem perder de vista um certo teor de objetividade do Direito posto. Além de incorporar certas reflexões éticas ao juízo jurídico, ligando-se à ideia de um "positivismo ético", "aberto" ou "corrigido". Não só, o neoconstitucionalismo também se mostra aberto à realidade social, abrangendo, em partes, ideias do realismo jurídico[9].

De acordo com Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo pode ser identificado mediante três grandes marcos: um marco histórico, um marco filosófico e um marco teórico. Como marco histórico, temos o constitucionalismo do pós-guerra (coincidente com o processo de redemocratização brasileiro), o qual redefiniu o lugar da Constituição e a

[9] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* Op. Cit. P. 82/85.

influência do Direito Constitucional sobre as instituições estatais. Houve uma aproximação da ideia de democracia e constitucionalismo resultado no Estado Democrático e Constitucional de Direito, marcado pela força normativa da Constituição como garantia do próprio regime democrático. Por sua vez, como marco filosófico, temos o pós-positivismo; a superação dos modelos puros, voltados unicamente a busca de uma objetividade científica, afastada de discussões sobre legitimidade e justiça. A doutrina pós-positivista passa a valoriza a razão prática, trazendo nova importância a teoria da justiça e da legitimidade democrática. Assim sendo, ganham força ideias como a dignidade da pessoa humana, bem como a utilização de princípios como a razoabilidade e proporcionalidade. Por fim, como marco teórico temos o fortalecimento de teorias que reconhecem a força normativa da Constituição (Constituição como centro do ordenamento), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional[10].

De uma maneira geral, citando Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, podemos dizer que o neoconstitucionalismo trata-se de um ambicioso modelo constitucional, o qual envolve, simultaneamente, mudanças no tipo da Constituição, bem como, dos respectivos arranjos institucionais, e alterações na teoria jurídica subjacente. Neste sentido, ela se caracteriza por diversos fenômenos, os quais são sintetizados da seguinte forma pelos autores: **a)** reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; **b)** rejeição do formalismo e utilização frequente de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação ou a tópica; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais; **d)** reaproximação entre o Direito e a moral; **e)** judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário[11].

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 10 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 281/306

[11] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho [livro eletrônico]*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. N.p.

2.1. Supremacia da Constituição, jurisdição constitucional e uma nova dinâmica entre os poderes

2.1.1. A Constituição como núcleo normativa e axiológico do ordenamento jurídico: a normatização do político e efetividade das normas constitucionais

Como já indicado, o neoconstitucionalismo tem como uma de suas características marcantes, entre outras, o reforço da normatividade e supremacia da Constituição, bem como uma elevada preocupação com a concretização dos direitos fundamentais. Com efeito, afasta-se a compreensão da Constituição enquanto mera expressão política (típica do constitucionalismo moderno francês [12]), funcionando como mera sugestão ao legislador, para uma Constituição com força normativa, capaz de vincular (em maior ou menor medida[13]) a atividade legislativa. Desta forma, a Constituição se torna o núcleo normativo e axiológico do ordenamento jurídico[14], com suas normas irradiando os seus efeitos em relação às demais normas do Direito, condicionando-as. Simultaneamente, o constituinte passa a tratar no texto constitucional de diferentes matérias, as quais, originalmente, seriam objeto de deliberação tão somente pelo legislador ordinário, um fenômeno conhecido como "constitucionalização do Direito"[15]. Há, por consequência, uma verdadeira expansão da Constituição.

---

[12] SARLET, *In*go Wolfgang. MAR*IN*ONI, Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo*: Saraiva: 2021. P. 23/24.

[13] No que tange o papel que a Constituição pode assumir e sua *In*teração com o Poder Legislativo, Marcelo Novelino índica 04 modelos constitucionais: a) Constituição-lei: a Constituição tem função meramente política, funcionando como uma sugestão ao legislador, o qual, no entanto, não precisará segui-la; b) Constituição-fundamento (constituição total ou constituição-ovo): a Constituição regulamenta a totalidade das relações de uma sociedade, assim sendo, o texto constitucional não se limite à normatizar os elementos essências do Estado e do exercício do poder político, mas é fundamento de toda vida social. Dessa forma, o legislador tem sua margem de atuação suprimida, cabendo a ele apenas *In*terpretar e dar efetividade as normas constitucionais; c) Constituição-moldura: a Constituição estabelece, para além dos elementos essências ao Estado e ao exercício do poder político, linhas gerais acerca da vida social, tendo o legislador a discricionariedade para criar normas e regulamentar matérias, conforme a oportunidade política, desde que não viole os limites impostos pela Constituição; d) Constituição dúctil: cabe a Constituição tão somente estabelecer a assegurar um mínimo necessário para o convívio harmônico e exercício das liberdades públicas, de maneira a deixar amplo espaço para que as pessoas possam experienciar e optar por seus próprios modelos de vida (NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÈTODO, 2014. P. 88/89.).

[14] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* Op. Cit. P. 150.

[15] De acordo com Luís Roberto Barroso, o fenômeno de constitucionalização do direito infraconstitucional tem como consequência não apenas o fato de a Constituição passar a prever em seu âmago normas tradicionalmente relativas a outros ramos do Direito (como o Direito Civil, o Direito Processual, o Direito Econômico, o Direito Penal etc.), mas pelo fato de haver sua própria assunção a posição de núcleo do sistema, centro de uma ordem unificada e harmônica. A partir de então a Constituição também se torna um modo de olhar e interpretar os demais ramos jurídicos, aparecendo o método da "filtragem constitucional". Esse consubstancia-se no paradigma de que toda norma jurídica deve ser lida e apreendia sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Assim sendo, aplica-se a com constituição tanto diretamente (quando uma pretensão se funda em norma do próprio texto constitucional) quanto indiretamente seja porque antes de aplicar a norma o intérprete deve averiguar sua compatibilidade com a Constituição, seja porque ao aplicar a norma o intérprete deve lhe dar o

Dentro deste contexto, podemos dizer que a Constituição da República de 1988 consubstancia-se no ápice da construção do Estado Democrático de Direito brasileiro, trazendo para si a responsabilidade de ser o fio condutor de um processo de transformação da sociedade e das instituições políticas em busca de valores como a dignidade da pessoa humana; a igualdade e a justiça. Sobre o assunto, Paulo Bonavides escreve que a Carta Constitucional de 1988 é fruto da terceira fase do constitucionalismo brasileiro, em muito inspirada pela Constituição de Weimar e pela Lei Fundamental de Bohn. Desta maneira, o contemporâneo texto constitucional se volta à estruturação de um Estado de feições sociais, intimamente atrelado a instituições democráticas, e que tem como seus valores principais o primado da sociedade sobre o Estado e o indivíduo. Assim, assenta-se, enquanto fonte legitimadora do papel do Estado, sobre as ideias de democracia, liberdade e igualdade[16].

No mesmo sentido disserta José Joaquim Gomes Canotilho sobre a Constituição da República de 1988:

> A primeira e decisiva expressão de uma nova materialidade constitucional detecta-se nos autores que acompanharam de perto a feitura do novo texto constitucional (José Afonso da Silva, Paul Bonavides, Carlo Roberto de Siqueira Freire, Dalmo de Abreu Dallari) e acentuaram o processo constituinte como *verdadeiro "caminho" de experiência popular* (J. Afonso da Silva). A gramática do neoconstitucionalismo democrática e comunitário da centralidade não apenas ás palavras de luta do constitucionalismo – Estado de direito democrático, república, cidadania, dignidade da pessoa humana, Separação de Poderes, voto directo, periódico, universal e secreto -, mas também a novas pulsões dinâmicas da participação política e da justiça social. Neste contexto, o neoconstitucionalismo inicial erguei o documento de 1988 a "reserva da cidadania" ("constituição cidadã", foi o mote do Presidente da Assembleia constituinte, Ulyses Guimarães) e a "reserva da justiça" (O. Vilhena Vieira. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites matérias do poder de reforma, São Paulo, 1999), por nela se cristalizaram, nem sempre de forma coerente, as esperanças renovadas de justiça social[17].

É importante notar que a ideia do Brasil enquanto um Estado Democrático de Direito é maior do que a noção de Estado Social de Direito. De acordo com Lenio Luís Streck e Jose Luís Bolzan de Morais, o Estado Democrático de Direito ultrapassa a busca pela transformação social e concretização de uma vida digna ao ser humano (que é a missão do Estado Social), passando a agir simbolicamente como um fomentador da participação pública no processo de

---

sentido e alcance mais adequado aos fins constitucionais (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Op. Cit. P. 125/126).

[16] BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.P. 374/378.

[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Os métodos do achamento político*. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, *In*go Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasi. 3 ed. São Paulo: Educação Saraiva, 2018, P.l 53/54.

construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para trazer à tona uma perspectiva de futuro voltada a produção de uma nova sociedade, onde a democracia contém e implica, por si só, a solução do problema das condições matérias de existência[18]. O conteúdo marcante desse modelo estatal é a vinculação que traz entre a reestruturação das relações sociais e a democracia, de maneira que impõe deveres jurídicos de agir ao Estado para alcançar os fins por ela almejados.

Deveras, não há como não se observar um paralelismo entre o paradigma constitucional brasileiro e a visão proposta por Konrad Hesse acerca das interações entre a Constituição e a sociedade. Segundo a teoria do autor, a Constituição pode ser influenciada pela sociedade e pelos fatores de poder nela inseridos. No entanto, ela também tem a capacidade de influenciar a sociedade[19]. Ela pode ser, simultaneamente, produto e produtor da realidade social. Porém, o próprio autor adverte que, para que a Constituição possa realmente transformar a sociedade em que está inserida, é preciso ter o que chamou de "vontade de constituição"; ou seja, é preciso que as instituições políticas e de poder estejam empenhadas na sua realização[20]. Essa compreensão é transparente na Constituição da República de 1988, na qual o constituinte buscou criar um esquema normativo que trouxessem efetividade aos ditames constitucionais, imunizando-os de uma eventual falta de "vontade" dos órgãos públicos.

Desta maneira, há uma tentativa de normatização do político por parte da Carta Constitucional de 1988. Isso não significa a submissão do político ao Direito ou a confusão entre ambos[21]. Tanto o Direito quanto a política são ciências distintas, mas que acabam

---

[18] STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luís Bolzan de. *Estado Democrático de Direito*. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, *In*go Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasi. 3 ed. São Paulo: Educação Saraiva, 2018, P. 155.

[19] HESSE, Konrad *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes: Por Alegre: Sérigo Antonio Fabris Editor, 1991. P. 24.

[20] Ibidem. P. 21.

[21]. Adotamos a ideia de que o Direito e a política, embora possuam pontos de interconexão, não se confundem. Não é errado pensar que o Direito é política em certo sentido e que a política também se faz pelo Direito, porém, isso não significa que o Direito é sempre política. De fato, é um equívoco afirmar que um tem o condão de absolver completamente o outro. O que ocorre é, em verdade, uma sobreposição parcial. Nesse diapasão, parece-nos correta a visão de Celso Campilongo, segundo quem o Direito e a política são, cada qual, um sistema operacionalmente fechado e autorreferencial. Em outras palavras, ambos são capazes de se construir, reproduzir e delimitar seus elementos, fronteiras e estruturas. Porém, como cada sistema organiza sua autonomia, imunidade e clausura? A política, enquanto um sistema que tem por função tomar decisões coletivamente vinculantes, ordena-se a volta da comunicação política, a qual é constituída por fórmulas que tomam em conta relações de poder: superior/*In*ferior; governo/oposição. Nesse sentido, o mecanismo mais básico da comunicação política é o procedimento eleitoral, que permite o sistema a variação, seleção e estabilização de decisões coletivamente vinculantes, garantindo a manutenção de uma continua circulação das possibilidades e alternativas de decisão. No centro desse sistema político está o estado, elemento organizativo, onde operam mecanismos de relação e autocontrole das pretensões políticas, além de exercer uma função de orientação e subordinação das relações elementos do sistema. já na

influenciando reciprocamente no Estado Democrático de Direito. O Direito é, em certa medida, produto e instrumento da política ao mesmo tempo em que o exercício da política é limitado pelo império da Constituição[22]. Ao mencionarmos a "normatização do político" fazemos referência a percepção de que não basta a simples constitucionalização das relações sociais para se garantir que elas se realizam da forma esperada pelas normas constitucionais. A Constituição se faz no presente, de maneira que a implementação das promessas constitucionais ocorre sempre em uma constante tensão com a democracia[23]. Explicando, as escolhas políticas do passado (do constituinte) criam amarras e direcionam a decisões políticas do presente, sem, no entanto, suprimir o espaço de atuação das gerações do hoje. A escolha presente é guiada e condicionada pela escolha histórica, feita no momento da formação da Constituição. Dessa feita, parece-nos que existe uma relação quase paradoxal entre o princípio democrático, ligado a ideia da soberania popular e a autodeterminação do povo, e a sua relativa limitação em razão de imposições feitas pela própria sociedade durante o exercício do poder constituinte originário. Quadro esse complementado pela existência de instrumentos de controle da atuação política como por meio das ações constitucionais (ADI, ADC, ADO, MI etc.).

Novamente nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

---

periferia desse sistema estão inúmeras organizações, nas quais a tematização política das pretensões é mais veloz e intensa, cumprindo a função de preparar o caminho para as decisões tomadas pelo centro. por sua vez, o direito opera também através de um código próprio, que lhe garante o seu fechamento, qual seja: direito/não direito. por meio desse código é possível ter referência tanto da norma quanto do fato; cabe ao sistema jurídico analisar quais os interesses são repelidos pelo direito e quais são por ele protegidos. é assim que, por meio de operações internas, que o direito pode separar fatos juridicamente relevantes dos irrelevantes em vista aos programas normativos que fazem parte do sistema. assim, o direito é fechado em si mesmo pois somente o jurídico cria o jurídico; porém, é capaz de ser aberto, pois seu código permite reagir a estímulos externos. dentro desse prisma, o dever de julgamento – a inafastabilidade da jurisdição – é clausula de operatividade e de abertura cognitiva do sistema jurídica. Portanto, enquanto ambos são sistemas sociais parciais, o que diferencia o direito e a política é o código usado nas operações de comunicação que os caracterizam. se o código é governo/oposição, temos o sistema político, se o código é direito/não direito, temos o sistema jurídico. no entanto, a despeito dessa clara distinção, ambos os sistemas são estruturalmente acoplados. isso significa dizer, há uma dupla dependência entre os sistemas. o sistema político apresenta ao sistema jurídico as premissas para decisões judiciais através do processo de criação das leis, de parte dos programas normativos que são base para as suas operações. por outro lado, o sistema jurídico oferece ao sistema político as premissas para o uso da força (vez que só ele tem o monopólio do seu uso), permitindo um controle da força politicamente utilizada. (CASTRO, Marcus Faro de. Direito e político. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.) (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, P. 65/100).

[22]CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácito. 2022. P. 357.

[23] CHUEIRI. Vera Karam. *Constituição Radical: uma ideia e uma prática.* Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, P. 25-36. 2013.

> A colocação do texto constitucional de 1988 nos quadros paradigmáticos da modernidade significa que a normatização do político de uma constituição pretendeu dar centralidade a dois esquemas conceituais dessa modernidade: o poder e a política. A Constituição, qualquer constituição, invoca o poder constituinte como representação acabada das possibilidades de conformação do mundo social. A constituição é política – qualquer constituição é política – porque nela se cristaliza o exercício reflexivo do poder através do poder. [...] A articulação das teorias do Estado com as teorias do poder e do político explica a aceitação da lógica da constituição dirigente no contexto político-constitucional brasileiro. [...]. Parece líquido que a normatização constitucional do político e da estabilidade democrática não se comparece com a ideia de constituição reduzida a institucionalização e limite do poder político. Ela é uma ordem fundamental da comunidade com efeitos directivos na política, na legislação na aplicação e concretização das normas[24].

Portanto, o que se revela é que a ordem constitucional de 1988 promove uma conformação da liberdade do poder político. Como aduzem Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes, o atual momento do constitucionalismo é marcado pela supremacia da Constituição, a qual se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantia por mecanismo jurisdicionais de controle de constitucionalidade[25]. Dessa maneira, foge-se completamente da ideia de que o legislador tudo pode. A ele cabe cumprir uma função e, assim, a sua liberdade é transformada em discricionariedade[26]. O exercício de suas competências constitucionais não só encontra limites negativos (cuja violação ocasiona a inconstitucionalidade), mas também é conformada por limites positivos, verdadeiros deveres de legislar. Cabe ao legislador e aos agentes do Executivo, a função de criar e efetivar um ordenamento jurídico que seja apto a concretizar a Constituição.

Neste prisma é possível falar até mesmo em um "direito fundamental à efetivação da Constituição". A ideia parte de Dirley da Cunha Júnior, para quem o citado direito consiste na

---

[24]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Os métodos do achamento político*. Op. Cit. P. 52.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* .13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 52.

[26] Conforme a diferenciação promovida por Ricardo Marcondes Martins, há uma grande distância entre a liberdade e a discricionariedade. Na liberdade, o Indivíduo, para além de ter a possibilidade de escolher entre uma série de opções, tem a prerrogativa de optar por aquela que, em tese, prejudica ou menos satisfaz seus Interesses. Por exemplo, o proprietário de um terreno não tem a obrigação de dar ao imóvel a destinação que traga o maior número de riquezas possíveis para si e para a sociedade. Ao revés, ele pode optar por utilizar o terreno para um fim que que lhe seja, até mesmo, prejudicial economicamente. Isso, porém, não significa que o exercício a liberdade seja ilimitado. Afinal, incide aqui a função social, a qual, embora não suprima a liberdade, limita o âmbito de escolha, vedado o seu exercício nos casos em que traria prejuízos diretos e desarrazoados ao Interesse coletivo. A função, por outro lado, não é exercida em Interesse próprio, mas sim em Interesse alheio. Trata-se do plexo de poderes que é dado a alguém no Intuito de possibilitar-lhe o cumprimento de um dever. Dessa feita, quando alguém exerce uma função ele não possui liberdade, mas sim discricionariedade. Na discricionariedade o agente ainda pode escolher entre uma série de opções, mas deve o fazer em vista do melhor atendimento do Interesse por ele tutelado. Ou seja, diferente da liberdade, não pode escolher a opção que traga prejuízo ou traga uma utilidade menor ao Interesse que se deve atender. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015. P. 106/123)

prerrogativa fundamental que todos têm de ver a Constituição observada na sua plenitude, a fim de que se possibilite que os outros direitos fundamentais se desenvolvam e se realizem, notadamente aqueles que careçam de complementação. Tratar-se-ia de um direito latente na Carta Constitucional de 1988, o que poderia ser deduzido, como direito fundamental implícito, diretamente do regime democrático e social brasileiro, bem como dos princípios fundamentais que informam a ordem jurídico-constitucional. Assim, ele é um pressuposto para a plena eficácia de todos os direitos fundamentais, de maneira que legitimaria uma atuação mais ativa do Poder Judiciário para o combate das omissões inconstitucionais[27].

2.1.2. A expansão da jurisdição constitucional e a nova dinâmica entre os Poderes

Para garantir a efetividade das normas constitucionais, a contemporaneidade também acaba marcada por uma expansão da jurisdição constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso, entende-se por jurisdição constitucional a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais, ou seja, o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação das normas infraconstitucionais a luz da Constituição[28]. Com efeito, conforme escrevem Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o giro de materialização da Constituição limitou o âmbito de deliberação política. Atualmente, cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta recheada de valores de natureza impositiva e que devem ser observados pelos órgãos públicos. Assim, o Poder Judiciário passa a assumir parcelas consideráveis de poder sobre as deliberações políticas dos órgãos representativos e das decisões governamentais[29].

Sobre o assunto, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto apontam que, dentro desse paradigma, o Poder Judiciário é lançado a um novo patamar de importância no desenho institucional do Estado contemporâneo. Cada vez mais, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passam a ser decididas pelos magistrados, especialmente, pelas cortes constitucionais, tornando o Poder Judiciário um novo campo de debates políticos ao lado do Poder Legislativo. Dessa sorte, experiencia-se uma releitura da feição clássica da Separação de

---

[27] CUNHA JR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição.* São Paulo Saraiva, 2004. P. 355/360.

[28]BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo*. Op. Cit P. 158.

[29] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. P. 52.

Poderes, a qual impunha limites rígidos a atuação jurisdicional. Hoje, abre-se um maior espaço para o protagonismo judicial em defesa dos valores constitucionais, conforme a realização das promessas constitucionais são colocadas sobre os ombros dos magistrados que funcionam como "defensores da Constituição". Trata-se de uma visão que deriva de uma nova compreensão do próprio princípio democrático, que não mais se limita a simples vontade da maioria, legitimando restrição ao Poder Legislativo em favor dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, permitindo uma maior fiscalização por parte das cortes[30].

Como consequência, experiencia-se uma "judicialização da vida social e da política". Esse fenômeno pode ser observado de dois aspectos distintos. Primeiro, como a postura dos tribunais de assumir uma nova função política de maior visibilidade, a qual os retrata como defensores dos compromissos constitucionais, defensores de direitos e árbitros de conflitos acerca de políticas sociais. Segundo, como a crescente tendência da utilização da linguagem e do discurso jurídico, bem como, da litigância judicial, por uma ampla gama de atores políticos e sociais, incluindo movimentos sociais, organizações políticas ou ativistas individuais. Nesse diapasão, torna-se cada vez mais comuns que tais agentes, desde o cidadão comum aos organismos socialmente estruturados, formulem as suas pretensões e pautas políticas na linguagem de "direitos", se voltando as cortes no intuito de avançá-las[31].

Trata-se de um fenômeno global, o qual atraiu (e ainda atrai) grande interesse da literatura[32]. Indubitavelmente, um certo nível de "judicial policy-making" (em tradução livre: a formulação de políticas públicas pelos juízes) é natural e esperado em qualquer ordenamento jurídico que adote um sistema de controle de constitucionalidade, sendo plenamente legítimo que uma corte que tenha a atribuição de interpretar a Constituição exerça um grau influência na tomada de decisões políticas[33]. Porém, estamos a falar aqui de um fenômeno que vai além, em complexidade e escala, do que essa esperada relação entre os tribunais e a política. A judicialização da vida social e da política envolve mais do que a articulação e aplicação direta

---

[30] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional teoria história e métodos de trabalho [livro eletrônico]*. Op. Cit. N. p.

[31] HUNEEUS, Alexandra. COUSA, Javier A. SIEDER, Rachel. *Cultures of legality: judicialization and political activism In Latin America. In* Studies in law and society, Cambridge University Press, jun. 2010. P. 11/12.

[32] Citamos algumas obras coletivas sobre o assunto, as quais exploram diferentes aspectos e questões sobre essa temática: TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995; GARGARELLA, R. ROUX, T. *Courts and social transformation in new democracies: an Institutional voice for the poor?*. 1 ed. Londres: Routledge. 2016; GLOPPEN, Siri, et. al. *Courts and power in Latin America.* New York: Palgrave Macmillan. 2010.

[33] LANDFRIED, Christine. *The judicialization of politics in Germany. In* International Political Science Review, vol. 15, 1994. P. 115.

de normas e políticas públicas pelos juízes; ela também abrange as decisões e posturas assumidas por outros atores políticos em vista ao processo e decisões judicias. Esse fato se relaciona ao conceito de "juridificação", a expansão do discurso e do procedimento jurídico para as esferas sociais e políticas, onde eles eram, até então, excluídos ou mínimos[34].

Na doutrina nacional, Luís Roberto Barroso escreve sobre o assunto. O autor associa o fenômeno à redescoberta da cidadania e à conscientização das pessoas relativamente aos próprios direitos, ocorridas após a Constituição de 1988, o que serviria como impulso ao acesso às cortes. Além disso, destaca como um importante causa a criação de novos direitos pelo texto constitucional, bem como a introdução de novas ações e a ampliação da legitimação ativa para tutela de interesses mediante a representação ou a substituição processual[35]. Assim sendo, aduz o autor que, em razão da junção desses fatores (e outros, como a elevação institucional do Poder Judiciário e a constitucionalização do Direito), verifica-se uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais que têm nos tribunais a sua instância de decisão final.

Nesta análise, o quadro brasileiro acaba se inserindo em um contexto maior dentro da América Latina. De fato, embora se trate de um fenômeno global, os países latino-americanos aparentam ter maior propensão a manifestá-lo em razão de certas condições próprias, tais quais: (a) maior amplitude das esferas política e social submetidas a instituições legais ou a um discurso jurídico; (b) a expansão relativamente recente do número de espécie de instrumentos jurídicos disponíveis para resolver e superar conflitos políticos; (c) o uso mais frequente da linguagem e instrumentos jurídicos como uma estratégia dentro de certos tipos de choques políticos que são tradicionalmente levados aos tribunais[36].

Deveras, as causas destes fenômenos são múltiplas, estando certamente interconectadas. Pilar Domingo[37], em um esforço de síntese, as reduz a três fatores principais[38]:

A) Fatores governamentais: a crescente atuação política dos juízes pode ser vista como uma resposta a um déficit democrático, resultante de uma crise de

---

[34] G*IN*SBURG, Tom. *Judicialization of administrative governance: causes, consequences and limits*. *In* National Taiwan University Law Riew, vol. 03, n. 02, 2008. P. 06.
[35] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo*. Op. Cit. P. 131.
[36] HUNEEUS, Alexandra. COUSA, Javier A. SIEDER, Rachel. *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*. Op. cit. P. 13.
[37] DOM*IN*GO, Pilar. *Judicialization of politics or politicization of the judiciary: Recent trends in Latin Americ*a. *In* Democratization, vol. 11, n. 01, feb., 2004. P. 106/110.
[38] Em sentido semelhante: GINSBURG, Tom. *Judicialization of administrative governance: causes, consequences and limits*. Op. cit.

representatividade, credibilidade e legitimidade das instituições democráticas. Especialmente, em sociedades em que a tomada de decisões políticas não é vista como fruto de um amplo e justo debate público, mas sim de negociações a portas fechadas ou reflexos de poderosos lobbys de interesses, os tribunais podem surgir como o único espaço em que as decisões políticas podem ser contestadas como questões de constitucionalidade ou de interesse público. Além disso, a judicialização da vida social e da política também pode ser entendida como uma reação a uma falta de credibilidade por parte do governo, em específico quando as classes políticas estão envolvidas em níveis inaceitáveis de corrupção. Por fim, ela é também consequência da crescente complexidade e expansão do Estado contemporâneo, conforme ele alarga a sua zona de intervenção nas esferas sociais e econômicas, criando (ao lado de outros fatores ligados a realidade moderna) uma nova gama de conflitos de natureza complexa que acabam sendo levados ao Poder Judiciário.

B) Fatores sociais: a judicialização da política nasce justamente de uma mudança da atitude da própria sociedade e dos indivíduos em relação à lei e o ordenamento jurídico. Por uma série de fatores, as pessoas procuram cada vez mais os tribunais para resolução de disputas, levando a uma expansão da litigância. Neste prisma, o uso de uma argumentação baseada na lei e em "direitos" se torna um mecanismo de empoderamento. Assim sendo, ocorre uma mobilização legal, especialmente entre grupos minoritários, para criar uma cultura política e jurídica baseada em direitos.

C) Fatores internacionais: a universalização da linguagem dos direitos humanos também tem o condão de impactar, embora de maneira mais difusa, a relação entre Direito e política, especialmente em um nível mais discursivo dentro do processo democrático. Ligado a este fato está o surgimento de um complexo cada vez mais amplo de tratados internacionais de direitos humanos, os quais criam um sistema de resolução de conflitos (ex.: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos). Não só, a própria globalização e transnacionalização da política, da sociedade e da economia afetam como os atores sociais relacionam-se com o Direito e usam de seus mecanismos para avançar certos interesses, projetos, direitos ou para alterar as decisões políticas.

Independente da explicação que se deseje dar, certo é que esta nova realidade imprime uma nova face ao princípio da Separação de Poderes.

A mutação do conteúdo de tal princípio, tão fundamental ao Estado de Direito, não é algo extraordinário; ao contrário, trata-se de evento esperado, dado a sua natureza social e histórica. Nesse diapasão, vale ressaltar que a ideia de Separação de Poderes tem a sua gênese nos conflitos entre o parlamento e a monarquia inglesa que marcaram o século XVII, vindo, posteriormente, a ser adotada e expandida na doutrina de Montesquieu. Nesse primeiro momento, os Poderes Legislativo e Judiciário não eram perenes, mas sim exercidos por órgãos de natureza temporária, como forma de evitar arbitrariedades. Além disso, a divisão de tarefas era muito mais rígida, sendo poucas as exceções em que um Poder poderia exercer função atípica, realizando tarefa que pertenceria, primariamente, a outro Poder. Trata-se de um esquema que difere em vários pontos essenciais da atual concepção sobre a Separação de Poderes. Hoje, aceita-se com naturalidade o poder normatizador do Poder Executivo (a sua legitimidade para iniciar o processo legislativo e para editar normas, como, por exemplo, através do uso de medidas provisórias) ou o exercício de atividade jurisdicional pelo parlamento em certas ocasiões (como o julgamento de crimes de responsabilidade do presidente, procurador-geral de justiça etc.)[39]. Não há, portanto, um único modelo de Separação de Poderes; o seu significa altera-se, conforme a realidade cultural em que se insere.

Deveras, os esquemas clássicos, típicos de um Estado Liberal, tinham a Separação de Poderes como um mecanismo de neutralização política do Poder Judiciário, especialmente através da sua submissão a uma estrita legalidade, dentro da qual lhe era impedido decidir contra o texto da lei. No entanto, o advento do Estado social inicia um processo de reversão desse quadro, na medida em que a própria consagração dos direitos fundamentais de segunda dimensão traz ao judiciário uma nova onda de demandas, as quais, por sua vez, passam a atribuir cada vez mais importância a atuação jurisdicional. A partir do momento em que é exigido do Estado mais do que a simples abstenção, demandando-se uma atuação positiva na construção de condições mínimas de dignidade a todas as pessoas, a função do Poder Judiciário também se transmuta. A ele não cabe apenas aplicar a lei em um exercício de subsunção, dizendo o que é legal e ilegal, mas também lhe cabe examinar o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar. Ou seja, ele é chamado para realizar uma função sócioterapeutica, corrigindo desvios na consecução dos direitos fundamentais e da Constituição[40].

---

[39] STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Fábio de. *Art. 2º. In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasi. 3 ed. São Paulo: Educação Saraiva, 2018, P. 145/147.

[40] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Op. Cit. P. 266/267.

Neste diapasão, escreve José Afonso da Silva que o princípio em comento não mais vigora com a rigidez que possuía outrora. Segundo o autor, as configurações do Estado contemporâneo trazem consigo uma nova visão da teoria da Separação de Poderes, bem como novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativos, executivos e judiciários. Assim sendo, o autor dá preferência ao termo "colaboração de poderes" como forma de melhor representar essa realidade[41]. No mesmo sentido, Marcelo Novelino também menciona que a ideia de limitação da soberania por meio da repartição de competências em diferentes órgãos perdeu parte de seu valor. Dessa forma, o princípio da Separação de Poderes torna-se mais flexível, justamente em razão da existência de novas interrelações entre os Poderes, abrindo caminho para um modelo de colaboração recíproca[42].

Parece-nos correto esta mudança conceitual defendida pelos autores. Ora, se é verdade que o Estado brasileiro, enquanto ente uno, deve-se atuar para atingir os seus objetivos fundamentais enumerados no art. 3º do CR, os Poderes que o integram devem necessariamente atuar em sincronia na execução do plano constitucional. A tônica do Estado Democrático e Constitucional de Direito contemporâneo deve ser dada pela ideia de "cooperação" tanto entre os entes federativos quanto entre as funções estatais. Dentro desse prisma, o Poder Judiciário deixa de ser mero expectador, mas se torna componente de fulcral importância na construção de um esquema cooperativo para o cumprimento da Constituição.

2.2. A norma jurídica como princípios e regras

Um primeiro ponto relevante ao se tratar do tema é acentuar que a palavra "princípio" é polissêmica. Assim sendo, ela pode ser compreendida em diferentes sentidos, sendo, portanto, interessante, para fins de clareza desse trabalho, pontuarmos de maneira breve cada um de seus significados. Com efeito, como indica Ricardo Marcondes Martins, é possível identificar três distintos conceitos para princípio. Primeiro, pode-se usar a palavra "princípio" de modo análogo aos termos "origem" ou "início", fazendo referência às questões gerais da disciplina do Direito. Trata-se de um conceito mais antigo, muito utilizado para nomeação de obras jurídicas, p. ex.: "Princípios de Direito Administrativo". Por outro lado, em um segundo significado, os princípios também podem ser traduzidos na ideia de "vigas-mestras", ideias-chaves, alicerces do sistema jurídico. Este é o sentido mais "clássico" ou tradicional que se tem

[41] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 111.
[42] NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. Op. Cit. P. 341.

dos princípios. Como indica Celso Antônio Bandeira de Mello, sob esse prisma, entende-se princípio como "a disposição, expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva"[43]. Eles são, portanto, figuras próximas dos valores, mas desprovidos de uma carga deôntica. Por derradeiro, temos o sentido que aqui mais nos interessa nesse trabalho, os princípios como normas jurídicas, os quais se substanciam em "mandados de otimização"[44].

A ideia de que o ordenamento jurídico não seria constituído apenas por regras tem entre seus principais defensores Ronald Dworkin. O autor argumenta que em diversas situações, especialmente no que denomina de "casos difíceis", os aplicadores do Direito lançariam mão de padrões que não se caracterizariam como regras, mas sim como princípios ou políticas. Para o autor, os princípios (e políticas) seriam mais do que fruto de uma simples atuação "discricionária" dos tribunais, ou seja, desvinculada de qualquer padrão decisório. Ao contrário, os princípios (e políticas) seriam dotados de verdadeira carga de obrigatoriedade[45].

Há alguns argumentos que militam em favor da dimensão deôntica dos princípios. Primeiro, como aduz Dworkin, não há nada no caráter lógico de um princípio (e das políticas) que o torne incapaz de obrigar. Em verdade, a prática forense indica o contrário; quando os magistrados falham em observar e ponderar princípios incidentes no caso concreto, são objeto de críticas de seus colegas e de outros juristas, os quais apontam o erro da decisão, demonstrando que deixaram de seguir um padrão decisório reconhecido pela comunidade. Segundo os princípios (e as políticas) têm a capacidade de prescrevem um resultado no caso concreto. Sempre que o juiz, ao realizar a ponderação de peso entre princípios conflitantes em um caso, reconhece pela prevalência de um deles (o de maior peso), ele deve decidir no sentido do princípio dominante, assim como seguiria o comando de uma regra. Terceiro, mesmo que possa se reconhecer certa "incerteza" quanto ao conteúdo exato e o peso de um princípio, tal fato não é suficiente para afastar sua obrigatoriedade. Afinal, o simples fato de os princípios (e as políticas) conterem uma maior margem para decisão judicial, não implica na ideia de que o juiz decide desvinculado de qualquer forma de padrão ou standart jurídico[46].

---

[43] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Criação de secretarias municipais: Inconstitucionalidades do art. 43 da lei orgânica dos municípios do Estado De São Paulo*. *In*. Revista de Direito administrativo e *In*fraestrutura, vol. 11, Out - Dez / 2019. P. 433.

[44] MART*IN*S, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais*. *In*. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, jul./ago. 2016. P. 65 *et seq*.

[45] DWORK*IN*, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. Cit. P. 36/53.

[46] Ibidem. P. 56/58.

Em sentido complementar, vale destacar o trabalho de Robert Alexy. O autor alemão traz interessante argumento em favor de compreender o Direito como um sistema formado, simultaneamente, por regras e princípios, analisando a questão sob a ótica dos direitos fundamentas. Com efeito, conforme aduz Alexy, um sistema jurídico em que os direitos fundamentais representassem apenas regras seria incapaz de explicar satisfatoriamente a existência de restrições a esses próprios direitos (especialmente em casos concretos); por outro lado, um sistema jurídico formado apenas de princípios falharia na medida em que tornaria a norma positivada mero "topoi", desconsiderando-a e promovendo insegurança. Ou seja, reduzir o Direito às regras lhe tiraria a flexibilidade necessária para enfrentar as diferentes demandas e conflitos sociais, enquanto dotá-lo apenas de princípios lhe subtrairia a certeza inerente a sua missão de gerar previsibilidade e estabilidade nas relações sociais[47].

Assim sendo, considerando o valor deôntico que os princípios são capazes de assumir, podemos defini-los, seguindo a teoria de Dworkin, como padrões que devem ser observados por serem uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (políticas, por sua vez, são padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, o qual se substância, em geral, em uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade). A diferenciação desta classe de normas jurídicas das regras viria em duas dimensões. Primeiro, as regras se aplicam sob a lógica do tudo ou nada; significa dizer, ou elas são válidas e, preenchida a sua hipótese de incidência, fazem valer o seu consequente, ou são inválidas e não incidem. Já os princípios não funcionam dessa maneira, não apresentam um consequente que se faz valer automaticamente, mas enunciam razões que conduzem o argumento em uma certa direção. Segundo, os princípios possuem uma dimensão de importância ou de peso, quando há um conflito entre princípios, essa colisão é resolvida conforme a força relativa de cada um no caso concreto analisado.[48]

Deveras, Alexy apresenta uma compreensão semelhante, defendendo uma diferenciação qualitativa entre regras e princípios. Segundo o autor, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; são, por conseguinte, mandados de otimização, os quais podem ser satisfeitos em diferentes graus. Por outro lado, as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, elas não admitem uma "semi-aplicação" ou "aplicação pela metade". Elas, portanto,

---

[47] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentas*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 121/135.
[48] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. Cit. P. 36/42.

contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Nesse diapasão, Alexy se aproxima de Dworkin ao afirmar que o conflito entre regras ocorre no âmbito da validade (embora possa ser contestado se ele adota ou não a lógica do tudo-ou-nada, pois concebe a possibilidade de o conflito não resultar na invalidade de uma regra, mas em uma exceção) enquanto o conflito dos princípios ocorreria no campo do peso. Assim sendo, na teoria de Alexy, o conflito entre princípios se solucionaria por meio da técnica da ponderação, a qual resultaria em uma relação de precedência condicionada (P1 P P2) C[4950].

Em solo brasileiro, vale destacar a teoria de Humberto Ávila, o qual traz uma série de critérios para diferenciar os princípios das regras[51]:

A) Critério da natureza do comportamento prescrito: as regras são normas imediatamente descritivas, enquanto estabelecem obrigações, permissões e proibições, mediante a descrição da conduta adotada. Os princípios, por sua vez, são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de uma série de comportamentos.

B) Critério da natureza da justificação exigida: a interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos, construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correção entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

C) Critério da medida de contribuição para decisão: as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, tem a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. Já os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, vez que abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para a tomada de decisão, não tendo a pretensão de gerar uma solução específica para o caso concreto.

---

[49] Significado: P1 é prevalente sobre P2 pois há razões suficientes no caso concreto para que aquele tenha um peso maior que este.
[50] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentas*. Op. Cit. P. 90/103.
[51] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo, 2018. P. 95/102

Por derradeiro, há dois pontos finais, de especial relevância, que gostaríamos de tratar aqui. Primeiramente, existe uma efetiva dificuldade, em muitos casos, de indicar se uma norma é uma regra ou um princípio. Dworkin já nos indica este problema ao mencionar que o texto normativo pode conter em si expressões como "razoável", "negligente" ou "injusto", as quais condicionam o seu comando normativo e criam uma margem de valoração para o magistrado. Tais termos permitem, em muitas situações, fazer com que regras se comportem de maneira semelhante a princípios (embora não chegue propriamente a transformá-los nestes)[52]. Nesse sentido, vale destacar a ideia de "alternativas inclusivas" proposta por Humberto Ávila, segundo a qual um ou vários dispositivos, ou, ainda, a implicação lógica deles, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e metaética (postulado), conforme o aspecto sob o qual é enfrentado[53]. Segundo, os princípios são importantes pontes de conexão entre o Direito e a moral. Como estabelece Alexy, não há verdadeira diferença entre os princípios e os valores, exceto o seu campo de existência; os primeiros estão no plano deôntico e os segundos no plano axiológico[54]. Assim sendo, os princípios se consubstanciam em verdadeiros valores juridicamente relevantes, os quais, dão maior maleabilidade ao Direito, permitindo que este se adeque às dimensões éticas da sociedade sobre o qual impera, mudando conforme as mudanças sociais.

2.3. A interpretação do Direito: para além do mero texto legal

Como brevemente indicado acima, o positivismo jurídico (ao menos no esqueleto criado por Ronald Dworkin e aqui seguido por nós), estabelecia uma simbiose plena entre o Direito o texto da lei. Acreditava-se em um legislador onisciente e onipotente, capaz e unificar todo o ordenamento, sedimentando-o em Códigos planejados e estáveis. Assim sendo, o Direito, o jurídico, seria apenas aquilo que encontrasse respaldo no texto normativo, ou seja, na norma jurídica expressa positivada pelo legislador dentro de um juízo de subsunção. Tratava-se de um modelo baseado em uma racionalidade dedutiva, em que soluções particulares eram retiradas de regras gerais, seguindo inferências lógicas, lineares e hierarquizadas[55]. É neste quadro em

[52] DWORK*IN*, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. Cit. P. 44/45.
[53] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* . Op. Cit. P. 92/93.
[54] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentas*. Op. Cit. P. 153.
[55] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Op. Cit. P. 98/99

que surge o juiz como "bouche de la loi" (a boca da lei), com possibilidades interpretativas restritas, além de se refutar, por completo, qualquer capacidade criativa.

Hans Kelsen, um dos principais expoentes do positivismo jurídico, traz uma visão interessante acerca da interpretação jurídica dentro desse contexto. Embora o autor não equipare o texto legal a norma jurídica (ao contrário, há claros indicativos em sua obra de que compreende a norma jurídica como o produto da interpretação pelo aplicador do Direito[56]), afasta da atividade interpretativa todo e qualquer juízo valorativo. Segundo Kelsen, cabe ao jurista meramente indicar quais os possíveis sentidos que a norma jurídica pode assumir, porém, sem optar por qualquer deles, não sendo possível existir uma interpretação "correta"[57]. Dessa sorte, a escolha do sentido da norma estaria em um âmbito fora do Direito, no campo da política, vez que envolveria elementos valorativos, estranhos à ciência jurídica.

Inobstante os méritos da teoria kelseniana, não se pode concordar com a conclusão apresentada pelo autor. Isso porque, a aplicação do Direito não se dá somente pelo simples silogismo, ela envolve, necessariamente, juízos de valor. De acordo com Canaris, o Direito não é um sistema puramente lógico-racional, mas sim um sistema valorativo-teleológico. Isso significa dizer, o Direito, enquanto um sistema, é um conjunto de normas dotadas de unidade e ordenação, que buscam a realização de certos valores[58]. Esta ideia é hoje amplamente adotada, especialmente, entre os defensores do neoconstitucionalismo, de acordo com quem houve uma internalização pela Constituição de diferentes valores sociais e políticos[59].

Assim sendo, a norma jurídica não se confunde com o texto normativo, mas é, sim, produto da sua interpretação[60]. O Direito, na contemporaneidade, não pode ser reduzido somente ao raciocínio puramente lógico e abstrato que tem como seu único foco o comando verbal do texto da lei. Assim sendo, adota-se aqui a teoria normativo estruturante de Friedrich Müller, de acordo com quem, o texto normativo (o programa normativo) não possui

---

[56] Kelsen entende que a atividade *In*terpretativa é também criativa, ou seja, o juiz, não declara o Direito, mas cria uma norma *In*dividual que se aplica ao caso concreto. Ou seja, a norma *In*dividual contida na sentença é fruto da *In*terpretação do juiz, o qual parte da lei geral e abstrata, dando-lhe sentido. A própria lei é fruto de uma *In*terpretação da Constituição, dentro do processo de passagem do Direito dos seus escalões mais superiores para os mais *in*feriores (KELSEN, Hans. *Teoria pura do* direito. Tradução João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P.04, 263/273,389)

[57] Ibidem. P. 392 *et seq*.

[58] CANARIS. Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3º ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBERNKIAN, 2002. P. 12/13 e 30/32

[59] BARROSO, Luís Roberto**.** *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. *In* Revista da EMERJ, v. 04, n. 15, 2001. P. 32 *et seq*.

[60] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op.Cit. P. 50.

normatividade concreta, vez que é desprovido de um conteúdo e uma determinação material, representando, em verdade, a mera forma linguística da norma. A norma jurídica em si é fruto de um processo de concretização derivado da interação entre o texto normativo e o âmbito normativo (ou seja, o conjunto de fatos ao qual se propõe aplicar a norma). Como explica Friedrich Müller, o texto normativo tem a função de estabelecer os limites externos dos possíveis sentidos que se pode dar à norma, dentro do qual o intérprete poderá construir o seu significado material de acordo com o âmbito normativo[61].

Nesse diapasão, adotamos o posicionamento de Ronald Dworkin sobre o fim a ser almejado pela atividade interpretativa. Conforme escreve o autor, a interpretação deve sempre buscar revelar a melhor forma do objeto interpretado. No caso da norma jurídica, a interpretação deve buscar o melhor conteúdo do comando normativo em si considerado[62]. Nesse sentido, a melhor interpretação só pode ser dada a partir de uma visão sistemática-teleológica do Direito, seguindo um movimento de ida e volta da palavra para o texto, da norma para o ordenamento, conforme o ciclo hermenêutico de Karl Larenz[63]. Neste prisma, parece-nos que o Direito se assemelha a um "iceberg". Apenas uma pequena parte das normas que o compõe estão explicitamente expostas, aquelas extraídas da simples literalidade dos textos normativos. O restante do "iceberg", a imensa parte do Direito que fica submerso e "escondido" aos olhos do observador, é formado pelas normas decorrentes ou implícitas[64]. Estas últimas derivam do conjunto de relações e conexões formadas entre os inúmeros textos normativos inseridos dentro do sistema unitário e teleológico que é o Direito**.**

2.4.As funções dos direitos fundamentais

Uma das principais características do neoconstitucionalismo é o enfoque que dá aos direitos fundamentais. De acordo com José Afonso da Silva, podemos entender por direitos fundamentais as prerrogativas e instituições que, em um nível de direito positivo, representam garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas, consubstanciando-se em

---

[61]MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. P. 192/210

[62] DWORK*IN*, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª tiragem. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 222.

[63] LAREZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito***.** 3 ed. Tradução de José Lamergo. Lisboa: Caloust Gulbenkian, 1997. P. 286.

[64] MART*IN*S, Ricardo Marcondes. *Teoria Geral da Interpretação jurídica: considerações críticas à obra de Black. In.* Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. vol. 3. ano 1. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017. P. 306.

princípios que resultem da compreensão de mundo que informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico. Assim, a sua "fundamentalidade" deriva justamente do fato de indicarem situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, por vezes, sequer pode sobreviver[65]. Em sentido semelhante temos a definição de Pérez Luño, para quem os direitos fundamentais consistem um conjunto de faculdades que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, e que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos[66].

Deveras, observa-se que os direitos fundamentais acabam por se substanciar no complexo de valores ético-sociais que são considerados relevantes para cada sociedade e que representam os padrões de vida mínimos que se espera alcançar para todos os seus membros. Nesse sentido, frente a própria dimensão axiológica de tais direitos, não é de se estranhar que ganhem posição de destaque na nova ordem constitucional, a qual é fundada na dignidade humana. Inclusive porque, como escreve Paulo Bonavides, com a queda do positivismo clássico e o advento da teoria material da Constituição, o centro dos estudos constitucionais passa da parte organizacional (a teoria da Separação de Poderes, a divisão de competências etc.) para a parte substantiva da Lei Magna, formada justamente pelos direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade. Através dos direitos fundamentais coloca-se o ser humano no seio do Direito, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras de poder, coroando os valores da pessoa humana em seu mais elevado grau de juridicidade[67].

Sob esse prisma, essa nova posição de destaque dos direitos fundamentais é acompanhada do reconhecimento da existência de uma dupla dimensão desses mesmos direitos, qual seja, uma objetiva e outra subjetiva. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, dentro de uma concepção subjetiva, os diretos fundamentais são enfrentados de maneira individualizada, ou seja, servem para a proteção de condutas ou posições jurídicas das pessoas consideradas em si mesmas. A concepção objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, vai além dessa perspectiva, dando-lhe conteúdo e significa dentro da esfera coletiva, ou seja, enquanto valores relevantes à sociedade como um todo.[68]. Nesse sentido, afirma José Carlos Vieira de Andrade que a compreensão dos direitos fundamentais enquanto apenas posições jurídicas subjetivas

---

[65] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 178
[66] CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómes. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1979. P. 43.
[67] BONAVIDES, Paulo. *Curso de* direito constitucional Op. Cit. P. 616 e 618.
[68] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 186.

não engloba todas as consequências jurídicas decorrentes de tal categoria jurídica. Afinal, os direitos fundamentais também são dotados de uma "mais-valia jurídica", decorrente da sua manifestação em um sentido valorativo, funcional e estrutural dentro da ordem constitucional, a qual lhes concede a capacidade de gerar efeitos que vão além das relações jurídicas demarcadas por direitos subjetivos[69].

Sobre essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale transcrever as palavras de Paulo Bonavides:

> Esse conteúdo jurídico-objetivo provoca a chamada "hipertrofia dos direitos fundamentais" (Bettermann). Mas configura, ao mesmo passo, numa variação incontrolavelmente qualitativa, o rompimento e a mudança da relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado e vice-versa. Relação característica do *status negativus* e do subjetivismo individualista da idade liberal. Sucedeu-lhe, porém, agora mais ampla – pluridimensional e plurifuncional -, que é o do *status positivus*, mediante o qual se reconciliam o cidadão, a Sociedade e o Estado. A hegemonia traslada-se, então, para a Sociedade, com as novas gerações de direitos fundamentais incorporados ao constitucionalismo contemporâneo, transformando a Constituição em ordenamento jurídico fundamental da Sociedade, e não apenas do Estado. Com efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Bockenforde, uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula[70].

É justamente essa dimensão objetiva que nos interessa nesse trabalho. Isso porque, é dentro dessa dimensão que os direitos fundamentais são capazes de criar certas imposições e obrigações ao Poder Público, ligadas ao seu conteúdo essencial, que se demonstram como deveres em favor de toda a coletividade de natureza imperativa, guiando, portanto, a atuação estatal. Nesse sentido, chama-se especial atenção à ideia dos direitos fundamentais como parâmetros para a criação e constituição de organizações e procedimentos. Como aponta Ingo Sarlet, pode-se extrair dessa "mais-valia jurídica" que se reconhece aos direitos fundamentais a existência de um dever de proteção do Estado, o qual se concretiza na edição de normas que disponham sobre procedimento administrativos e judiciais, bem como a criação de órgãos, que se demonstram necessários a salvaguarda e efetivação de tais direitos. Sustenta-se que os direitos fundamentais são, de certa forma, são dependentes da organização e do procedimento (sofrem influência destes), mas influem sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais. Assim sendo, o conteúdo dos direitos fundamentais não só condiciona a

---

[69] ANDRADE. José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4 ed. Coimbra: Edições Almeida, 2009. P. 134.
[70] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* Op. cit. P. 619.

aplicação e interpretação de normas procedimentais, como pode exigir a formatação de um Direito organizacional que auxilie na sua proteção e efetivação[71].

Pondera sobre o assunto José Carlos Vieira de Andrade. Como escreve o autor, a generalidade dos direitos fundamentais, embora de modos diferentes e com diversas intensidades, tem uma relação importante com regras organizatórias e procedimentais, a qual vai além dos direitos fundamentais a um procedimento (ex.: direito ao "habeas corpus"). Há inúmeros direitos fundamentais cuja concretização ou exercício depende um procedimento ou organização estabelecida pelo Estado, podendo citar: **a)** os direitos dependentes de um procedimento para o seu exercício (ex.: direito ao sufrágio); **b)** direitos sujeitos a um procedimento, quando o procedimento é necessário para definir a sua existência ou para solucionar problemas de colisão com outros direitos fundamentais (ex.: direito ao asilo político); **c)** direitos fundamentais de cunho procedimental, relacionados, em especial aos direitos à prestação (ex.: direito à educação); **d)** direitos que podem ser afetados a um procedimento administrativo e judicial. Existe, portanto, uma vinculação do Poder Público a elaboração e criação de tais procedimentos, sempre em vista a assegurar o exercício e a efetividade dos direitos fundamentais. Inclusive, esse grau de imperatividade poderá variar conforme o direito em análise, mas sempre existirá um mínimo relacionado, justamente, à manutenção do conteúdo mínimo essencial do direito fundamental[72].

3. O segundo pilar: o neoprocessualismo, o neoconcretismo e o pamprocessualismo

3.1. A Constituição como centro do sistema processual e a instrumentalidade das normas processuais

O segundo grande pilar teórico sobre o qual nos apoiamos para a realização deste trabalho é o chamado neoprocessualismo. A expressão "neoprocessualismo" tem a importante função de remeter ao fenômeno teórico do neoconstitucionalismo, trazendo, assim, a reboque, todas as suas premissas metodológicas[73]. Desta sorte, formam as bases teóricas para o estudo do processo tanto a força deôntica dos direitos fundamentais quanto a relevância e centralidade dos valores constitucionais na interpretação do sistema processual. Por conseguinte, é colocado

---

[71] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 154/155.

[72] ANDRADE. José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.* Op. Cit. P. 141/144.

[73]DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 53.

em enfoque o caráter instrumental das normas processuais, deixando clara a interconexão cíclica existente entre o Direito processual e o Direito material, na medida em que se reconhece o processo como campo de concretização da Constituição.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira enumera algumas implicações essenciais da abordagem neoprocessualista. Primeiro, o reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais, os quais norteiam não só a regulação legislativa do processo, como também o regramento da conduta das partes (e do órgão judicial) frente ao caso concreto, bem como o próprio conteúdo da decisão judicial. Segundo, a ideia de que a lei deve se movimentar em direção aos direitos fundamentais e não o contrário, dando ênfase à supremacia dos primeiros. Terceiro, a identificação do caráter principiológico dos direitos fundamentais, de maneira que esses, simultaneamente, eliminam as regras jurídicas existentes e dão ao sistema flexibilidade na formulação de outras regras para solucionar questões processuais concretas[74].

Com efeito, a visão neoprocessualista alinha-se com a tese defendida por Owen Fiss acerca da função da jurisdição. O autor norte-americano defende que é papel do Poder Judiciário esclarecer e definir o sentido dos valores estabelecidos pela Constituição, considerando a vagueza das normas constitucionais. Assim, cabe aos órgãos judiciais operacionalizar esses valores constitucionais, engajando em um diálogo articulado para encontrar o verdadeiro significado da Constituição. Uma função que, embora seja mais prevalente nas ações de índole constitucional, também se manifesta em todas as formas do exercício da jurisdição[75]. Compreensão essa que é ecoada na doutrina brasileiro por Luis Guilherme Marinoni, para quem a jurisdição tem a finalidade de tutelar as necessidades do Direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais, concretizando os direitos fundamentais. Desse modo, espelhando a ideia de "operalização" trazida por Owen Fiss, o autor brasileiro argumenta que cabe a jurisdição mais do que declarar o direito, mas também garantir a sua efetividade, armando-se dos necessários mecanismos executivos[76].

A posição neoprocessualista, assim, relaciona-se intimamente, e engloba, outra corrente teórica denominada "neoconcretista". Defendida por Cassio Scarpinella Bueno, tal corrente defende o estudo do processo civil sob o prisma da viabilização da concreta prestação da tutela

---

[74] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In* Cadernos do programa de pós-graduação em Direito – PPGDIR/UFRGS, n. 02, vol. 04, 2004. P. 12/124.
[75] FISS, Owen. *Forms of Justice. In Harvard Law Review, vol 92, n 1, 1979* P.09, 21 e 51.
[76] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 1, teoria geral do processo*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 112/115.

jurisdicional a quem dela faz jus no plano material. Assim, trata-se de entender que, tão importante quanto o reconhecimento do direito aplicável ao caso, a missão do processo é tornar a tutela jurídica uma realidade. Desta forma, todos os institutos do direito processual civil só têm sentido na dinâmica da prestação da tutela jurisdicional, justificando-se em razão dela. Ou seja, a ideia central a guiar o estudo do processo civil deve ser a efetivação adequada da tutela jurisdicional do bem jurídico material, a partir da qual deve se construir os elementos "fundamentais" do processo (jurisdição, processo, ação e defesa). Assim sendo, ser neoconcretista é saber discernir os planos processual e material dentro de suas particularidades evidentes, porém, sem isolá-los ou contrapô-los. Em suma, é considerar o processo como um meio para alcançar a tutela do direito material e não um fim em si mesmo[77].

Deveras, o primeiro passo para se adotar uma posição neoconcretista é ter a Constituição como lastro central do estudo sobre o processo[78]. De fato, é inegável que o processo civil após a Constituição da República de 1988 assume um modelo constitucional. Isso significa dizer, é necessário estudar, compreender e interpretar o sistema processual brasileiro tendo como principal referencial as normas constitucionais. Como afirma Eduardo Cambi, a influência da Constituição no processo pode ser tanto direita quanto indireta. Ela se dá de forma direta quando o texto constitucional estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, estruturando as instituições essenciais à realização da justiça. Por outro lado, ela é indireta quando o constituinte tutela certos bens jurídicos de ordem material ou uma determinada categoria de sujeitos, dando ensejo para que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas para que o juiz concretize a Constituição[79]

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno[80]:

> A afirmação revela muito sobre o método a ser empregado para o estudo do direito processual civil. Estudar direito processual civil a partir da CF é, antes de tudo, extrair tudo o que ela contém sobre o direito processual civil. Todas as normas constitucionais de direito processual civil que criam o modelo de organização e de atuação do Estado-juiz. Criam no sentido de impor o modelo – não apenas um, qualquer um, mas o modelo – a ser necessariamente observado pelo intérprete e pelo aplicador do direito processual civil. Trata-se, destarte, de uma imposição constitucional. As normas constitucionais, todas elas, devem ser acatadas, inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades, o que, aliás, é eloquentemente designado, não por acaso, pelo inciso LIV

[77] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de processo civil*. 9 ed. São Paulo: Saraivajur, 2023. P. 48.
[78] GR*IN*OVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In* Revista da faculdade de direito, Universidade de São Paulo. V. 82, 1987.P. 183.
[79] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. *In* Panóptica, ano. 01, n. 06, 2006. P.01.
[80] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de processo civil*. Op. Cit. P. 27/28

> do art. 5º da própria CF, como devido processo legal. Se o texto constitucional tivesse substituído o adjetivo legal por constitucional, pouco mais seria necessário acrescentar. Observar "o modelo constitucional do direito processual civil", destarte, não é uma escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrinadora. Como toda boa norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade.

Isto posto, recorremos a Renato Montans de Sá[81] para sintetizar as ideias do neoprocessualismo, às quais nos filiamos nesse trabalho:

A) Reconhecimento da força normativa da Constituição: a Constituição se torna o núcleo do ordenamento jurídico, ideia cristalizada no art. 1º do CPC, ao mencionar que o processo civil é "ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil". Nesse diapasão, o processo civil contemporâneo é marcado: pela adoção dos princípios como fontes de direito, elevando-as a categoria de normas jurídicas; reconhecimento do processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais; expansão da jurisdição constitucional, especialmente do controle de constitucionalidade; a aceitação de que a Constituição pode servir a integração de lacunas na legislação processual civil.

B) Mudança da técnica legislativa de produção normativa: afasta-se pouco a pouco de um método casuístico, com normas de textualidade mais fechada e, assim, menor amplitude interpretativa. Atualmente, o ordenamento jurídico convive com uma ampla gama de normas de conteúdo vago e indeterminado, muitas vezes consubstanciadas em cláusulas gerais, permitindo ao juiz um papel mais ativo na concretização do comando da norma, com base na realidade social, dando uma capacidade de adaptação maior ao Direito Processual.

C) Adoção da criatividade do juiz[82]: trata-se de uma consequência da própria dificuldade da lei, em seu sentido estrito, regular todos os fatos sociais em uma

[81] SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação. P. 62/64.

[82]Temos nossas críticas a esse ponto. Não adotamos plenamente a ideia de que o juiz "cria" a norma jurídica, mesmo se considerarmos que essa atividade criativa se restringe somente à norma individual e concreta a ser aplicada ao caso trazido à juízo. Ainda nos parece mais correto a ideia de que a atividade interpretativa (a qual não se limita a um mero raciocínio lógico-dedutivo ou a simples declaração do sentido literal na norma) envolve a busca do melhor significado que pode ser extraído da redação do texto legal a partir de uma visão sistemática, teleológica e valorativa do Direito, exigindo, portanto, do intérprete a descoberta das normas decorrentes e implícitas do sistema, sempre sob o prisma constitucional. Assim sendo, dentro dessa perspectiva, o juiz não cria propriamente a norma, ela já se encontra no sistema, mesmo que não de maneira clara. No entanto, é importante ressaltar que essa nossa visão talvez seja colocada em dúvida a partir da própria adoção pelo CPC de um sistema de formação de precedentes obrigatório. Não há como negar que, na atualidade, os tribunais assumem uma certa

sociedade complexa e dinâmica como a contemporânea. Nesse sentido, a própria utilização de cláusulas abertas, permite ao juiz um maior âmbito de criatividade, dando-lhe uma participação mais atuante na concreção da norma individual. A lei, portanto, não é mais a única fonte da qual emana o Direito.

D) Adoção do modelo cooperativo (colaborativo) de processo: há um amplo incentivo à participação e colaboração das partes, criando uma "democracia processual". Nesse espectro, cabe ao juiz oportunizar a mais ampla participação as partes e a comunicação entre elas a fim de permitir que o processo seja efetivo e justo.

3.2.Uma visão estrutural da prestação da justiça e o pamprocessualismo

O presente trabalho também assume uma posição "pamprocessulista". Trata-se da ideia de que é necessário não somente colocar em foque a questão da justiça dentro do processo, mas é indispensável pensar na realização da justiça fora dos limites processuais. Ou seja, é preciso ter uma visão interdisciplinar do processo, trazendo considerações que, de regra, não são do seu objeto de estudo, por serem consideradas elementos externos a ele. Neste sentido, interessante ponto é trazido pelo Sérgio Cruz Arenhart, para quem a prestação da justiça não pode ser pensada apenas sob o prisma do caso concreto, singularizado; em verdade, deve ser vista em um quadro maior, de toda a estrutura orgânica do Poder Judiciário e das demandas sociais a ele apresentadas. Assim sendo, nas palavras do autor, o funcionamento da justiça somente será proporcional (ou seja, conseguirá prover adequadamente os direitos fundamentais) quando tomar em consideração fatores que transbordam à justiça do caso concreto, passando a centrar-se na análise da justiça prestada a toda a sociedade[83].

Tal compreensão se alinha a tese do autor italiano Remo Caponi, segundo quem a administração da justiça deve ser vista não somente como uma função do Estado, mas sim como um verdadeiro serviço público, o qual o Poder Público tem o dever de fornecer a seus cidadãos. Nesse diapasão, argumenta o autor que a prestação desse serviço deve tomar em consideração tanto questões de ordem individuais quanto estrutural. Ou seja, a boa administração da justiça pelos tribunais implica em uma visão macroscópica da atividade judiciária, de maneira a garantir que todas as pessoas possam ter acesso à justiça de maneira justa e eficiente (o que

função criativa ao editar seus precedentes, especialmente em razão desses se consubstanciarem em verdadeiras normas abstratas e gerias, as quais regerão casos futuros semelhantes.

[83] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos Interesses Individuais homogêneos.* 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 46.

inclui uma alocação proporcional de recursos materiais, humanos e econômicos do sistema de justiça para cada caso, conforme as suas necessidades e relevância social)[84].

Neste sentido disserta Edilson Vitorelli:

> Logo, a proposta do pamprocessualismo é trazer para a consideração do processo civil aspectos que, usualmente, não são por ele estudados, em virtude de constituírem elementos externos ao processo, mas que influenciam e condicionam o seu desenvolvimento. Esses elementos devem servir de guia para que se atribua a cada processo uma quantidade de recursos compatível com a importância da causa e, especialmente, com a necessidade de reservar recursos em igual medida para todos os demais casos idênticos. Justiça não é algo que se faça apenas entre as partes, em situação alguma, uma vez que o Poder Judiciário é um serviço público. Os recursos alocados em um processo são retirados de outros, de modo que essa alocação deve ser direcionada por análises de proporcionalidade, que partem do processo para a estrutura jurisdicional como um todo, a cultura e o arcabouço legal que a cercam[85].

Aqui citamos novamente Sérgio Cruz Arenhart; conforme aduz o autor, a visão da prestação da justiça como um serviço deve tomar em consideração fatores legais, estruturais e culturais. Nesse sentido, damos enfoque aqui ao aspecto legal (não porque é o mais importante, diminuindo a relevância dos outros, mas apenas porque, para os fins desse trabalho, a reflexão do autor sobre o assunto nos parece pertinente). Deveras, se concebemos a justiça como um serviço, implicamos a existência, no plano legislativo, no dever de que as leis sejam orientadas a oferecer respostas adequadas às contemporâneas demandas surgidas da sociedade civil. Assim sendo, não basta perquirir sobre a adequação da tutela prestada ao caso singular, mas é preciso refletir se a legislação existente é hábil a dar conta, de maneira adequada, de todo o conjunto de conflitos sociais de índole semelhante. Em outras palavras, a questão é avaliar se o sistema de justiça como um todo emprega esforços de maneira proporcional ao necessário diante do volume, complexidade e necessidade das demandas trazidas pela sociedade[86].

---

[84] CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustiza civile* : prime note sistematiche. *In* Revista trimestrale di diritto procedura civile, vol. 65, n. 02, 2011.

[85] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019. N.p.

[86] ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos Interesses Individuais homogêneos* Op. Cit. P. 42.

CAPÍTULO II – ALGUMAS ANOTAÇÕES SOBRE O PROCESSO COLETIVO

1. O microssistema de tutela coletiva

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a sociedade global passou a sofrer mudanças profundas, passando a ser caracterizada como uma "sociedade de massa". As implicações deste fenômeno, bem como as suas consequências contemporâneas serão estudadas por nós mais adiante; no entanto, aqui cumpre destacar que esta metamorfose não se operou somente no campo econômico, mas também atingiu os campos sociais e políticos. Assim, não falamos somente em produção e consumo de massa, a sociedade do pós-segunda guerra também se caracteriza por relações sociais de massa e conflitos de massa.

Com efeito, Mauro Cappelletti indica que, em razão desta "massificação", as ações humanas passaram a assumir um caráter mais coletivo, passando a se referir a grupos de pessoas, categorias ou classes. Dessa forma, uma única ação tornou-se capaz de beneficiar ou de prejudicar um considerável número de pessoas simultaneamente[87], fazendo surgir uma nova classe de interesses de natureza transindividual. Como escreve Rodolfo Camargo Mancuso, na medida em que a sociedade industrial de massa solapa a ideia do ser humano quanto indivíduo isolado, força um novo pensar acerca da própria forma de proteção jurídica dos interesses subjetivos, agora aglomerados. Assim, inicia-se um movimento de expansão dos direitos humanos para abranger direitos não só de uma ou mais pessoas indeterminadas, mas também de grupos indeterminados. Trata-se de direitos (ou interesses) sem "dono certo", mas que, ao mesmo tempo, dizem respeito a todo um grupo social e a cada um dos seus membros. São bens coletivos que, repercutindo decisivamente no bem-estar social, são matéria-prima para a vida comunitária e, por isto, merecem proteção jurídica[88].

---

[87] CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the public Interest through the courts*. *In* GRI*N*OVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 73 e 74.

[88] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos e conceito e legitimação para agir*. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P.81/83.

Deveras, o surgimento destes novos conflitos e novos direitos exigiu uma adaptação no campo processual. O modelo tradicional, focado em litígios de natureza individual, em que o processo era um evento autocontido, não se mostrava suficiente para garantir uma tutela efetiva desta nova realidade. Conforme aponta Mauro Cappeletti, o indivíduo, sozinho, enfrenta uma série de dificuldades para defender em juízo esses direitos transindividuais**: a)** o seu direito individual pode ser demasiadamente "difuso" ou muito "pequeno" para incentivá-lo a buscar a sua proteção judicial; **b)** os custos do processo podem sobrepor em muito os eventuais benefícios individuais da procedência da ação; **c)** ele pode temer retaliações quando a lesão é perpetrada de um agente "muito poderoso" (como, p. ex., um grande empresa, um importante latifundiário ou até o Estado); **d)** ele pode desconhecer o seu direito[89].

No mesmo sentido, a doutrina comummente indica os seguintes problemas da tutela de litígios de natureza coletiva pelo processo individual: **a)** o risco de decisões judiciais conflitantes: os conflitos de massa envolvem um elevado número de pessoas, de maneira que a sua tutela mediante ações individuais gera o natural risco de que diferentes juízes cheguem a conclusões distintas sobre problema, gerando insegurança jurídica; **b)** a morosidade e os gastos excessivos: o enorme número de ações individuais acaba inundando o Poder Judiciário, além de gerar custos muito elevados para o processamento de cada uma destas ações, o que poderia ser evitado pelo ajuizamento de uma única ação coletiva; **c)** a "litigiosidade contida": é fenômeno em que os indivíduos, em razão de uma série de fatores, como os custos envolvidos no processo judicial individual, a sua relativa complexidade e até a demora para que se atinja uma solução, desistem de buscar a defesa de seus direitos, o que acaba se convertendo numa fonte de instabilidade social; **d)** a pouca efetividade das decisões judiciais: utilizando-se de uma expressão popular, tutelar conflitos coletivos com ações individuais é como "enxugar gelo", não se resolve o problema principal, muito menos se tem um impacto efetivo sobre a realidade, vez que as condenações individuais são, muitas vezes, insignificantes[9091].

---

[89] CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the public interest through the courts*. Op. Cit. P. 74.

[90] ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. P. 11/12.

[91] Em sentido semelhante, Patrícia Miranda Pizzol elenca os seguintes fatores que podem levar com que os indivíduos deixem de buscar, judicialmente, a tutela de direitos coletivos em sentido amplo: a) os fornecedores, poluidores e outras pessoas que podem vir a figurar no polo passivo das demandas são, geralmente, grandes grupos econômicos ou o próprio Estado, com força política e econômica; b) os danos, individualmente considerados, são, muitas vezes, de difícil apuração; c) é bastante complexa a prova do ato causador do dano e do respectivo nexo de causalidade, porque isso demanda recursos técnicos e financeiros de que os indivíduos (o consumidor, a vítima do dano ambiental ou de outra natureza) não dispõem (quanto ao consumidor, aliás, a sua vulnerabilidade é presumida, conforme art. 4º, I, do CDC) (PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020. P. 33.)

Diante deste cenário, começam a surgir as primeiras raízes do processo coletivo. Em verdade, o processo coletivo, muito além de um a resposta a nova realidade do pós-segunda guerra, é um fenômeno típico do Estado Social. Como afirma Carlos Alberto Salles, no Estado liberal o principal objeto de proteção do ordenamento jurídico e, por consequência, do Poder Judiciário, era a autonomia do indivíduo. O Poder Público assumia uma obrigação de natureza negativa, de não intervir (havendo a formação nesse momento dos direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos de defesa ou de liberdade). Esta visão individualista influenciava a atividade jurisdicional que se via confinada a resolução de conflitos atomizados, particulares. Com o advento do Estado Social há um substancial alteração deste quadro. O Poder Público passa a ser visto não como inimigo dos direitos fundamentais, mas sim como o seu protetor e realizador. Assim, ele se volta à realização de certos objetivos sociais, cujo alcance é feito por meio de políticas públicas, de maneira independente, embora compatível, com as esferas da autonomia individual. É dentro deste prisma que, para o citado autor, aparece a tutela coletiva, voltada à solução de conflitos e natureza coletiva, os quais, em última análise, tem a ver com fazer valer os objetivos sociais incorporados pelo Estado[92].

Com efeito, seja como consequência direta das novas funções assumidas pelo Poder Público, seja como, uma reação aos novos litígios coletivos que começaram a proliferar no tecido social, surgiu a necessidade da formulação de novas técnicas processuais capazes de lidar de maneira adequada com estes novos direitos transindividuais. Afinal, não basta que o ordenamento jurídico passe a reconhecer e a proteger tais direitos, é preciso lhes assegurar uma tutela efetiva. Dessa forma, como indica Ada Pellegrini Grinover, ocorreu a passagem de um modelo processual individualista para um modelo social, em que esquemas abstratos são substituídos por esquemas concretos, saindo do plano estático para o dinâmico. Assim, a construção do processo coletivo se dá tanto através da inspiração no sistema das "class actions" norte-americanas quanto pela formulação de novos instrumentos processuais, mais aderentes à realidade social e política da metade final do século XX[93]. Foi dessa maneira que houve a construção do processo coletivo, formando um verdadeiro microssistema próprio, elevando este ramo processual a categoria de uma matéria autônoma no Direito.

---

[92] SALLES, Carlos Alberto. *Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas*. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de Interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.P. 238 e 239.

[93] GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do antejprojeto, vol. II*. 10 ed. rev., atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 43.

1.1. Um conceito de sistema

Acabamos de mencionar a existência de um microssistema de processo coletivo, o qual dá autonomia ao Direito Processual Coletivo. Com efeito, para explorarmos melhor esta ideia, torna-se necessário compreender o que devemos entender por "sistema", especialmente dentro do Direito. Este tema já foi por nós amplamente enfrentado em artigo já publicado[94], remetemos, portanto, o leitor a este (caso lhe interesse). Todavia, acreditamos que, para a coerência do presente trabalho, devemos fazer certos apontamentos sobre o tema, os quais se revelam de maior importância, embora não de maneira tão aprofundada.

Dito isto, iniciamos indicando que a ideia de "sistema" não é exclusiva ao Direito. Ao contrário, trata-se de um conceito que pertence a diferentes ramos da ciência. Neste diapasão, a fim de permitir uma visão mais completa sobre esse assunto adota-se a chamada "Teoria Geral dos Sistemas", a qual objetiva encontrar os elementos mínimos que formam ou caracterizam um "sistema". Um dos propulsores desta teoria é Ludwig von Bertalanffy, quem entende que um sistema pode ser definido como um conjunto de elementos interrelacionados e voltados a uma finalidade comum, os quais formam um todo unitário, cujas características não decorrem de um simples somatório das suas partes integrantes, mas que se consubstanciam em características novas, advindas da interação de seus elementos[95].

Há alguns pontos interessantes que podemos extrair dos escritos de von Bertalanffy:

a) O sistema comporta-se como um todo, a variação de um elemento que o compõe implica a sua alteração e vice-versa; característica esta que deriva do seu caráter unitário[96];

b) O conteúdo ou sentido dos elementos que compõem o sistema não pode ser definido isoladamente, em abstrato, mas deve advir da compreensão do elemento enquanto parte do todo[97] ;

---

[94] LOPES NETO, J. D. *Um exame do conceito de "sistema jurídico" em consonância com a teoria geral dos sistemas e suas implicações à interpretação do direito*. REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO PÚBLICO. , v.7, 2022.

[95] BERTALANFFY, Lugwig von. *Teoria geral dos sistemas: fundamento e aplicações*. 8 ed. Tradução: Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. P. 86 *et seq*.

[96] Ibidem. P. 97.

[97] Ibidem. P. 98.

c) O sistema se submete a um processo de diferenciação progressivo. Conforme este se torna mais complexo, suas partes vão se diferenciando e especializando, diminuindo o seu caráter unitário. Assim, o ocorre um processo de mecanização do sistema: na medida em que as partes se tornam independentes entre si, em razão de se especializarem mais e mais, elas vão também ganhando autonomia frente ao todo. Porém, vale ressaltar, esta mecanização nunca é completa, sempre remanescendo um mínimo de unidade sistemática[98];

d) O sistema submete-se a um processo de centralização progressivo. Como no caso anterior, quanto maior o seu nível de complexidade, maior será sua centralização a volta do que se chama de "partes dirigentes". Isto porque há um progressivo fenômeno de subordinação de certas partes a outras durante o seu desenvolvimento. É este fenômeno, inclusive, que garante a manutenção de um mínimo de unidade. Assim, sistemas complexos tendem a ser sistemas centralizados, em que as mínimas variações nas partes dirigentes causam máximas alterações no sistema[99];

e) As partes individuais dos sistemas são, por sua vez, sistemas de nível inferior seguinte. Dessa maneira, os sistemas se estruturam em uma ordem hierárquica de sistemas menores que formam o todo[100].

Esta conceção proposta por von Bertalanffy vai ao encontro da proposta por Geraldo Ataliba no âmbito do Direito. De acordo com o segundo autor, um sistema é formado pela composição de elementos sob uma perspectiva unitária. Tais elementos não formam o sistema pela sua simples soma. Pelo contrário, cada elemento desempenha a sua função de maneira coordenada com os demais, formando algo novo: o sistema[101]. No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho, quem define um sistema como o objeto formado por diferentes partes que se vinculam (se aglutinam) de baixo de um princípio unitário, um referencial comum. Ele aplica tal definição ao Direito defendendo que este é um conjunto de normas interrelacionadas em uma estrutura hierárquica governada por um único vetor, a norma fundamenta[102].

---

[98] Ibidem. P. 99/102.
[99] Ibidem. P.104/105.
[100] Ibidem. P. 107.
[101] ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. P. 04.
[102] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 30 ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2019. P. 158.

Ainda sobre a concepção do Direito como um sistema, é indispensável mencionar a teoria de Canaris sobre o assunto. O autor parte da premissa de que um sistema se funda sobre duas características centrais: ordenação e unidade. A ordenação é a característica de um estado de coisas dotado de adequação racional, enquanto a unidade é o elemento que impede os diferentes componentes do sistema de se dispersem em uma multitude de singularidades desconexas. Neste sentido, Canaris defende que o Direito é dotado de ambas as características, as quais poderiam ser retiradas de dois de seus princípios: a justiça e a segurança jurídica[103]. A principal contribuição de Canaris para o tema, no entanto, está em sua aferição de que o Direito é um sistema axiológico-teleológico, significa dizer, ele possui como o seu objetivo principal a realização de um certo conjunto de valores nele imantados[104]. Esta compreensão é significante, pois coloca em destaque a faceta valorativa do Direito; as escolhas constitucionais e legais são feitas na busca de concretizar certos valores (ideias) que o constituinte ou o legislador consideram relevante o suficiente para ordenar nossa vida social.

Diante deste quadro, definimos sistema, sob uma ótica jurídica como: um conjunto de normas jurídicas (comandos objetivamente válidos e coercitivos) os quais não estão desconexas ou indiferentes entre si, mas intersectam-se de acordo com um prisma de princípios gerais aglutinadores e em vista a certas finalidades, tendo uma norma central a partir da qual tira sua validade, consistindo-se, assim, enquanto uma ordem operativamente fechada em si mesma, não interagindo diretamente com o tecido social, mas alterando-se a adaptando-se segundo certas regras de calibragem contidas em si mesma.

1.2. As implicações da existência do microssistema de tutela coletiva

Partindo das noções anteriormente expostas, é possível que os sistemas sejam dotados de um elevado grau de complexidade, na medida em que podem ser formados a partir da integração de outros sistemas menores, os quais acabam se ligando e coordenando sob uma "parte dirigente", ou seja, um sistema central. Esta é justamente a realidade do Direito. O ordenamento jurídico forma um todo coeso e unitário, o que, no entanto, não impede que ele seja dividido em outros microssistemas que o integram, mas que estão todos subordinados a um elemento dirigente que é, obviamente, a Constituição. Neste sentido, temos os sistemas de normas de Direito Civil, Penal, Processo Penal, Processo Civil *etc*. Todos eles são dotados das

[103] CANARIS. Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Op. Cit. P. 12/13 e 18/20.
[104] Ibidem. P. 32.

características próprias de um sistema, significa dizer, voltam-se a finalidades próprias, sendo guiados por um certo conjunto de valores e detendo, assim, princípios e uma lógica específicas, mas sem nunca deixar de integrar o todo que é o ordenamento jurídico.

Dessa sorte, observa-se que as normas que regem a tutela coletiva, longe de existirem em um estado desorganizado, formam um verdadeiro microssistema autônomo, o qual faz parte do sistema de processo civil, mas com ele não se confunde. A despeito do fato de o campo da tutela coletiva sofrer com sua fragmentariedade decorrente do fato da inexistência de um diploma normativo central, análogo ao CPC, que normatize toda a matéria, as diversas leis que cuidam da tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, acabam por se organizar entre si à luz de um conjunto de valores comuns. O lastro dorsal, o núcleo deste microssistema, é composto pela Lei da Ação Civil Pública (LAP) e as disposições processuais contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC), as quais, na visão de Gregório Assagra de Almeida, formariam verdadeiras normas de super direito processual coletivo[105]. É, ao redor delas as demais normas de tutela coletiva gravitam, como a Lei da Ação Popular, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, a Lei do Mandado de Segurança, entre outras[106].

A compreensão da tutela coletiva como um microssistema próprio tem diversas ramificações. De início está o fato que todas as normas relativas ao tema devem ser compreendidas de uma maneira integrada. Na ausência de regramento específico em algum diploma normativo de tutela coletiva, se torna possível a aplicação subsidiária e supletiva de outras normas do microssistema. Temos aqui um postulado hermenêutico próprio ao microssistema de tutela coletiva, o qual estabelece, segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que "os processos coletivos são regidos por regras e princípios próprios e integrados, cuja compreensão deve ser feita em permanente diálogo[107]". Assim, a resolução de qualquer problema interpretativo no campo da tutela coletiva deve se dar, primeiro, dentre as normas do próprio microssistema e somente depois, se não encontrada uma solução considerada adequada, é que se deve lançar mão para elementos exteriores como o CPC.

---

[105] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direto processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação).* Dissertação (mestrado). Pontifica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000. P. 487

[106] PIZZOL. Patrícia Miranda. PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.* Op. Cit. P.155.

[107] DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. P. 124.

Inclusive, Gregório Assagra de Almeida faz uma importante ressalva sobre a aplicação do CPC no âmbito do microssistema de processo coletivo. Como afirma o autor, o CPC é fundamentado em uma filosofia e concepção diversa daquela que é base do processo coletivo, de modo que para aplicação de qualquer uma de suas normas somente pode ocorrer se existir a compatibilidade necessária ao espírito do microssistema. Inexistindo esta compatibilidade, havendo risco de prejudicar a boa tutela dos direitos coletivos materiais, a aplicação do CPC deve ser rechaçada[108]. Com efeito, embora a crítica feita pelo autor se volte ao diploma processual de 1973, o qual não é em seu todo idêntico com o CPC de 2015 (que avançou muito, distanciando-se de uma visão meramente individual-liberal), a advertência ainda tem seu mérito. A incidência do CPC no campo do processo coletivo deve ocorrer mediante uma filtragem de suas normas e um esforço de adaptação.

Neste sentido, lança-se mão da teoria do diálogo de fontes desenvolvidos no Brasil por Claudia Lima Marques. Esta teoria propõe uma reviravolta na forma com que enxergamos os conflitos entre normas. Segundo a autora, vivemos em uma época em que diferentes normas são elaboradas a fim de atender os mais diversos campos da complexa trama de relações sociais e humanas da contemporaneidade, as quais acabam, muitas vezes, convergindo. Nesses casos de embate entre normas, a utilização do modelo tradicional de resolução de conflito, baseado na ideia de superação de paradigmas, em que uma norma é revogada pela outra, seria inadequada. É necessário um novo modelo, um de convivência de paradigmas, em que as normas especiais e gerais não excluem uma as outras, mas são aplicadas de maneira coordenada, dialógica e harmônica, regendo em conjunto as relações sociais[109].

Existem, basicamente, três formas de diálogo entre normas: **a)** o diálogo de coerência ou sistemático: em que uma norma se utiliza das bases conceituais oferecida por outra, mormente quando uma das leis é geral e outra é especial; **b)** diálogo de subsidiariedade e complementariedade: quando adotam-se os princípios e as normas de um sistema em outra em caráter complementar, especialmente frente a lacunas, para oferecer soluções adequadas ao caso concreto; **c)** diálogo de influência recíprocas sistemáticas: ocorre quando um sistema influência na compreensão ou hermenêutica do outro[110].

---

[108] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direto processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação).* Op. Cit. P. 486.
[109] BENJAMIN, Antônio Herman. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do* consumidor. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 135/138.
[110] Ibidem.

A aplicação da teoria do diálogo das fontes pode ser feita tanto de maneira interna ao microssistema de tutela coletiva, entre os diferentes diplomas normativos que o integram, quanto de maneira externa, em uma coordenação deste microssistema com outros, como, p. ex., o sistema de processo civil formado pelo CPC. Em todo caso, a linha de condução deste diálogo deve sempre ser a melhor tutela do direito transindividual examinado. Conforme aduz Hugo Nigro Mazzilli, no campo da tutela coletiva, o direito processual deve ser interpretado com largueza, em proveito da coletividade e do direito protegido, na busca da realização de uma efetiva tutela dos interesses da comunidade[111].

Destarte, a importância das ideias que aqui alinhamos está no fato de que é preciso reconhecer que a tutela coletiva possui um paradigma hermenêutico-metodológico-científico próprio. Neste sentido, não se podem desejar simplesmente aplicar de maneira direta os institutos do processo civil individual a este campo do Direito. Ao contrário, eles devem ser primeiro examinados à luz dos princípios e da lógica regente da tutela coletiva, sendo em seguida reformulados e adaptados naquilo que for necessário, para então serem aplicados. Além disso, é sempre preciso dar enfoque ao fato de que é necessário sempre tentar buscar soluções dentro do microssistema de tutela coletiva, em vista de seus próprios parâmetros, antes de desejar importar soluções ou respostas de outros sistemas.

É tendo enfoque nesta ideia que buscaremos desenvolver o nosso trabalho. A pesquisa que aqui realizamos toma em conta o microssistema de tutela coletiva como um todo uno e coordenado. Dessa sorte, vale destacar que, ao mencionarmos a ideia de "ação coletiva", o faremos em um sentido abrangente, a englobar todas as espécies de demandas abarcadas pelo microssistema. Dito isto, não nos olvidamos da dificuldade em oferecer uma definição técnica do que seria a "ação coletiva". Gregório Assagra de Almeida em trabalho monográfico sobre o assunto indica as diferentes acepções que podem ser dadas à expressão, indicando que, em muitos casos, os conceitos oferecidos são demasiadamente genéricos e não são capazes de esclarecer o fenômeno. Nesse diapasão, o autor acaba por definir ação coletiva como o instrumento processual constitucional colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo[112]

---

[111] MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo.* 31 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 185.

[112] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direto processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação).* Op. Cit. P. 428.

Sem nos furtar desta controvérsia, para os fins específicos deste trabalho, passaremos a usar a expressão "ação coletiva" para referenciar não apenas à ação civil pública[113] (instrumento mais comum na realização da tutela coletiva), mas todas as ações que são englobadas pelo microssistema, como a, ação popular, mandado de segurança coletivo e habeas corpus coletivo. Adotamos, pois, o conceito dado por Patrícia Miranda Pizzol, segundo quem a ação coletiva é aquela que visa à tutela de direito coletivo *latu* sensu, podendo ser de conhecimento ou execução[114] (definição que também é dada, de maneira semelhante, por parte de Sérgio Shimura[115]). Assim, também são abarcados os instrumentos que integram o chamado processo coletivo especial. Ou seja, as ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF), as quais possuem um ínsito interesse coletivo[116].

Portanto, as ideias que aqui abarcaremos, em nossa visão, fazem parte de uma "teoria geral" sobre a tutela coletiva, tendo ampla aplicabilidade. Dessa sorte, a teoria acerca de um processo coletivo estrutural (a qual ainda enfrentaremos de maneira pormenorizada) não se limita ao escopo de uma ação civil pública, mas representa uma construção que envolve a teoria do microssistema de tutela coletiva de uma maneira geral[117].

---

[113] Como explica Sérgio Shimura, existem aqueles que entendem que a ação coletiva e a ação civil pública são sinônimas podendo ser utilizadas de maneira cambiante. Por outro lado, há também aqueles que fazem uma firma diferença. A ação coletiva seria aquela movida em pró da defesa de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, enquanto a ação coletiva somente poderia ter como objeto os direitos individuais homogêneos. Rejeitamos aqui ambas as correntes, entendendo que a ação coletiva seria gênero, dentro do qual existira a ação civil pública (SHIMURA, Shimura. *Tutela coletiva e sua efetividade.* Editora Método, São Paulo, 2006. P. 42/43).

[114] PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões***.** Op. Cit. P. 75.

[115] SHIMURA, Shimura. *Tutela coletiva e sua efetividade*. Editora Método. Op. Cit. P. 42/43

[116] ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo.* 4 ed. São Paulo: Thomson Reuthers, 2022. P. 316.

[117] O processo coletivo estrutural embora possa ser operacionalizada por meio da ação civil pública, com ela não se confunde. Em verdade, o processo coletivo estrutural é muito mais um modelo de tutela coletiva do que uma espécie de ação. Nesse sentido, embora a ação civil pública possa implementá-lo, não há uma relação de necessidade entre uma e outra. O processo coletivo estrutural também pode advir, por exemplo, por meio de uma ADPF. Lógico que existiram ações coletivas que, pelo seu escopo e rito procedimental positivado em lei, não são compatíveis com a condução de um processo coletivo estrutural. Uma ação popular, por exemplo, tem seus pedidos limitados a anulação de um ato lesivo e ao ressarcimento do dano, sendo difícil imaginar um processo coletivo estrutural iniciado por tal espécie de ação. Nesse sentido, também não nos parece viável que uma ação individual possa implementar um processo coletivo estrutural. Embora haja clara discordância na doutrina, parece-nos que o ator individual não estaria equipado e preparado para bem conduzir esse tipo de atividade jurisdicional. Em verdade, ao se tentar promover a reforma estrutural pela via individual se estaria, sem dúvida, transformando o processo individual em processo coletivo.

2. Um importante ponto distintivo do processo coletivo: a sua dimensão social e política

Ao trabalhar-se com a ideia de processo coletivo, o primeiro passo que se deve dar é não o confundir com a tutela coletiva. Conforme afirmam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.[118], a tutela coletiva pode ser definida, em termos gerais, como a proteção jurisdicional dada a um interesse de natureza coletiva (em sentido amplo) no intuito de efetivá-lo. Já o processo coletivo é apenas uma das maneiras pela qual se efetiva a tutela coletiva, tendo em vista que esta pode englobar tanto mecanismos processuais quanto extraprocessuais de solução de litígios ("multidoor courthouse"). Neste sentido, o processo coletivo pode ser concebido como a relação jurídica processual organizada em um procedimento dentro do qual: **a)** se postula um direito coletivo em sentido amplo; **b)** se afirmar a existência de uma situação jurídica passiva (deveres coletivos) de titularidade de um certo grupo. Portanto, o núcleo do processo coletivo está no seu objeto litigioso, o qual é o litigo coletivo[119].

Fixadas estas noções preambulares; a questão mais importante a ser respondida certamente é: *em que o processo coletivo se diferencia do processo individual*?

Diferentemente do processo coletivo, o processo individual - como seu nome já indica - se debruça sobre litígios individuais, no âmbito dos quais estão em jogo unicamente direitos divisíveis, pertencentes a uma ou mais pessoas determinadas. Seu escopo não é promover a tutela da situação jurídica de um grupo como um todo, mas sim de entregar de maneira individualizada o bem da vida requerido. Assim, ele se volta à satisfação exclusiva daquele que incitou a atuação jurisdicional. Por isto, a regra geral do processo individual é a legitimação ordinária para a ação; somente o titular do próprio direito pode demandá-lo em juízo. A legitimação extraordinária é permitida apenas quando autorizada expressamente pelo ordenamento. Assim, o processo individual se equipa para lidar, de regra, com direitos e interesses de natureza disponível ou de menor importância social, motivo pelo qual o ônus da procedência ou não da demanda recai quase que exclusivamente sobre o autor.

Já no processo coletivo a situação muda consideravelmente de figura. Hugo Nigro Mazilli[120] lista, sintaticamente, as principais características deste tipo de processo: **a)** o litígio se estabelece sobre uma situação jurídica coletiva, versando sobre os direitos de um grupo,

---

[118] DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. P. 34.
[119] Ibidem. P. 31/32.
[120] MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo.* Op. cit. P. 53/54.

classe ou categoria de pessoas; **b)** há a existência de um elevado grau de conflituosidade entre os membros do próprio grupo envolvido e cujos direitos são tutelados; **c)** ela se realiza, de regra, pela legitimação extraordinária (muito embora exista hipóteses de legitimidade ordinária no processo coletivo, como é o caso das comunidades indígenas que podem litigar em juízo em nome próprio); **d)** há a formulação do pedido em proveito de toda a classe, grupo ou categoria de lesados; **e)** há a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada para atingir pessoas estranhas ao processo ou ao instrumento negocial.

Patrícia Miranda Pizzol elenca as seguintes características marcantes do processo coletivo (entre outras), as quais derivariam das necessidades materiais especiais do seu objeto de tutela – os direitos coletivos em sentido amplo[121]:

A) Uso de legitimidade extraordinária baseada na substituição processual, com atribuição de legitimidade aos entes do art. 82 do CDC e do art. 5º da LACP;

B) Previsão de coisa julgada "secundum eventos litis", além de possibilidade de transporte "in utilibus" da coisa julgada emergente do processo coletivo para benefício do indivíduo (art. 103, *caput* e §3º do CDC);

C) Autorização de formação de compromisso de ajustamento de conduta com a participação do Ministério Público ou de órgão pública legitimado para ação coletiva (art. 5º, §6º, da LACP);

D) Previsão de um regime especial de execução coletiva, com preferência a tutela específica do bem jurídico coletivo (art. 83 do CDC), com a possibilidade de propositura da "fluid recovery" nos casos do art. 100 do CDC;

Além de todas as peculiaridades acima listadas, existe um outro ponto de extrema relevância que diferencia ambas as espécies, qual seja, a dimensão político e social do processo coletivo. Em verdade, mais correto é falar em uma dimensão político e social amplificada. Isto porque, como ensina Cândido Dinamarco, o processo civil já tem, por natureza, um escopo social e um escopo político. Fugindo de uma concepção meramente técnica do processo, deve-se reconhecer que este se consubstancia como um instrumento de pacificação social, voltado a eliminação dos conflitos com justiça[122]. Não só, o processo tem um importante papel de promover a estabilidade das instituições públicas e a participação dos cidadãos na vida e nos

[121] PIZZOL. Patrícia Miranda. PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.* Op. Cit. P; 34 et seq.
[122] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição de direito processual civil*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2017.P. 220 e 221.

destinos do Estado[123]. Assim, todo processo detém uma função sociopolítica, ocorre que, no campo do processo coletivo, está se encontra muito mais alargada.

Com efeito, acerca da relevância política e social do processo coletivo, Ada Pelegrini Grionover explica que os direitos coletivos em sentido amplo (mais especificamente os direitos essencialmente coletivos) detém uma inegável face social, não se encaixando dentro da clássica separação entre Direito Público e Direito Privado, mas formando uma nova categoria a parte. Trata-se de direitos que se referem a tutela das necessidades coletivas, referíveis à qualidade de vida de certos grupos, e que, por se inserirem em um contexto de litígios de massa, colocam em contraposição diferentes segmentos sociais. Além disso, a autora agrega a esta ideia afirmando que os direitos coletivos em sentido amplo trazem consigo uma nova forma de gestão pública, não mais centralizada na pessoa do Estado, mas que se estende ao plano social por meio de "corpos intermediários" (organizações civis). Através do processo coletivo se funda uma nova forma de realização do poder, mais participativa e racionalizada[124].

Em reforço esta ideia, pode-se indicar que, dentro do processo coletivo, há uma ênfase na ideia de participação pelo processo, que se diferencia da ideia de participação no processo, a qual vigora no processo civil individual. A participação no processo nada mais é do que a garantia do contraditório, consubstanciada no famoso binômio informação-participação. Já a participação pelo processo significa a utilização do processo como instrumento para influir nos caminhos trilhados pelo Estado e pela sociedade, utilizando-o com um escopo de promover mudanças sociais e políticas[125]. Esta dimensão diferenciada do processo coletivo pode ser observada na medida em que se concede legitimação ativa aos chamados "corpos intermediários" (os sindicados e associações). O que ocorre é o reconhecimento da possibilidade de aprimoramento democrático que pode ser levado a cabo pelo fenômeno do associativismo, inspirando-se em algumas das principais democracias do mundo como os Estado Unidos ou a Suécia, onde há uma proliferação destas formações sociais[126]

Seguindo esta linha de raciocínio, chama atenção a lição de Consuelo Yoshida sobre a relevância social e política do processo coletivo. Como destaca a autora, a ação civil pública (principal veículo de consecução da tutela coletiva) é constitucionalmente preordenada a

---

[123] Ibidem. P. 223 e 224.
[124] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. II* (arts 81 a 104 e 109 a 119). Op. cit. P 40/41.
[125] ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. Cleber. *Interesses difusos e coletivos*. Op. Cit., P. 45.
[126] PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses difusos*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. P. 37.

proteção adequada e efetiva dos direitos fundamentais prescritos no texto constitucional, sem prejuízo de quaisquer outros direitos derivados diretamente da dignidade da pessoa humana. Não só, ela também se caracteriza como ser um instrumento de realização dos objetivos da República brasileira (estampados de maneira clara no art. 3º da CR) e dos princípios regentes da Administração Pública, da ordem econômica e tributária, bem como da ordem social[127]. Significa dizer, o processo coletivo se volta a realização dos próprios valores centrais sobre os quais se fundam a ordem jurídica e a sociedade.

No mesmo sentido ensina de Carlos Alberto de Salles, para quem as ações coletivas têm como finalidade o cumprimento dos objetivos sociais estabelecidos nos textos legais ou decorrentes de opções valorativas realizadas pelo constituinte. Neste sentido, a tutela processual coletiva pode-se voltar tanto ao Estado quando aos particulares, de maneira a exigir a conformação de suas condutas com o ordenamento jurídico. Ressalta o autor, inclusive, que pode a tutela coletiva (aqui considerando mecanismos processuais e não processuais) demandar a tomada de providências para que o Estado exerça seu poder de polícia, evitando que os órgãos públicos sejam cooptados por interesses puramente privados[128].

A própria legislação dá indícios da carga social e política que os direitos coletivos em sentido amplo e a sua tutela carregam consigo. O CDC, em seu art. 1º, declara expressamente que as normas ali contidas são de ordem pública e interesse social. Com efeito, por meio de tal disposição o legislador transmite a ideia de que aquelas normas não são de interesse exclusivo dos particulares individualmente inseridos nas relações de consumo, mas interessam a todos os segmentos da sociedade, vez que são portadoras de valores básicos e fundamentais da ordem jurídica[129]. De acordo com os comentários de José Geraldo Brito Filomeno, a expressão "interesse social", denota a intenção do CDC de resgatar os consumidores da marginalização em face ao poder econômico, bem como, de dotá-los de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e coletivo[130].

---

[127] YOSHIDA, Consuelo. Yatsuda Moromizato. Tutela dos Interesses difusos e coletivos. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira., 2006, P. 190.

[128] SALLES, Carlos Alberto. *Processo civil de interesse público*. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 209.

[129] ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos*. Op. Cit. P. 470/471.

[130] FILOMENO. José Geraldo Brito. *Capítulo I – disposições gerais*. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al*]. Código brasileira de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. I, Direito Material.. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 20/21.

Como se vê, o processo coletivo no Brasil tem uma função especial, a sua finalidade é permitir uma proteção efetiva e satisfatória para a nova categoria de direitos que surge com o advento da chamada "sociedade de massas" e da "sociedade de riscos". Ele vai além da tutela jurisdicional convencional, se prestando a solucionar conflitos que afligem não só inúmeras pessoas ou grupos, mas que atinjam interesses sociais reputados da mais alta relevância. Em certo sentido, ele é um instrumento de transformação social e de realização da própria Constituição da República, tanto no que diz respeito a garantia do direito ao acesso à justiça e a entrega de uma atividade jurisdicional eficaz, mas também de promoção dos inúmeros direitos fundamentais espalhados por toda a sua redação.

3. Alguns princípios relevantes ao processo coletivo

O objetivo do presente tópico não é de forma alguma esgotar a temática dos princípios regentes do processo coletivo. Pelo contrário, dentro da ideia geral que rege o presente capítulo, o que se espera é indicar de maneira clara e sucinta alguns dos princípios que se considera de maior relevância ao desenvolvimento desse trabalho, além de esclarecer o seu conteúdo. Desta sorte, não se trata aqui de uma lista exaustiva dos princípios que regem a aplicação do microssistema de processo coletivo (inclusive porque se acredita que seria impossível o fazer), mas apenas de alguns princípios singulares.

Antes, no entanto, é mister uma breve explicação. Não há efetivo consenso em quais sejam os princípios regentes do processo coletivo. Pode-se até dizer que há um certo núcleo essencial que atrai o consenso entre os doutrinadores; porém, existem sempre variações, conforme alguns colocam em preponderância certos valores jurídicos que, para outros, aparentam ser de menor importância.

De fato, como uma vez já ponderou Dworkin, não é efetivamente possível estabelecer uma lista exaustiva dos princípios que organizam e vetorizam o Direito[131]. Assim, não há nada de estranho no fato de existirem diferentes opiniões sobre quais são os princípios basilares do microssistema de processo coletivo e quanto ao conteúdo destes. Esta é uma decorrência natural da própria natureza comunicativa do Direito, em que o receptor do comando jurídico pode engajar em um processo de decodificação da mensagem emanada pelo emissor normativo,

[131] DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. Op. Cit. P. 63 *et seq.*

passando-a de códigos fortes para códigos fracos e vice-versa, garantindo uma margem de manobra que esclarece a possibilidade de divergências entre os juristas[132].

Nessa toada, alguns doutrinadores, como Ada Pellgrini Grinover, colocam em posição de destaque alguns princípios de índole geral, que acabam confundindo-se com os princípios reitores do processo individual. São citados pela mencionada autora como princípios do processo coletivo: **a)** princípio do acesso à justiça; **c)** princípio da universalidade da jurisdição; **c)** princípio de participação; **d)** princípio da ação[133]; **e)** princípio do impulso oficial; **f)** princípio da economia; **g)** princípio da instrumentalidade das formas[134].

Isto posto, não há nenhum erro em tal posição. Os princípios apontados pela autora são, definitivamente, importantes ao processo coletivo, tendo um relevante papel enquanto vetores da interpretação jurídica. Inclusive, não se pode negar que estes princípios podem ter uma faceta especial no âmbito do processo coletivo, a qual os diferencia da sua aplicação normal no âmbito do processo individual e que por isso merece destaque. Todavia, adere-se à ideia de que o Direito Processual Coletivo corresponde a um ramo autônomo, um verdadeiro microssistema, dotada de princípios próprios e peculiares, os quais podem se apresentar por vezes como novas dimensões de princípios já conhecidos (como o devido processo legal coletivo) ou serem princípio autônomos (como o princípio da máxima efetividade). Desta sorte, expande-se os horizontes para buscar princípios mais específicos, singulares a tal microssistema. O que, obviamente, não exclui os princípios constitucionais do processo. Como dito, a Constituição é a parte dirigente do sistema maior que é o Direito brasileiro, mas isso não colide com a ideia que existam certos princípios próprios dos microssistemas que formam o último.

3.1. Princípio da atipicidade e o princípio da não taxatividade

Alguns autores tratam ambos os princípios de maneira conjunta, reunindo-os sobre a alcunha de "princípio da máxima amplitude da ação ou processo coletivo"[135], dando-lhe uma dupla faceta, tanto material quanto processual. Porém, no âmbito deste trabalho preferimos

---

[132]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. P. 222.

[133] O princípio da ação não se confunde com o princípio do acesso à justiça. Na visão da autora, o principio da ação seria análogo ao que chamamos de princípio da demanda.

[134] GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. II* (arts 81 a 104 e 109 a 119). Op. cit, P. 26/30.

[135] Neste sentido: GAJARDONI, Fernando. Direitos difusos e coletivos I: *teoria geral do processo coletivo.* São Paulo: Saraiva: 2012. P. 48/49; DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit. P. 127.

realizar uma distinção, separando-se o princípio da atipicidade, de natureza essencialmente processual, do princípio da não taxatividade, de natureza material.

Primeiro, o princípio da não taxatividade impõe a intelecção do rol do art. 1º da LACP como uma lista meramente exemplificativa dos direitos coletivos em sentido amplos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A não taxatividade do citado dispositivo legal foi evidenciada pela adição do seu inc. IV, o qual estabeleceu a possibilidade do manejo da ação civil pública em favor de "qualquer outro direito difuso ou coletivo". Sem embargos, conforme afirma a doutrina, mesmo antes do advento do CDC (que promoveu inclusão do inc. IV) já não se falava em taxatividade, vez que o art. 129, inc. III, da Constituição, outorga ao Ministério Público legitimidade para defensa não só do patrimônio público e social, ou do meio ambiente, mas também "de quaisquer outros direitos difusos e coletivos"[136].

Efetivamente, a não taxatividade é uma consequência da própria "fundamentalidade" adquirida pelos direitos coletivos em sentido amplo na Constituição da República de 1988. Sobre o assunto disserta Patrícia Miranda Pizzol, afirmando que se pode encontrar no decorrer de todo o texto constitucional diversas normas de ordem material e processual que dão fundamento à defesa dos direitos coletivos em sentido amplo. Pode-se citar como exemplo: **a)** o art. 5º, inc. XXXV, no qual se menciona "direito individual ou coletivo"; **b)** o art. 5, inc. LXXIII, o qual vetoriza a ação popular à proteção de "bens coletivos"; **c)** o art. 5, inc. LXXII, que legitima a impetração de habeas data coletivo[137]. Os direitos coletivos em sentido amplo, portanto, são colocados ao lado dos demais direitos fundamentais como objetos da necessária proteção do Estado e respeito pela sociedade.

Isto posto, com elucidada Gregório Assagra de Almeida, a interpretação dos direitos fundamentais deve ser sempre aberta e flexível, não podendo ser admitida quaisquer espécies de limitações não previstas constitucionalmente. Nesse diapasão, milita em favor da amplitude dos direitos coletivos em sentido amplo a disposição do art. 5º, §2º, da Constituição[138]. O citado dispositivo constitucional inclui em nosso ordenamento jurídico uma cláusula de abertura para novos direitos fundamentais que não tenham sido diretamente mencionados pelo constituinte. Assim, é perfeitamente possível a existência de outros ou novos direitos fundamentais (o que

---

[136] ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos*. Op. Cit. P. 48.
[137] PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões*. Op. Cit. P. 25/26.
[138] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da "summa divisio" direito público e direito privado por uma nova "suma divisio" constitucionalizada*. Belo Horizonte. Del Rey, 2008. P. 459.

engloba os coletivos), não dispostos de maneira expressa em normas jurídicas, mas cuja fundamentalidade pode ser retirada de sua proximidade com o princípio da dignidade da pessoa humana (tomando como referência um conceito de fundamentalidade material)[139].

Por sua vez, o princípio da atipicidade, também chamado "princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva", dispõe que, na defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, podem ser propostas todas as espécies de ações, bem como utilizados todos os procedimentos, provimentos e tutelas provisórias disponíveis[140]. Trata-se de um princípio que deriva da própria noção de instrumentalidade processual que marca o neoprocessualismo. O processo se volta a promoção da tutela de um direito material, devendo, portanto, ser dotado de mecanismos aptos e adequados a levar a cabo esta missão. Ideia, inclusive, que se insere dentro das dimensões do próprio conceito de acesso à justiça substancial.

Assim sendo, o princípio da atipicidade encontra positivação direta no art. 83 do CDC, o qual nada mais é do que um reflexo do acesso à justiça no processo coletivo. Segundo Kazuo Watanabe, o citado dispositivo consumerista é uma realização da preocupação do legislador em garantir uma instrumentalidade substancial e maior efetividade ao processo coletivo. O art. 83 do CDC consubstancia-se uma norma autoaplicável, a qual, entre as suas consequências, impõe que o ordenamento jurídico sempre deva ser interpretado de modo a dele retirar existência de uma ação ou de um procedimento capaz de tutelar, de maneira efetiva e completa, os direitos coletivos em sentido amplo materiais. Com efeito, tal norma alinha-se, com o conteúdo do já mencionado art. 5º, inc. XXXV, o qual estabelece uma verdadeira promessa da garantia contra qualquer forma de denegação da justiça. Uma promessa que se concretiza pela existência não só de instrumentos processuais adequados, mas também de provimentos e procedimentos compatíveis com as necessidades do caso concreto[141].

Dessa sorte, como pontua Patrícia Miranda Pizzol, o art. 83 do CDC (peça fulcral na realização do princípio da atipicidade) expande o âmbito dos pedidos e da tutela que pode ser requerida em sede de uma ação coletiva para além do que originalmente previsto no art. 3º da LACP. A redação deste último dispositivo limitada as ações coletivas a pedidos de condenação de pecúnia ou de condenação ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, sendo,

---

[139] Sobre o assunto, recomenda-se a leitura de: SARLET, *In*go Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 86 *et seq*.
[140] ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. Interesses difusos e coletivos. Op. Cit. P. 50.
[141] WATANABE, Kazuo. *Art. 83*. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JR, Nelson. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do antejprojeto, Op. Cit. P. 107.

portanto, defasado frente a necessidade de garantir uma tutela processual adequada aos direitos materiais metaindividuais[142]. Atualmente, a ação coletiva pode, além de ter os mais variados objetos (bem jurídicos coletivos) lançar mão das mais variadas medidas processuais necessárias para consecução de seus fins (o que inclui, certamente, medidas atípicas).

3.2. Princípio da máxima efetividade

Alguns autores também denominam este princípio de "princípio do ativismo judicial"[143]. Preferimos aqui nos afastar de tal nomenclatura em razão de sua especial controvérsia, de maneira a evitar o confronto do tema nesta parte inicial do trabalho (não obstante que enfrentaremos a temática do ativismo judicial posteriormente).

Isto posto, o princípio da máxima efetividade é um corolário do direito fundamental ao acesso à justiça. Como esclarece Luiz Guilherme Marinoni, o direito ao acesso à justiça compreende, simultaneamente: **a)** o direito à técnica processual adequada; **b)** o direito de participar por meio do procedimento adequado; **c)** o direito à resposta do juiz[144]. Como se vê sob a luz da Constituição de 1988, o direito ao acesso à justiça transcende suas raízes clássicas, representando mais do que o direito de receber uma decisão do Poder Judiciário. Hoje, o conteúdo substancial de tal direito implica na exigência da existência de procedimentos e técnicas processuais idôneas à tutela do direito substancial. A ausência de mecanismos processuais adequados a garantir resolução do litígio e a proteção do direito material impede que possamos afirmar que a tutela jurisdicional foi efetivamente prestada [145].

Ora, como afirma José Miguel Garcia Medina, do que valeria a consagração de um direito subjetivo por parte do ordenamento jurídico se não fossem criados instrumentos processuais suficientes para garantir a sua efetivação caso ele seja violado? Prever um direito desacompanhado de técnicas e procedimentos adequados à sua tutela é o mesmo que estabelecer um direito irrealizável[146]. Com efeito, existe, sob a ótica do direito fundamental ao acesso à justiça (dentro de sua perspectiva objetiva), um verdadeiro dever por parte do Estado em

---

[142] PIZZOL. Patrícia Miranda. PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.* Op. Cit. P. 89;
[143] GAJARDONI, Fernando. *Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo*. Op. cit. P. 40.
[144] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico]*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, n.p.
[145] ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento diferenciados, volume 03*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n.p..
[146] MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2017. P. 274.

instituir normas processuais adequadas à proteção de todos os direitos. Dever este, por sua vez, que se traduz em verdadeiro direito titularizado pelo jurisdicionado[147].

Mas o que ocorre quando não há previsão legal de um instrumento ou técnica processual apta a tutelar de maneira idônea o direito material? Neste caso, conforme aduz Luiz Guilherme Marinoni, tem o juiz o dever de fiscalizar o processo, implementando as alterações necessárias, como forma de permitir a plena satisfação do direito ao acesso à justiça. Ou seja, os atores judiciais não se vêm vinculados somente aos procedimentos e técnicas especiais estabelecidos previamente pelo legislador[148]. É plenamente possível que o juiz, ao analisar o caso concreto, verificando as necessidades do direito material, promova, prontamente, as alterações necessárias para que haja uma tutela jurisdicional adequada.

Outros autores também trabalham com esta ideia. Temos aqui, segundo Fredie Didier Jr., o denominado "princípio da adaptabilidade", cujo conteúdo normativo diz respeito a possibilidade de o juiz adequar o processo às exigências do direito material objeto da tutela jurisdicional[149]. Neste sentido, o citado autor descreve que o princípio da adaptabilidade é uma das facetas de um princípio maior que é o da adequação. O princípio da adequação seria extraído da inafastabilidade da jurisdição, o qual garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios apropriados ao litigo. Com efeito, tal princípio manifestar-se-ia em três dimensões, a legislativa, a jurisdicional e a negocial; sendo princípio da adaptabilidade sua aplicação jurisdicional[150].

Dito isto, o princípio da máxima efetividade nada mais é do que a expressão do princípio da adaptabilidade no âmbito do processo coletivo, porém, dotado de uma amplitude alargada, em razão das dimensões sociais e políticas próprias deste ramo processual. Desse modo, de acordo com o princípio da máxima efetividade, os poderes do juiz seriam amplificados, a fim de garantir a tutela mais eficaz dos direitos coletivos em sentido amplo objeto de análise, assegurando um julgamento mais aderente à realidade[151]. O juiz, portanto, tem a possibilidade de promover uma adaptação procedimental mais ampla do que no processo civil comum,

---

[147] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico]*. Op. Cit. N.p.
[148] Ibidem.
[149] DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf . Último: 03/11/22. P. 10.
[150] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Op. Cit. P. 145.
[151]GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo*. Op. Cit. P. 40.

autorizando a utilização de um sistema de flexibilização procedimental judicial. Neste diapasão, adere-se a ideia de uma conformação do procedimento e do provimento com as necessidades do direito coletivo, a qual indica a legitimidade alargada dos atores processuais para a altear o processo para atender ao conflito coletivo em exame[152].

Destaca-se que não se concede poderes arbitrários ao juiz. É preciso sempre lembrar que o procedimento e as formas que compõe o processo são penhores da legitimidade da decisão judicial. Assim, toda e qualquer alteração promovida pelo juiz deve ser ponderada frente às garantias fundamentais das partes. Nesta toada, segundo Fernando Gajardoni, existem três pilares centrais que devem ser observados pelo juiz ao proceder a uma flexibilização procedimental, a saber: **a)** finalidade: a flexibilização só é autorizada quando servir à tutela imprescindível do direito material, à proteção da parte hipossuficiente ou para garantir a utilidade do procedimento; **b)** contraditório útil: antes de decidir o juiz deve permitir que as partes se manifestem, participando da construção da decisão e argumentando contra ou a favor das mudanças; **c)** motivação idônea, cumprindo com o art. 93, inc. IX, da Constituição[153].

3.3. Princípio do devido processo legal coletivo

O princípio do devido processo legal está positivado no art. 5º, inc. LIV, da Constituição. A origem deste princípio está nos países de tradição do "comom law", mais especificamente no direito anglo-saxão, no âmbito do qual é conhecido como "due process law". Mesmo entre os princípios, os quais tem, por sua natureza, um conteúdo mais aberto e abstrato, o devido processo legal não possui um conceito bem definido. Em verdade, como aponta Fredie Didier Jr., trata-se de uma norma complexa, cujo sentido varia de acordo com o espaço e com o tempo, tratando-se de uma obra eternamente em progresso[154]. Isto significa que o conteúdo do devido processo legal é definido por cada ordenamento jurídico, o qual prevê o conjunto de garantias e direitos mínimos a serem assegurados às partes.

O obstante, fazendo uma construção histórica do instituto, observa-se que, em um primeiro momento, o princípio do devido processual legal nasce com a preocupação de garantir

---

[152] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova suma divisio constitucionalizada*. Op. Cit. P. 462/663.
[153] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.* Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. P. 103/111.
[154] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.* Op. Cit. P 91

ao cidadão um processo ordenado. Tendo a sua origem na Carta Magna inglesa de 1215, o conteúdo essencial do devido processual legal se traduzia na ideia da garantia do desenvolvimento do processo conforme o previamente estabelecido em lei. Hoje, no entanto, sua abrangência é muito mais ampla. Influenciado pela instrumentalidade do processo, o devido processual legal é considerado devido quando pondera a adequação substantiva do direito em debate e a dignidade das partes envolvidas, tomando em consideração preocupação não só individuais, mas também coletivas e difusas[155].

De acordo com Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini , o princípio do devido processo legal pode assumir três dimensões distintas: **a)** em uma primeira dimensão, ele significa o processo cujo procedimento e consequências tenham sido previstas em lei, estando, assim, intimamente ligado ao princípio da legalidade; **b)** em uma segunda dimensão, ele consubstancia na exigência de que o processo se desenvolva em concordância com os valores constitucionais processuais e substanciais, bem como que a decisão judicial final deva ponderar os valores constitucionais envolvidos no caso concreto, de modo a adotar a solução que se revele a mais adequada possível de acordo com a ordem constitucional; **c)** em uma terceiro dimensão, por fim, ele impõe a configuração normativa e a realização prática de um processo razoável à luz dos direitos e garantias fundamentais[156].

Assim sendo, conforme escreve Humberto Theodoro Júnior, o princípio do devido processo legal se constrói tendo em mente a ideia de um processo justo. E, para ser considerado justo, não basta a observância das formas da lei, é preciso adequar-se a atingir o melhor resultado concreto em face dos desígnios do direito material[157]. Nesse sentido, a realização da justiça só pode ocorrer quando todos os interessados pela decisão judicial, titulares do direito material em julgamento, têm a oportunidade de integrar o processo. Portanto, está definitivamente englobado ao conceito de devido processo legal a ideia dos direitos de "notice and hearing". Ou seja, o direito de ser cientificado sobre o processo e de ter a oportunidade de nele influenciar, apresentando argumentos em favor de sua posição e fazendo prova destes

---

[155] PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil.* 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. P. 145/147.

[156] WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAM*IN*E, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1*. 16 ed. reformulada e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 76.

[157] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, volume 01: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 63 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. P. 38.

argumentos. Não há dúvida que, sem prejuízo dos demais elementos que integram o devido processo legal, tal direito é parte inafastável do seu núcleo essencial.[158.]

Dito isto, conforme explica Edilson Vitorelli, um dos principais desafios enfrentados pelo processo coletivo é a sua compatibilização com o devido processo legal na dimensão participativa. Afinal, como vimos, a essência da própria ideia de devido processo legal está associada à possibilidade de o interessado compreender o desenvolver dos atos processuais e influenciar diretamente o resultado da decisão judicial. Ocorre que surgem certas dificuldades ao tentar integrar o direito de "notice and hiring" no âmbito do processo coletivo, isto porque, nele se trabalha a partir de uma legitimidade ideológica, ou seja, a ação coletiva é, por sua natureza, representativa e não participativa[159].

De fato, ao analisarmos o microssistema de processo coletivo brasileiro, especialmente o art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC, percebemos que a opção nacional foi concentrar a legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas nas mãos de entidade públicas (Ministério Público, Defensoria Pública, entes da Administração Pública Direta e entes da Administração Pública indireta). A razão de ser desta escolha é uma suposta presunção de que tais entidades seriam mais aptas a promover uma tutela mais efetiva e adequada dos direitos coletivos em sentido amplo. No entanto, este modelo acaba tendo como efeito colateral a abstrativização do litígio coletivo. Significa dizer, a condução do processo não a partir dos interesses e ponto de vista da coletividade lesada, mas sim do legitimado ativo, cuja visão sobre o litígio acaba sendo a única considerada no processo[160].

A dificuldade em compatibilizar o processo coletivo com o devido processo legal nasce justamente do fato de que este foi forjado em vista a um processo individualista, de maneira que não é possível trazê-lo integralmente para o campo coletivo[161]. De acordo com Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, é natural que certas garantias fundamentais, por serem originalmente pensadas no processo civil individual, exigiam uma reformulação nas ações coletivas, onde o arsenal hermenêutico e lógico é distinto. Afinal, enquanto o processo civil tradicional toma em conta a proteção das pessoas que se envolvem diretamente no processo, no caso da tutela

---

158 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos [livro eletrônico]*. Op. Cit. N.p.
159 Ibidem.
160 AREHART. Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de Interesses concorrentes*. *In* _____. JOBEM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022. P. 1126.
161 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos [livro eletrônico]*. Op. Cit. N.p.

jurídica dos direitos coletivos em sentido amplo, a situação dos sujeitos processuais acaba por receber uma menor importância, abrindo espaço para considerações sobre a situação da coletividade que é representada no processo[162.]

Sobre o assunto, Rodolfo Camargo Mancuso esclarece o problema enfrentado ao falarmos em devido processo legal no processo coletivo. Com o distanciamento entre a titularidade do direito e a possibilidade de se pleitear em juízo, passa a existir uma "desconfiança" ligada à três problemas: **a)** a efetiva representatividade do autor coletivo; **b)** a projeção dos efeitos da coisa julgada para além dos limites processuais, atingindo a coletividade concernente ao conflito; **c)** a situação dos indivíduos a quem concerne os interesses judicializados em vista a possibilidade de neles repercutir o julgamento coletivo[163].

Estas dificuldades não são desconhecidas por parte da doutrina, a qual sempre buscou flexibilizar a clássica a ideia de devido processo legal, dando-lhe novos moldes, a fim de compatibilizá-lo com o processo coletivo. A ideia central que aparece entre os autores é de que é preciso refletir sobre o devido processo legal em vista das bases sociais em que se funda a proteção judicial dos direitos coletivos em sentido amplo e que influenciam toda a dinâmica e teoria processual. Dessa maneira, o devido processo legal coletivo deve ter como norte a garantia de uma efetiva tutela dos interesses sociais que animam a ação coletiva.

A grande questão que envolve, assim, o devido processo legal coletivo é que ele não pode ser observado apenas sob uma perspectiva endoprocessual. Isto porque, como indica Edilson Vitorelli, do ponto de vista da relação processual entre autor coletivo e réu, o paradigma do devido processual legal individual se aplica perfeitamente bem. O problema surge quando se torna necessário considerar a coletividade exterior ao processo. Justamente por isto que o autor defende que se deva assumir uma perspectiva pamprocessual ao tratar sobre o tema, de maneira a expandir as garantias processuais para a além das partes formais do processo[164].

Neste sentido escrevem Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna:

> Os princípios fundamentais envolvidos, portanto (senão apenas no processo coletivo, ao menos nele especialmente), não podem ser pensados somente em vista dos sujeitos processuais envolvidos. Exigem consideração a partir dos interesses tutelados e, de modo mais amplo, a partir de todos aqueles que fazem parte da sociedade. Assim, as

[162] ARENHART, Sério Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. Op. Cit.. P. 111.
[163] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 298 et seq.
[164] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos [livro eletrônico]*. Op. cit. n.p.

> garantias não podem ser pensadas apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares. Possuem assertividade, também, para a própria comunidade – como valores ou fins.[165]

Com efeito, Ada Pellegrini Grinover já apontava que, por muito tempo, o enfoque dos estudos processuais recaiu sobre as garantais das partes processuais, as quais foram forjadas para acudir um processo de caráter individualista. Esta visão enviesada acaba deflagrando um choque com a ideia de um novo tipo de processo, voltado a solução de conflitos sociais (que é o processo coletivo). Assim, segundo a autora, seria preciso reestruturar as clássicas garantias constitucionais, dando-lhes uma dimensão social e uma aplicação ampliada. Elas devem servir não somente às partes, mas devem se apresentar também como garantias ao justo processo. A autora ainda ressalta que a concretização do devido processo legal no campo do processo coletivo dependeria do rigoroso controle da representatividade adequada do autor coletivo, bem como da efetiva informação e possibilidade de intervenção dos interessados[166].

No mesmo sentido escreve Mauro Cappelletii, quem defende que não se pode abandonar a noção do devido processo legal, mas sim reformulá-lo dentro de uma concepção social e coletiva, dando enfoque a garantia da representatividade adequada:

> The individualistic concept of a fair hearing, however, will soon appear too rigid if measured against its practical consequences. Judicial protection of diffuse rights, frequently involving large numbers of persons, is often made impossible for all practical purposes by a strict adherence to traditional notice and fair hearing requirements. […] Reconsideration, however, does not mean abandonment, but rather adaptation. The old schemes of a merely individualistic "procedural guarantism" must be transformed in order to be adapted to the new meta-individual rights; in other (and more American) terms, an individualistic vision of procedural due process should give way to, or be integrated with, a social or collective concept of due process, since this is the only possible way to assure judicial vindication of the new rights. Hence, the right to be heard must indeed be preserved and guaranteed – not necessarily, however, to all the individual members of the class, but to the ideological party. This party, if adequately representative, shall be allowed to act for the entire class, including those members who are not identified, not served, in sum, not "heard" in strictly literal sense of that term[167].

Portanto, é preciso fazer uma ponderação. Tentar aplicar a concepção clássica e individual do devido processo legal, que exige o respeito ao direito de ser notificado e ser ouvido de maneira absoluta, abrangendo a todos que seriam afetados pela decisão, seria ditar a

---

[165] ARENHART, Sério Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. Op. cit. P. 111
[166] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*. *In* Revista da faculdade de direito, Universidade de São Paulo. V. 82, 1987.P. 183, 184 e 197.
[167] CAPPELETTI, Mauro. *Vindicating the public Interest though the courts*. Op. Cit. P. 113.

pena de morte ao processo coletivo, fundado essencialmente em ações representativas. No entanto, não se pode descartar por completo as coletividades diretamente envolvidas no litígio coletivo e concentrar as garantais processuais ao redor apenas do autor coletivo e sua atuação processual. É preciso que haja um meio termo entre ambos.

4. O objeto da tutela coletiva

Estabelecidos alguns dos princípios reitores do processo coletivo, os quais julgamos especialmente importantes para condução da interpretação do nosso Direito positivo dentro da perspectiva desse trabalho, é preciso nos voltar a uma segunda questão de igual relevância. Qual é o objeto da tutela coletiva? Ou, em outras palavras, a que a tutela coletiva se presta? Responder a esse questionamento nos é interessante na medida em que, ao descobrirmos a finalidade a que se destina a tutela coletiva (em especial, o processo coletivo), podemos analisar de forma mais crítica se ela tem adequadamente cumprido com a sua missão. Não só, definir o fim ao qual persegue a tutela coletiva é de estrema relevância a própria construção de uma teoria e um regime jurídico (processual ou não) devidamente apropriado.

4.1. A clássica divisão: direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos

De uma maneira simples, poderia se responder ao questionamento em análise dizendo que a tutela coletiva tem como seu objeto os direitos transindividuais; sejam eles coletivos tanto no plano material e processual (direitos difusos e coletivos em sentido estrito) ou coletivos apenas no plano processual (direito individuais homogêneos)[168].

[168] Vale destacar que há uma celeuma quanto a possibilidade de o processo coletivo ter como objeto um direito puramente individual. Gregório Assagra de Almeida afirma que não é possivel que um direito individual puro, pertencente a um único individuo, possa fundamentar uma ação coletiva (argumenta que os direitos individuais homogêneos não se confundiriam com o direito puramente individual, vez que teriam ínsito a si um interesse social que sobrepuja a sua individualidade, o que atrai a tutela coletiva. No entanto, é certo que há hipóteses no ordenamento jurídico em que tal hipótese é concebida. É o caso do ECA, o qual permite, em tese, o manejo de instrumentos do processo coletivo em favor do direito individual de criança ou adolescente. Assim sendo, poderia se escrever uma segunda dissertação sobre a propriedade do uso de ações coletivas para tal fim, no entanto, vale ressaltar que o legislador, por vezes, decide colocar como objeto do processo coletivo certos direitos individuais, os quais, por si só, carregam amplo conteúdo social.

Deveras, já são amplamente conhecidas as definições legais prestadas pelo CDC para as espécies de direitos coletivos em sentido amplo, motivo pelo qual não as exploraremos neste texto, preferindo remeter ao leitor a leitura da doutrina especializada no assunto[169].

Todavia, apenas a título de esclarecimento, lembra-se que o art. 81 do CDC se utiliza de três critérios centrais para a diferenciação das diferentes categorias de diretos transindividuais (os diretos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos): **a)** o critério objetivo, que diz respeito a divisibilidade do direito (a possibilidade ou não de uma pessoa ter seu direito individualmente tutelado sem que isto acarrete na tutela simultânea do direito alheio); **b)** o critério subjetivo, que se refere a determinabilidade dos titulares do direito; **c)** o critério de origem, que indica os laços que unem os titulares do direito, uma situação fática ou uma relação jurídica[170].

Assim, dentro dos mencionados parâmetros, pode-se definir (de forma geral, deve-se ressaltar) que os direitos *difusos* são aqueles marcados pela sua indivisibilidade, cujos titulares são indeterminados e ligados entre si em razão de se encontrarem em uma mesma situação de fato. Já os direitos *coletivos em sentido estrito* são aqueles também indivisíveis, mas cujos titulares são determinados ou determináveis, possuindo esses uma relação jurídica base entre si ou com a parte oposta, ou seja, com o causador da lesão ou ameaça de lesão ao direito. Por fim, os direitos *individuais homogêneos,* são aqueles divisíveis, de titulares determinados ou determináveis, que advém de uma de uma origem comum, seja ela fática ou jurídica.

Isto posto, apesar da classificação ofertada pelo CDC e das inúmeras lições doutrinárias produzidas sobre o assunto, não é nenhuma novidade que a efetiva diferenciação entre as espécies de direitos coletivos em sentido amplo é consideravelmente difícil de ser realizada no dia a dia[171]. Justamente por isto é que se desenvolveram diferentes critérios para corretamente identificar o direito coletivo em sentido amplo tutelado no caso concreto.

---

[169] GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo, NERY JURNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. II* (arts 81 a 104 e 109 a 119). Op. Cit. P. 68 *et seq*. Também se recomenda a leitura de: MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo*. Op. Cit. P. 55 *et seq*.

[170] YOSHIDA, Consuelo Y. M. *Tutela dos Interesses difusos e coletivo*. Op. Cit. P. 01/22. No mesmo sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direto processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação*. Op. Cit.. P. 358.

[171] GAJARDONI, Fernando. *Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo*. Op. Cit. P. 40.

Os mais relevantes destes critérios é certamente o proposto por Nelson Nery Júnior[172], segundo quem, a qualificação de um direito como difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, deve se dar em análise da tutela material e da tutela jurisdicional aduzidas na ação coletiva (ou seja, de acordo com a causa de pedir + pedido). É mediante o exame do objeto litigioso fixado pelo autor coletivo que se pode corretamente classificar o direito "subjudice". Trata-se, pois, de um critério essencialmente processual, que busca identificar o direito objeto da demanda, não se destinando à definição do direito em si.

Embora louvado, o referido critério não é o único. Antonio Gidi[173] apresenta um critério ligeiramente diferenciado, mais ligado ao direito material. Segundo o autor, o encaixe de um direito em uma das três espécies do art. 81 do CDC deve se dar vista do direito subjetivo violado. Significa dizer, ele deve decorrer não de um exame da tutela jurisdicional pleiteada, mas sim do exame da realidade fática fora dos autos, ou seja, da real e concreta lesão jurídica provocada. Isto porque, o direito subjetivo material possui uma existência dogmática independente, de maneira que é recomendável classificá-lo independentemente do direito processual. Além disso, há situações em que a tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material do caso concreto, isto porque um mesmo pedido pode fazer referência a um direito difuso ou um direito coletivo em sentido estrito.[174]

Adotado o critério que se preferir; a verdade é que a necessidade da existência de distintos métodos para se distinguir os direitos coletivos em sentido amplo é uma decorrência de um fator natural e único desta classe de direitos: a possibilidade um mesmo fato ser capaz de atingir um bem jurídico que pode muito bem ser encaixado, simultaneamente, tanto como um direito difuso quanto como um direito coletivo em sentido estrito ou, ainda, como direitos

---

[172] NERY JR., NELSO. *In* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. II (arts 81 a 104 e 109 a 119). Op. cit. P. 225/226.

[173] GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 21.

[174] Concordamos com a crítica feita pelo autor. O critério eleito por Nelson Nery busca delimitar os contornos do direto em juízo e, como consequência, estabelecer o procedimento adequado, a luz das diferenças estabelecidas pelo CDC no que tange a cada tipo de direito (veja, os direitos individuais homogêneos contam com uma sistemática própria no diploma consumerista, sendo que, cada classe de direitos coletivos em sentido amplo implica em regimes de coisas julgadas diferentes). Dessa feita, utilizar apenas critérios processuais para promover essa delimitação pode ser, por vezes, temeroso. Isto porque podemos acabar por alienar a realidade fática, levando a uma tutela jurisdicional que, ao final, não é adequada as necessidades da lesão coletiva concreta. Há aqui uma crítica muito maior a ser feita sobre a propriedade ou impropriedade do CDC de separar os regimes jurídicos da coisa julgada coletiva por classe de direitos (muito melhor seria a existência de um único modelo de coisa julgada coletiva) ou de trazer um regramento separado dos direitos individuais homogêneos, o qual, a primeira vista, se limitaria a um processo bifásico centralizado em ações indenizatórias. Porém, existindo essa diferenciação, poder-se-ia ter uma situação em que o pedido e a causa de pedir desenham o contorno de um direito que não se coaduna com o caso concreto. Nessa hipótese, é preciso que o Judiciário tenha atenção para aplicar a tutela jurisdicional adequada frente a realidade dos fatos e não a discrição em juízo dos mesmos.

individuais homogêneos. Afinal, as situações do mundo real, complexas da maneira que são, não se enquadram perfeitamente dentro dos esquemas legais, mas podem gerar uma variedade de efeitos jurídicos, relacionando-se a mais de uma categoria legal de direito coletivos. Esta realidade é constatada por Antonio Gidi, o qual ressalta que "da ocorrência de um mesmo fato podem surgir pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo individuais, ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo de direito material"[175].

Nesse diapasão, Sérgio Shimura afirma que é não há verdadeiro impeditivo para que se promova uma classificação dos direitos coletivos em sentido amplo sem necessariamente analisá-los sob uma ótica meramente processual, sendo plenamente possível o fazer a partir da pretensão que emana do fato ou ato jurídico ocorrido. O autor ainda acrescente que a trilogia trazida pelo CDC é apenas um parâmetro mínimo para tutela jurídica dos direitos metaindividuais, de maneira que uma categoria acaba não excluindo a outra.

Acrescenta-se que a razão desta dificuldade de classificação das situações de fato dentro das definições do art. 81 do CDC pode ser explicada por dois fenômenos ligados à tutela coletiva, a "lesão múltipla" e de "visão poliédrica" dos direitos coletivos em sentido amplo. A definição de ambos pode ser retirada do trabalho de Consuelo Yoshida[176]. A lesão múltipla diz respeito aquelas situações, muito comuns na tutela coletiva, em que um mesmo fato gera a violação ou a ameaça de violação a mais de um bem jurídico simultaneamente. Por exemplo, o desastre do rompimento da Barragem de Mariana/MG; um único acontecimento gera a lesão de uma só vez, de direitos difusos (o meio ambiente), bem como, individuais homogêneos (os danos patrimoniais causados aos moradores e demais indivíduos que dependiam do Rio Doce para sua subsistência)[177]. Por sua vez, a visão poliédrica indica a percepção de que um mesmo bem jurídico pode ser, simultaneamente, objeto de direito difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo. Tome como exemplo o direito a saúde; em uma primeira análise, trata-se de um direito público subjetivo individual, que pode ser exigido individualmente por todo brasileiro, mas que também possui uma feição coletiva inegável.

---

[175] Ibidem. P. 20.

[176] YOSHIDA, Consuelo Y. M. *Tutela dos Interesses difusos e coletivo*. Op. Cit. P. 18

[177] Um segundo exemplo que pode ser dado é quanto ao aumento abusivo das mensalidades de uma escola particular. Temos, primeiro, um direito coletivo em sentido estrito ligado a nulidade da clausula contratual (com base no CDC). Veja que as pessoas lesadas tinham uma relação jurídica anterior com o agente causador da lesão (o contrato de prestação de serviços educacionais), sendo impossível declarar a nulidade de uma mesma cláusula apenas para uma pessoa sem o fazer para outras. Além disso, teremos os eventuais danos patrimoniais de cada consumidor, o quais são individuais, mas homogêneos.

4.2. A visão de Edilson Vitorelli: o foco nos litígios coletivos

Como introduzido anteriormente, a separação entre as espécies de direitos coletivos em sentido amplo prevista no CDC é mais tênue do que se parece. A verdade seja dita, as definições trazidas no bojo do já mencionado art. 81 do CDC tem finalidade fundamentalmente processual. Isto porque são utilizadas única e exclusivamente para permitir a identificação e aplicação do regime processual a ser observado pela ação coletiva. Ocorre que, efetivamente, esta diferenciação só faz algum sentido (se de fato o faz) quando pensamos na separação de regimes processuais entre os direitos individuais homogêneos e os demais direitos coletivos em sentido amplo. Afinal, o tratamento em juízo dos direitos difusos e dos direitos coletivos em sentido estrito é essencialmente o mesmo (exceto quanto à peculiaridade da eficácia subjetiva da coisa julgada, mas que é quase insignificante). Dessa forma, parece-nos que muito melhor seria, nos referirmos somente a direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos), como já defendeu Barbosa Moreira[178], definindo dois regimes processuais fundamentais.

Não estamos sozinhos nestas críticas. No mesmo sentido, Edilson Vitorelli[179], a despeito de reconhecer a importância histórica das definições do art. 81 do CDC, propõe uma nova visão para o processo coletivo, com um novo paradigma de análise. Para o autor, as espécies de direitos coletivos em sentido amplo do CDC deveriam ser substituídas por um enfoque processual sobre os litígios coletivos. Uma mudança que permitiria imprimir maior efetividade ao processo coletivo e a tutela do bens jurídicos que vida proteger.

As razões para esta substituição seriam: **a)** já há uma inerente dificuldade de se distinguir efetivamente entre os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, indicando a baixa operatividade destes institutos; **b)** os efeitos da distinção promovida pelo CDC são, na maioria dos casos, inexistentes, correndo o processo da mesma forma seja qual for o direito coletivo em sentido amplo exigido, salvo raras hipóteses **c)** as definições do CDC, quando são utilizadas no processo coletivo, o são para restringir o acesso à justiça, impondo restrições ou entraves ao exercício da tutela coletiva (ex.: a negativa de legitimidade para que o Ministério Público atue no polo ativo nas ações individuais homogêneas que não versem sobre

---

[178] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil: terceira série*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984. P. 193.
[179] VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática.* 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivum, 2022. P. 48/51.

direito indisponível). Dessa sorte, arrazoa o autor que seria muito mais frutífero ao processo coletivo a utilização de uma tipologia de litígios coletivos, principalmente em vista a operatividade do processo e a maximização da efetividade da tutela jurisdicional.

Nessa toada, as categorias de litígio coletivo propostas por Edilson Vitorelli estruturam-se à volta de dois critérios centrais: a conflituosidade e a complexidade[180].

De acordo com o autor, a conflituosidade diz respeito ao grau de divergência que pode existir no grupo lesado (na "sociedade") em relação à tutela que esperam do litígio. Ou seja, o grau de concordância ou discordância relativamente à resolução desejável do problema. Já a complexidade diz respeito ao grau de dificuldade para se solucionar o litígio. É considerado complexo o litígio que admite, pelo Direito, mais de uma solução viável, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos. Veja que, enquanto a conflituosidade deriva da relação do grupo e do litígio, a complexidade se apresenta na relação entre o Direito e a lide. Neste sentido, os litígios complexos, no geral, exigem o *"*input*"* de diferentes áreas do conhecimento para que se possa visualizar a melhor forma de resolução do problema. Assim, eles envolvem mais do que uma simples aplicação do Direito, mas dependem de uma intrincada análise de proporcionalidade, de eficiência e de desejabilidade social da solução.

Dessa feita, temos a elaboração de três classes de litígios coletivos:

a. *Litígios coletivos de difusão global*[181]: são aqueles que não atingem diretamente a esfera individual de nenhuma pessoa, pois lesam ou ameaçam um direito de natureza abstrata. Nesse sentido, que não há nenhum grupo social que tenha um interesse direto e engajado em relação à solução do litígio (muito embora as pessoas possam se importar profundamente com o problema). A titularidade do direito aqui é imputada a sociedade entendida como estrutura. Como exemplo, pode-se citar, o derramamento de óleo no meio do oceano, um desastre ambiental. Trata-se de situação que fere direitos transindividuais da coletividade, sem dúvida, mas que não se reflete diretamente na esfera jurídica de qualquer pessoa, mas apenas de maneira longínqua. Assim, esta espécie de litigo é marcada pela sua baixa conflituosidade, tendo uma complexidade variável, mas, em geral, é baixa.

b. *Litígios coletivos de difusão local*[182]: são aqueles que atingem um grupo de pessoas ligadas por laços de solidariedade ou de perspectiva social em comum. Nesse diapasão,

[180] Ibidem. P. 34/38.
[181] Ibidem. P. 38/39.
[182] Ibidem. P. 40/42.

embora a lesão do direito de cada membro do grupo possa variar, os laços sociais existentes entre estes evitam um escalonamento do conflito. Isto porque, todos, dividem uma visão conjunta sobre o problema. Dessa maneira, a conflituosidade, neste caso, tende a ser moderada. Enquanto a complexidade, embora variada, tende a ser mais elevado do nos litígios globais. Sobre esta espécie de litígio, Edilson Vitorelli ainda a separa em quatro subespécies: **a)** litígios coletivos relativos aos direitos do trabalho; **b)** litígios coletivos atinentes a vítimas de um mesmo acidente; **c)** litígios coletivos relativos aos tratamentos de saúde disponível para pessoas portadoras das mesmas doenças; **d)** litígios coletivos que envolvem minorias.

c. *Litígios coletivos de difusão irradiados*: nesta categoria a lesão ou ameaça cai sobre diferentes pessoas e grupos sociais, inclusive de maneira qualitativa e quantitativamente diferente. Pode-se explicar este litígio através da imagem de uma pedra que é jogada em um lago, gerando vigorosas ondas em seu centro, mas que vão se irradiando e perdendo a força conforme se afastam. Nesses conflitos, existe um grupo de pessoas que é atingido de maneira mais direta e intensa, as quais se encontram no centro do litígio. Porém, além desses, também há outros grupos atingidos de maneira mais atenuada e reflexa, os quais se encontraram nas bordas do conflito. Nesta situação, não há a formação de laços de perspectiva social ou solidariedade entre as pessoas. Ao contrário, forma-se uma sociedade fluída, elástica e descentralizada, em que cada indivíduo ou cada grupo deseja soluções distintas ao conflito, conforme a lesão que sofreu. Dessa sorte, trata-se de um litigo de alta conflituosidade e complexidade, configurando-se como um conflito policêntrico[183].

A visão proposta por Edilson Vitorelli é interessante na medida em que coloca em destaque o próprio litigo coletivo, diferenciando-os entre si. Para cada espécie de conflito será necessária à utilização de um procedimento e de técnicas processuais próprias, adequadas a suas características. Por exemplo, no caso dos litígios coletivos de difusão global, a utilização das "ações representativas" (no modelo de legitimação extraordinária utilizado pelo microssistema de processo coletivo) não apresenta tantos problemas, pois o interesse da sociedade que recai sobre o processo é extremamente abstrato. No entanto, tratando-se de litígios coletivos de difusão local ou irradiados, torna-se imprescindível dar enfoque à ideia de representatividade adequada e participação processual, nos moldes do princípio do devido processo legal coletivo, o qual já discutimos em detalhes anteriormente.

[183] Ibidem, P. 43 et seq.

4.3. Os valores constitucionais como objeto da tutela coletiva

Gostaríamos de trazer uma última perspectiva acerca do objeto de tutela do processo coletivo, uma que vai além da visão dos litígios ou direitos coletivos em sentido amplo como o ponto de interesse do processo. Como já indicamos anteriormente, o processo coletivo possui um escopo social e político alargado, se prestando justamente à realização dos objetivos sociais consagrados na nossa Carta Constitucional. Dessa sorte, partindo desta premissa, parece-nos que recai sobre o processo coletivo uma missão mais importante do que a simples resolução do conflito coletivo (a qual, embora presente também presente no processo individual em menor escala), a ele cabe a realização dos próprios valores constitucionais.

Se é verdade que o processo coletivo é caracterizado pela ideia de "participação pelo processo" (ou seja, pela utilização do processo como meio de influir na tomada de decisões políticas e na condução da nação), então não se pode negar que ele assume a natureza de um verdadeiro instrumento de realização da interpretação democrática da Constituição. Com isto queremos dizer que, por meio do processo coletivo, minorias sociais são capazes de levar os seus interesses ao centro do debate político e jurídico, permitindo-lhes participar, ativamente, da construção do sentido das normas constitucionais. Em outras palavras, o processo coletivo é um mecanismo de contribuição para a ideia de uma hermenêutica constitucional plural e aberta, nos moldes já defendidos por parte de Peter Häberle[184].

Justamente por isso, acredita-se que o processo coletivo lida com um tipo de justiça distinta do processo individual. Especialmente quando falamos em uma sociedade de massas, o conflito entre diferentes grupos, a definição de qual interesse social deve prevalecer, acaba tendo conotações políticas, pois exige a escolha entre diferentes objetivos sociais. Esta decisão não é, porém, completamente política, baseada em um subjetivismo ou em uma ideologia, mas que está atrelada e limitada pelas ponderações dos valores e fins sociais pré-definidos na Constituição. Inclusive, em sua decisão, cabe ao Poder Judiciário ponderar o dever que recai sobre o Estado de garantir a fruição de certos bens coletivos, que integram o núcleo essencial dos direitos sociais de natureza prestacionais. Assim, na ponderação feita pelo juiz, ele deve considerar a repartição equitativa dos recursos sociais.

---

[184] Neste sentido, ler: . HÄBERBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos Intérpretes da constituição, contribuição para a Interpretação pluralista e "procedimental".* Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

É justamente por estas razões que Carlos Alberto de Salles afirma que o processo coletivo engaja com uma justiça distributiva, que está ligada à atribuição individual e coletiva de recursos, voltada a realização dos próprios objetivos constitucionais. O que se difere da justiça realizada no âmbito do processo individual, de natureza apenas corretiva (ou retributiva)[185]. No mesmo sentido escrevem Susana Henriques da Costas e Débora Chaves Martines Fernandes, para quem a exigibilidade dos direitos sociais, que torna necessário a exigência de um mínimo de igualdade material, transfere ao Poder Judiciário a competência para o debate sobre justiça distributiva[186]. As autoras ainda acrescentam:

> O processo coletivo, dentro do contexto assinalado linhas atrás, torna-se um mecanismo de controle político e prospectivo de políticas públicas. Isso porque, na sociedade de massa, pluralista por natureza, não raro se conflitam interesses metaindividuais antagônicos, porém legítimos, de grupos sociais diversos. A definição de qual interesse conflitante deva prevalecer em determinado caso concreto é tarefa de natureza eminentemente política. Principalmente por meio da ação civil pública, atribuiu-se ao Poder Judiciário a incumbência de dar concretização à princípios e valores constitucionais e, assim, definir no caso concreto qual interesse, entre vários, deverá ser reconhecido como interesse público e consequentes tutelado pelo ordenamento jurídico[187].

Neste diapasão, Consuelo Yoshida esclarece que a ordem jurídica em si mesma, bem como, os bens e valores materiais e imateriais por ela consagrados, são os principais bens jurídicos objeto de tutela do processo coletivo. Conforme aduz a autora, a ordem jurídica é o bem maior a ser preservado em um Estado Democrático de Direito como o é o Estado brasileiro, tratando-se este de um inquestionável interesse de natureza difusa que pertence a toda a sociedade. Inclusive, se fizemos uma retomada histórica da mais antiga ação coletiva que é a ação popular, os requisitos para sua propositura, ilegalidade e lesividade, nada mais são que a ofensa a própria ordem jurídica e aos bens jurídicos por ela tutelados[188].

Com interessante posição sobre o assunto, Gregório Assagra de Almeida nos indica que o processo coletivo é um instrumento de transformação da realidade social brasileira e de implementação do Estado Democrático de Direito. Como aduz o autor, somente se poderá implementar o Estado Democrático de Direto quando for possível a defesa dos interesses primordiais da sociedade, os quais, em muitos casos, se qualificam como verdadeiros direitos

---

[185] SALLES, Carlos Alberto. *Processo civil de interesse público*. Op. Cit. P. 209.
[186] COSTA, Susana Henriques. FERNANDES. Débora Chaves Martines. *Processo coletivo e controle judicial*. *In* GRINOVER, Ada Pellegr*in*i. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 366
[187] Ibidem. P. 366.
[188] YOSHIDA, Consuelo Moromizato. *Tutela dos Interesses difusos e coletivo*. Op. Cit. P. 192

difusos (direito ao meio ambiente equilibrado, direto à defesa do consumidor, direito à probidade na condução da coisa pública etc.). Justamente por isso que o processo coletivo é fundamental dentro de uma sociedade democrática que anseia por uma justiça social, vez que cabe a ele a proteção e promoção destes direitos, o que o torna um instrumento de elevada força política e com o papel de permitir o exercício da cidadania[189].

De fato, diante desta exposição, não há como negar que o processo coletivo se volta a realização dos direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional. É ele um importante instrumento de adequação das instituições privadas e públicas aos parâmetros da Constituição. Ele representa a nova face do Poder Judiciário dentro da perspectiva neoconstitucional, no âmbito do qual cabe aos juízes e àqueles que integram o sistema judicial (o Ministério Público, a Defensoria Pública e a advocacia) serem agentes para concretização dos objetivos constitucionais. Justamente por isto que deve ser o processo coletivo tratado em uma perspectiva diferente do processo individual. Não só os princípios que o regem são distintos, mas é de se justificar a existência de técnicas processuais próprias, adequadas a realização desta missão singular a qual recai sobre este ramo processual.

5. A transformação no processo coletivo: as transformações na sociedade contemporânea e os seus reflexos na tutela coletiva

Nosso enfoque até o momento se reteve no estudo do processo coletivo e as suas peculiaridades; fazia-se, até então, um exame basicamente jurídico. O que se propõe agora é um enfoque um tanto mais sociológico e filosófico. A ideia principal com a qual deseja-se trabalhar é que vivenciamos um mundo simultaneamente transformado e em transformação. Algo mudou e continua a mudar até hoje, alterando as estruturas de poder, as relações pessoais, as ligações familiares, os valores sociais e a própria compreensão do tempo e do espaço. A vida se altera em suas dimensões políticas, públicas e privadas.

Com efeito, parte-se da premissa que as mudanças que foram e ainda são experienciadas fazem parte da chamada "pós-modernidade". De acordo com Urich Beck, a partícula "pós-", (ao lado de seus semelhantes, "tardio", "avançado", "ultra", "hiper" etc.) é a palavra-chave desta era[190]. Um tempo que se encontra perdido, que se coloca frente ao futuro, mas que em

---

[189] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direto processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação).* Op. Cit. P. 229.
[190] BECK, Urich. *Sociedade de risco: rumo a uma ou outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, P. 11.

tantos aspectos continua preso no passado. Um momento ainda indefinido, afinal. o que pode existir após a própria "modernidade"? O futuro?

Deveras, não há aqui nenhuma pretensão de destrinchar a ideia de pós-modernidade (para uma análise mais detalhada, recomenda-se fortemente o trabalho de livre docência de Marcelo Gomes Sodré[191]), muito menos deseja-se desembocar em discussões sociológicas ou filosóficas sobre a era contemporânea. Por seguir uma linha mais positivista, o enfoque deste trabalho recai essencialmente sobre as normas jurídicas e sua interpretação; no entanto, isto não significa que a realidade social e histórica seja de menor importância. O "ser" e o "dever ser" não estão completamente separados, a interpretação de uma norma não pode ser realizada de olhos vendados ao mundo dos fatos. Esta é uma realidade já bem conhecida para aqueles que adotam as teorias de interpretação concretistas[192]. Assim, se a realidade está alterada, tal fator deve ser devidamente considerado na interpretação do ordenamento jurídico.

A tese que aqui se levanta é que o século XXI sofreu e ainda sofre de mudanças radicais em relação à qualidade e quantidades dos conflitos que são levados ao Poder Judiciário. Especialmente na seara dos direitos difusos e coletivos, vê-se um incremento em sua conflituosidade e complexidade. Assim, diante deste cenário, exige-se também do processo coletivo uma mudança, a fim de se adaptar à nova realidade.

5.1. A sociedade do hiperconsumismo

A primeira faceta da sociedade pós-moderna, e talvez a mais conhecida, é sua qualificação enquanto uma sociedade de consumo. Esta face da contemporaneidade está em todos os lugares, sendo que o único momento em que ainda somos dela preservados é enquanto dormimos. De fato, basta ligarmos os nossos "smartphones" ou computadores para sermos inundados com uma série de publicidades individualizadas, criadas especificamente para atender os nossos gostos e incitar nossos desejos. Ao andarmos na rua, ao assistirmos televisão ou ao lermos um jornal, somos bombardeados por ofertas, promoções e anúncios, os quais nos

[191] O referido trabalho foi a principal inspiração para o presente tópico, sendo suas conclusões de grande *In*teresse ao campo dos direitos difusos e coletivo. Sobre, ler: SODRÉ, Marcelo Gomes: INVESTIGAÇÃO ACERCA DAS TENSÕES E MUTAÇÕES NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O ADVENTO DOS DIREITOS DIFUSOS MATERIAIS. Tese (Livre Docência). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2022.
[192] MARTINS, Ricardo Marcondes. "*Políticas públicas" e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional*. *In* Revista de Direito Administrativo Constitucional, vol. 18, n. 71, Belo Horizonte, 2018. P. 162.

incentivam a consumir com promessas de descontos imperdíveis e oportunidades únicas. O ato de consumo, hoje, se torna um elemento essencial da vida cotidiana.

Dentro deste contexto, o consumo não pode mais ser entendido como a simples utilização de um bem ou de um serviço em razão de uma necessidade, ou de seu "valor de uso". Ao contrário de ter uma função racional, o ato de consumir passa a ter uma verdadeira função social. Segundo Jean Baudrillard, a sociedade de consumo também é uma sociedade de manipulação de signos, dentro das quais as práticas de consumo ganham determinado sentido. Dessa forma, o indivíduo consome não só como uma forma de se inserir e demonstrar que é parte de certo grupo social (a fim de demonstrar o seu status), mas também para diferenciar-se, em um processo de afirmação de sua individualidade[193].

A razão desse fato, para Baudrillard, reside na própria natureza do sistema de produção e de consumo. De acordo como autor, nenhuma escolha é feita à sorte, os bens e serviços não são produzidos ou consumidos de maneira indiferente. Em verdade, todos estes atos possuem um certo significa conforme um determinado conjunto de valores. Neste diapasão, as escolhas feitas pelo consumidor são em verdade condicionadas pela sua comunidade, o seu estilo de vida e, acima de tudo, pelo próprio mercado[194].A necessidade de consumir determinada marca, de usufruir de determinados serviços, são desejos criados no consumidor, ou nele instigados, mediante a imposição ou persuasão de que uma série de padrões e valores sociais são "bons" e devem ser reproduzidos, levando, assim, ao consumo.

Por trás de tudo isto está a lógica regente da sociedade de consumo: o crescimento eterno. De acordo com este pensamento, é na abundância, na fartura, que a humanidade encontrará a solução de todos os seus problemas, ou seja, o "bem-estar geral". Baudrillard resume a lógica da sociedade de consumo em uma frase: "o crescimento é a abundância e a abundância é a democracia"[195]. Com efeito, este talvez seja o principal lastro ideológico da sociedade pós-moderna. Yuval Harari descreve que a modernidade se baseia na firma crença de que o crescimento não é só possível, mas uma necessidade absoluta. Dessa maneira, a ideia de "mais coisas" se torna uma panaceia para todas as adversidades públicas e privadas[196]. Esta realidade não escapou a Bauman, quem afirma que a era moderna experiência a desvinculação

---

[193] BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução: Arthur Morão. Rio de Janeiro: Elfos Ed. Lisboa: Edições 70, 1995. P. 38/39 e 59/60.
[194] Ibidem P. 69/70.
[195] Ibidem. P. 49 *et seq*.
[196]HARARI, Yuval Noah. *Homo deus uma breve história do amanhã*. Tradução Paulo Geiger. 1 ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016. P. 212.

dos meios dos fins: produz-se, cria-se, realiza-se, simplesmente porque se pode fazer e não para alcançar uma finalidade[197]. Dessa sorte, para a concretização deste credo do crescimento não se mede esforços, com a destruição de tudo aquilo que lhe obstaculize[198]. É nesta dimensão que se insere o controle do próprio consumidor da sociedade pós-moderna, cria-se a demanda como uma resposta para a eterna necessidade de vender mais produtos[199].

Deveras, a instalação desta sociedade de consumo continuado não ocorreu do dia para noite. De acordo com Gilles Lipovetsky ela se desenvolveu em três ciclos:

O primeiro deles, iniciado no final do século XIX e que se estendeu até a segunda guerra mundial, é fase da produção e do "marketing" em massa. Este ciclo inicial constitui-se pela formação dos grandes mercados nacionais, associado ao nascimento das primeiras marcas, bem como ao surgimento do comércio e publicidade de massas. Seu início está associado aos desenvolvimentos nas áreas de infraestrutura, transporte e comunicação, além da exponenciação da capacidade produtiva gerada pelas máquinas industriais. A partir destes fatores tornou-se possível a fabricação de enormes séries de mercadorias padronizadas a um preço unitário muito baixo, permitindo a expansão da oferta. Desse modo, trazem-se os bens de consumo ao alcance de vastas camadas da população (embora de forma ainda limitada). Simultaneamente, corolário a esse processo, vê-se o surgimento dos "grandes magazines" ("grandes lojas", as quais inauguram a era da distribuição de massa e iniciam um processo de democratização do desejo[200]. De fato, os "shoppings", muito mais do que simplesmente concentrar todos os produtos em um só lugar, os culturalizam, transformando-os em uma substância lúdica e distintiva, em acessório de luxo, instigador dos desejos[201].

O segundo ciclo, por sua vez, representa a mais pura representação da sociedade de consumo de massa. Ela desabrocha a partir da ampla difusão do modelo taylorismo-fordista de produção, vigorando do final da segunda guerra até as últimas décadas do século XX. Durante esta fase, além de alcançar um aumento na oferta, o sistema econômico também atinge uma expansão da demanda, elevando a capacidade aquisitiva da população. Dessa sorte, se o primeiro ciclo principiou a democratização do consumo, este ciclo aperfeiçoou tal fenômeno,

---

[197] BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna.* Tradução João Rezenda Costa. São Paulo: Paulus, 1997.P. 217 *et seq*.
[198] HARARI, Yuval, Noah. *Homo deus uma breve história do amanhã*. Op. Cit. P. 214.
[199] BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Op. cit. P. 71.
[200] LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. P. 26/32.
[201] BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Op. Cit. P. 18.

difundindo o poder de compra. É justamente aqui que surge o mito da profusão, em que o crescimento, o aprimoramento das condições de vida, tornam-se os critérios do progresso. Nesse contexto, a coerção torna-se a sedução, o dever converte-se em hedonismo, a poupança transformação no dispêndio e, sobretudo, o futuro é substituído pelo presente. Temos aqui uma sociedade que é marcada pelo gozo privado, por um culto hedonista e psicológico, pela privatização da vida e autonomização do sujeito em relação às instituições coletivas[202]. Neste diapasão, o lugar do consumo passa a ser a vida cotidiana, ela é inserida no dia a dia, em cada momento, tornando todos os fatos momento de consumo. Assim, acarreta a dissociação da esfera do político, do social e do cultural, concentrando a vida humana em uma dimensão imanente, fechada e abstrata no privado[203]. O ser humano se torna, em um certo sentido, um objeto do próprio mercado de consumo em um constante ciclo de retroalimentação.

O terceiro ciclo, por fim, é a fase em que hoje nos encontramos: a sociedade do hiperconsumo. Segundo Gilles Lipovetsky, é aqui em que o consumo se torna experiencial, íntimo e individual, abandonando seu caráter padronizado. Neste contexto, o consumo se ordena cada vez mais de acordo com os fins, gostos e critérios individuais; dessa maneira, os bens de consumo se afastam de sua função enquanto símbolos de *status* (embora não percam inteiramente esta sua dimensão) e se transformam em serviços pessoais. Agora, é a busca pela felicidade pessoal, pelo bem-estar, pelo espaço e tempo personalizados que servem como base ao mercado; assim, os produtos e serviços tentam se adequar estes novos desejos, oferecendo experiências "únicas" e "individualizadas"[204].

Sobre o assunto, Jean Baudrillard indica que a felicidade se constitui como a referência absoluta da sociedade de consumo. Neste sentido, o autor encontra a força por traz da ideia de felicidade no princípio da igualdade. A atração que temos hoje pelo hedonismo deriva da herança histórica da luta pelo "bem-estar", todo ser humano tem o *direito* de buscar seu conforto, a melhora de sua qualidade de vida, como todos os demais. Porém, ressalta o autor que, na modernidade, esta procura pela igualdade se vê transferida da igualdade real, das capacidades, responsabilidades e possibilidades sociais, para a igualdade diante de objetos e outros signos de êxito social, os bens de consumo. Assim, atingir a felicidade hoje é consumir,

[202] LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Op. Cit. P. 32/36.
[203] Baudrillard, Jean. *A sociedade de consumo*. Op. Cit P. 25.
[204] Lipovetsky, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Op. Cit. P. 41/46.

é conseguir comprar, ter e usufruir de bens materiais[205]. O valor que impera na sociedade contemporânea é, portanto, o individualismo, do alcance da sua felicidade.

Destarte, as primeiras duas décadas século XXI se viram inseridas dentro deste quadro. Enfrentamos uma sociedade complexa e, de certa forma paradoxal. Estamos ainda, certamente, ainda dentro de uma sociedade de massa, temos uma produção em massa, um consumo de massa; no entanto, vemos crescer um elevado senso e desejo pela individualidade, traduzida, sobretudo, em uma busca constante pela felicidade social. Ao associarmos estes dois fatores temos, como resultado, a dissonância causada pelo próprio consumo entre o indivíduo e a realidade coletiva, política e cultural. O ser humano se isola em uma bolha de consumo em que seu único referenciar é sua própria pessoa, seus desejos e seus interesses. Não só, a lógica desta sociedade é aquela do crescimento contínuo, da produção.

5.2. A sociedade de riscos

A segundo faceta da sociedade pós-moderna é aquela pintada por parte de Ulrich Beck, quem descreve as alterações vivenciadas pela sociedade contemporânea a partir da metade final do século XX. Segundo o autor, a sociedade industrial, nascida no século XIX, tinha entre seus motores a tentativa de liberta-se da carência material. Assim sendo, o pensamento e a ação das pessoas eram condicionados pela "ditadura da escassez", pelas miseráveis condições de vida experienciadas por parte considerável da população durante a idade média e idade moderna. Dentro desta perspectiva, o desenvolvimento científico tecnológico era visto como a chave para a riqueza social, para a libertação do indivíduo de suas limitações naturais. Portanto, nesta "sociedade de escassez", os conflitos e problemas sociais se estruturavam a volta da distribuição e produção da riqueza e, como consequência, colocava-se grande enfoque no progresso industrial como a única maneira de escapar da pobreza material[206].

É justamente neste prisma que a natureza acaba sendo colocada em uma situação de oposição à sociedade, vez que o crescimento e a riqueza só poderiam ser alcançados por meio da devastação daquela. Desse modo, subjuga-se a natureza, controlando-a e ignorando-a, enquanto a sua exploração e comercialização torna-se requisito indispensável a manutenção e expansão do sistema industrial e, consequentemente, da liberação do ser humano[207].

---

[205] BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Op. Cit. P. 47/48
[206] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma ou outra modernidade*. Op. Ci.t P. 24, 49/51.
[207] Ibidem, P. 09.

Não há dúvida que o compromisso humano com o desenvolvimento industrial (em prejuízo da natureza) trouxe um ganho material sem igual, em especial aos países europeus e ao Estados Unidades. No entanto, o desenvolvimento científico e tecnológico, o desejo humano pela fartura material, cobrou seu sacrifico. As mesmas fórmulas, métodos e instrumentos que serviram para escapar da sociedade de escassez agora tornaram-se fontes de um novo conjunto de riscos, diferentes, impessoais, que alteram a própria organização e experimentação do mundo pela sociedade moderna. Ora, se até então os riscos aos quais estavam expostos o ser humano eram, em sua essência, externos (o frio, a fome, o perigo de animais selvagens *etc*.), podendo o indivíduo se proteger destes construídos muros ou acumulando conhecimento, os riscos gerados pela modernização têm uma natureza diferente, contra eles a humanidade está quase indefesa[208]. O risco atômico, o risco gerado pelos agrotóxicos, o risco da poluição e, até os riscos da manipulação genética, são exemplos dos novos perigos que se colocam em frente a humanidade com o apogeu da sociedade industrial.

Neste diapasão, a sociedade de produção de riquezas acaba substituída por uma sociedade de produção de riscos. Conforme alude o citado autor, com o advento da modernização, as forças produtivas vão perdendo sua "inocência". Ou seja, o poder do "progresso" tecnológico-científico vai sendo ofuscado frente aos riscos por ele mesmo produzidos contra a vida no planeta[209]. O custo ecológico, social e ético da manutenção do sistema de consumo da sociedade industrial se eleva, manifestando-se em perigos que, a despeito de se esconderem nas sombras, não podem mais ser ignorados. Assim, os problemas e conflitos de uma sociedade de escassez acabam sendo sobrepostos por novos conflitos sobre a produção, definição e distribuição de riscos da modernização[210].

Vivencia-se, dessa maneira, aquilo que foi denominado por Ulrich Beck como "sociedade de risco". Riscos estes que se caracterizam pelos seguintes elementos:

Primeiro, estes riscos não são mais personalizados, significa dizer, não mais afligem apenas um ou dois indivíduos, este ou aquele grupo, mas que se levantam contra toda a humanidade, senão contra todo planeta. Se antes os riscos podiam ser afastados, pois apenas atingiam àqueles denominados de "outros", limitando-se a uma localidade geográfica ou uma classe social específica, este não é mais o caso. A poluição, a radiação, bem como, os

[208] Ibidem. P. 09.
[209] Ibidem P. 15.
[210] Ibidem, P. 23.

carcinogênicos trazidos pelos agrotóxicos, não se importam com as divisões nacionais, as fronteiras sociais, as contas bancárias[211] ou muros[212]. No mundo globalizado não é apenas os bens e capitais que circulam livremente pelo mundo, mas também os riscos, compartilhados agora pelo globo Até mesmo aqueles que lucram com a produção dos riscos, os detentores do poder econômico, são por eles atingidos, em um verdadeiro "efeito boomerang"[213]. Citando Beck, "a miséria é hierárquica, a poluição é democrática"[214].

Segundo, os riscos da modernidade são, na maior parte dos casos, invisíveis e irreversíveis. São partículas de radiação que se espalham com o vento ou caem com a chuva, são moléculas químicas que são pulverizadas sobre as plantações e se espalham pelas cadeias de alimentos até se acumularem no corpo humano. Trata-se de perigos que trafegam pelo mundo, escondidos além da capacidade perceptiva comum, dependendo de um elevado nível tecnológico e de conhecimento científico para serem encontrados[215]. E, mesmo quando são percebidos, nada se pode fazer relativamente a suas consequências nefastas, incalculáveis e imprevisíveis. O ser humano, em muitos casos, encontra-se completamente vulnerável, desamparado, diante de uma catástrofe atômica, ambiental ou de saúde global[216]. Do que servem os exércitos, os agentes de polícia e as cercas nas fronteiras contra o aumento dos mares? Na recente tragédia ambiental do rio Oder, localizado entre a Alemanha e a Polônia[217], o que puderam fazer os governos se não observar a morte da fauna aquática?

Terceiro, não é mais possível criar linhas de causalidade diretas entre as ameaças e os danos gerados e seus responsáveis. Os riscos nascem como um subproduto do sistema industrial, um efeito colateral do processo de modernização. As ameaças e os danos produzidos, muitas vezes, assumem dimensões espaciais, temporais e sociais distintas ou longínquas de suas possíveis causas[218]. Tome-se como exemplo o desastre da usina nuclear de Fukushima, cujas consequências podem atingir populações que residem a milhares de

---

[211] Fato é que a riqueza pode servir para amenizar os ricos. A compra de carros blindados, a possibilidade pela adoção de uma dieta de produtos orgânicos, a aquisição de propriedades em zonas ainda não poluídas. No entanto, tratam-se de medidas que somente diminuem a potência dos riscos vivenciados por esta parte da população, não os nulificando. Cedo ou tarde, todos sofrem com a degradação ambiental, por. Neste sentido comenta Ulrich Beck: Ibidem. P. 41 e 43.
[212] Ibidem, P. 26, 43, 47 e 48.
[213] Ibidem, P. 27, 44 e 45.
[214] Ibidem, P. 43.
[215] Ibidem, P. 27, 31 e 32.
[216] Ibidem, P. 09.
[217] https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/08/13/peixes-mortos-por-todos-os-lados-em-rio-entre-a-alemanha-e-a-polonia.ghtml. Último Acesso em: 29/08/2022.
[218] BECK, Ulrich. . *Sociedade de risco: rumo a uma ou outra modernidade*. Op. cit. P. 32/33.

quilômetros de distância, do outro lado do oceano pacífico, até mesmo décadas após o acidente[219]. Assim, trabalha-se com relações de suposição de causalidade.

Esta situação é agravada em decorrência da interdependência sistêmica dos atores econômicos e modernizantes, impedindo a possibilidade de atribuição de causas específicas e responsabilidades isoladas. Lançando mão do exemplo de Ulrich Beck em relação a poluição pelos agrotóxicos. Seriam os agricultores os responsáveis pela contaminação do solo? Não serão eles apenas um mercado subalterno à indústria química dos agrotóxicos e fertilizantes? A culpa não residiria nas autoridades públicas que se mantém inertes e complacentes com estas práticas de mercado?[220] Em um sistema econômico tão complexos quanto o do mundo globalizado, estabelecer um único responsável, verificar linhas de causas e efeito ou uma única solução para o problema é praticamente impossível.

Todas estas ideias são sintetizadas perfeitamente pelo próprio autor, ao elencar as seguintes características dos ricos da modernidade:

> Minha tese é que as sociedades modernas e seus fundamentos foram abalados pela antecipação de catástrofes globais (mudança climática, crise financeira, terrorismo). Tais percepções dos riscos e incertezas globalmente fabricados caracterizam-se por três aspectos. Primeiro, *deslocalização*: as suas causas e consequências não se limitam a um local ou espaço geográfico: em princípio, elas são onipresentes. Em seguida, *incalculabilidade*: suas consequências são, em princípio, incalculáveis; no fundo, trata-se de riscos "Hipotéticos" ou "virtuais" que se baseiam especialmente em incógnitas cientificamente induzidas e dissensos normativos. Finalmente, *não-compensabilidade*: o senho de segurança da modernidade europeia do século XIX se baseava na utopia científica de tornar os perigos de decisão e as consequências arriscadas cada vez mais controláveis; os acidentes podiam ocorrer na medida em que e porque eram considerados compensáveis. Mas se o clima mudou irreversivelmente, se o progresso na genética humana torna possível intervenções irreversíveis na existência humana, se os terroristas já têm armas de destruição em massa ao seu alcance, então é tarde demais. Dada a nova classe de ameaças à humanidade, a lógica da compensação entre em colapso e é substituída pelo princípio da "precaução pela prevenção"[221]

Completando estas reflexões sobre a sociedade de riscos, pode-se lançar mão dos escritos de Zygmunt Bauman. A leitura feita pelo autor sobre os ricos que afloram e são apontados pela ciência nesse novo modelo de sociedade é intrinsicamente ligada a ideia de sociedade de hiperconsumo. Para Bauman, a cognição dos riscos não leva, necessariamente, a formação de um espírito de união entre as pessoas e a formação de um coletivo, como chegou

---

[219] https://marsemfim.com.br/desastre-de-fukushima-e-o-oceano-pacifico/ ; https://pt.energia-nuclear.net/acidentes-nucleares/fukushima . Último acesso: 29/08/2022.
[220] BECK, Ulrich. . *Sociedade de risco: rumo a uma ou outra modernidade*. Op. cit. P. 38/39.
[221] Ibidem. P. 363 e 364.

a cogitar Beck[222]. Os riscos são, em verdade, sequestrados pelo individualismo exacerbado da contemporaneidade. São eles privatizados, os perigos coletivamente produzidos são trazidos pelo âmbito privado, transformando a luta coletiva contra os riscos em uma luta individual. Assim, não é sobre o produtor do risco coletivo que recai o juízo de censura, mas sim sobre o indivíduo, por ter falhado em sua responsabilidade individual de evitar o risco[223].

Não só, os riscos são internalizados pelo próprio mercado. O medo é, talvez, uma das principais fontes de lucro da modernidade. Como afirma Bauman: "Tal qual dinheiro vivo pronto para qualquer tipo de investimento, o capital do medo pode ser usado para se obter qualquer espécie de lucro, comercial ou político"[224]. Vende-se segurança, vende-se saúde, vende-se a cura para a ansiedade, angústia e pânico. Ocorre que o negócio do medo é autoperpetuado, na medida em que vende a solução ele produz novos riscos, os quais demandam novas soluções. Trata-se de um mercado que se retroalimenta[225].

A relação intrínseca entre os ricos e a sociedade de consumo torna difícil de se imaginar uma possível saída. Como bem percebe Bauman, quem se levantará contra esta configuração da sociedade sabendo que isto significa abrir mão de bens e serviços que hoje considera-se essencial para uma qualidade de vida minimamente agradável e a própria felicidade?[226] Neste sentido, parece improvável que ocorre uma revolução (ao menos não enquanto a catástrofe ainda permanecer tão distante) a, mas isto não significa que sejam impossíveis certas mudanças. A resolução dos problemas da sociedade de risco acaba por exigir novso modelos de regulamentação, pelo exame de antigos institutos, especialmente no campo da responsabilidade e nos instrumentos de controle social.

---

[222] Em sua obra, Ulrich Beck trabalha com a ideia de que a sociedade de riscos é desprovida de um sujeito político. Enquanto a sociedade industrial era marcada pelo conflito de classes, o qual impunha uma pauta política de transformação e projeção para o futuro, a sociedade que a segue não possui um agente motor. Isto porque os riscos eliminam, em certa medida, as diferenças de classe. Neste sentido, Beck teoriza se o medo não poderia surgir como elemento unificador entre as pessoas, as juntando em uma única frente contra os riscos e em pró de uma transformação social. Porém, o próprio autor coloca em dúvida sua tese, reconhecendo que o ser humano já se encontra muito arraigado na sociedade de hiperconsumo e suas vantagens para se movimentar em direção a um substancial alteração da vida social, econômica e política. (Ibidem, P. 59/60).
[223] BAUMAN Zygmunt. *Ética, pós-moderna*. Op. Cit. P. 231 e 232.
[224] BAUMAN Zygmunt. *Tempos líquidos.* Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. P. 18;
[225] BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Op. Cit. P. 233.
[226] Ibidem. P.234 e 235.

5.3.A sociedade líquida

Bauman nos indica que os líquidos se caracterizam por não manterem a sua forma com facilidade, ou seja, por não se fixarem no espaço ou prenderem-se ao tempo. Ao contrário, os sólidos possuem dimensões espaciais claras, eles fixam o tempo, resistindo ao seu fluxo e seu avanço[227]. Para ilustrar este conceito lançamos mãos de um exemplo dado por Marcelo Gomes Sodré durante as aulas de pós-graduação S*trictu Sensu* na PUC/SP: os sólidos são como as pirâmides do Egito, ao olharmos para elas temos a sensação de sermos transportados ao passado, como se o próprio peso das pirâmides fosse capaz de manter o tempo congelado no exato momento de sua construção. Assim, do encontro entre sólidos e líquidos, os últimos emergem intactos, enquanto os primeiros, se não se desfazem, são alterados[228].

Deveras, é possível identificar o porquê a ideia de "liquidez" é usada por Bauman como metáfora para mencionar a presente fase da história da contemporaneidade. Como indica o autor, o projeto da modernidade sempre foi um processo de "liquefação". No início, os primeiros objetos desse processo foram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que acorrentavam o ser humano. Desejava-se derreter os grilhões e algemas éticas, políticas e culturais que limitavam a liberdade humana e o progresso da razão. A derrocada da velha ordem, as instituições da Idade Média (o seu sistema político baseado no Estado absolutista, sua organização social em estamentos, seu pensamento teológico etc.), seria um passo indispensável para a construção de uma nova ordem, lastreada sob a razão[229].

Neste sentido, aponta Alain Touraine que a ideia de modernidade está estreitamente associada à racionalização. A razão, muito além de apenas comandar a atividade técnica e científica, ou de reger o próprio governo dos seres humanos e a administração das coisas, é o grande agente modernizador da sociedade. A modernidade é produto da própria razão, a qual faz tábula rasa das crenças e das formas de organização político-sociais que não se baseiam em uma demonstração científica. Assim, em nome do projeto da razão, desconstrói-se e abolem-se os laços sociais, sentimentos, costumes e crenças tradicionais. A modernidade é vivida e pensada como uma revolução, uma luta pela libertação do indivíduo. Porém, não só, a modernidade também é a promessa de uma nova sociedade[230].

---

[227]BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. P. 08

[228] Ibidem P. 08.

[229] Ibidem. P. 09/12.

[230] TOURAINE, Alain. Crítica da modernidade. Tradução: Elia Ferreira Edel. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. CP.18/23

Ocorre que a modernidade nunca deixou sua "fase revolucionária". De acordo com Urich Beck, enquanto no século XIX a modernização se consumou contra o seu contrário, o mundo tradicional, no século XXI, ela não encontra nada senão a si própria. Hoje são as próprias premissas da sociedade industrial que são alvo da modernização: a noção de classe, a ideia de família nuclear, os papeis sociais do homem e da mulher etc.[231]. A sociedade que desabrocha no pós-Segunda Guerra Mundial, a qual se acreditava ser o fruto final da modernidade, nada mais é que apenas mais uma de suas fases. O projeto de liquefação não deu lugar a nenhum sólido, mas sim a novos processos de derretimentos. Neste cenário, as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, assegurando a repetição de rotinas e padrões de comportamento) não mais matem sua forma por muito tempo, decompondo-se mais rápido que o tempo que elevam para se estabelecerem[232].

Dentre os sólidos em derretimento está uma das principais ideias da chamada "modernidade": o Estado-nação. Segundo Alan Touraine, a nação era considera a forma política da modernidade, pois ela substituía as tradições, os costumes e os privilégios por um espaço nacional integrado, construído sobre a lei e a razão[233]. No entanto, o Estado-nação se choca diretamente com a ideia de uma modernidade comercial e industrial, mais favorável às noções universalizantes e a favor da abolição das frontes de circulação de pessoas, bens e capitais. Em verdade, a nação se configura como um agente modernizador, um ator não moderno que cria uma modernidade sobre a qual ela tenta manter o controle, ao mesmo tempo, em que aceita perdê-lo em parte em pró da produção e consumo internacional[234].

A modernidade, em realidade, sempre colocou o seu enfoque sobre a figura do indivíduo. Como aponta Bauman, na sociedade moderna há uma grande ênfase na ideia de "individualização", significa dizer, na transformação da identidade humana de um "dado" em uma tarefa. Cabe a cada pessoa a responsabilidade de "torna-se" alguém dentro da sociedade. Assim, cria-se a figura do "individuo" como aquele sobre o qual recai o peso do controle de todos os aspectos de sua vida e de seu próprio destino. Como consequência, todo problema, desafio ou infortúnio são enfrentados como questões individuais e de responsabilidade pessoal. Dessa forma, se uma pessoa fica doente é porque ela não foi suficientemente decidia ou cuidadosa para cuidar de sua saúde e para seguir o seu tratamento médico, ou, se uma pessoa

---

[231] BECK, Ulrich. *Sociedade de riscos*. Op. Cit. P. 13.
[232] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Op. Cit. P.07.
[233]TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Op. Cit. P. 144
[234] Ibidem. P. 145 e 146.

está desempregada, é porque não se esforçou o suficiente para encontrar o trabalho ou porque pura e simplesmente não tem interesse em trabalhar [235].

A consequência deste fato é a própria corrosão da ideia de interesse coletivo. Parte-se aqui da ideia de que os interesses coletivos são muito mais do que a mera soma de interesses individuais, mas configuram-se como "sínteses" destes interesses, assumindo características próprias derivadas do processo de aglutinação[236]. Neste sentido, os problemas individuais trazidos pela sociedade moderna, embora possam ser semelhantes, não são facilmente aditivos entre si, dificilmente se fundindo em uma "causa comum". Sobre o assunto, Bauman destaca que "a única vantagem que a companhia de outros sofredores pode trazer é a garantir a cada um deles que enfrentam os problemas solitariamente é que todos fazem diariamente"[237]. Assim, lutas coletivas são percebidas como conflitos individuais, a sociedade de indivíduos, marca da modernidade, é extremamente fragmentária. Isto não significa que não existam interesses coletivos, mas sim que é consideravelmente mais difícil que as próprias pessoas reconheçam a sua existência e tendam a protegê-los coletivamente.

Portanto, o que se verifica é a morte do cidadão. Como indica Bauman, o cidadão é aquele que tenta buscar o seu bem-estar através do bem-estar da cidade, da coletividade. Ele é a face oposta ao indivíduo, o qual tende a ser cético em relação à ideia de uma "causa comum", de uma "sociedade justa" ou de uma "boa sociedade". Assim, como enuncia o citado autor, a individualização prescreve problemas para a cidadania e a política fundada na cidadania, vez que os lugares públicos são enchidos cada vez mais pelos indivíduos, os quais se afirmam como os seus únicos ocupantes legítimos. Neste cenário, as poucas questões públicas que sobrevivem a este processo se tornam incompreensíveis[238]. Afinal, a própria ideia de interesse público entre em crise vez que, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello[239], consiste em na união dos interesses de todas as pessoas enquanto membros da sociedade. Como existir falar na existência deste interesse no meio de um mar de interesses individuais?

---

[235] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Op. Cit. P. 43/ 47.
[236] Neste sentido já escreveu Rodolfo de Camargo Mancuso (Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. Op. cit. P. 50/51). Embora o autor escreva no campo de direito, o seu conceito de *In*teresses coletivos é passive de ser aplicados em outras áreas, Inclusive, Bauman parece adotar um conceito semelhante, como é possível perceber em certas passagens de seu texto (*Modernidade líquida*. Op. Cit. P. 48/49).
[237] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Op. Cit. P. 49.
[238] Ibidem. P. 50/51.
[239] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 60 e 61.

Mesmo frente a um crescente abismo entre uma visão imaginária de um "individuo" autossuficiente e capaz de atingir sozinho o próprio sucesso e uma realidade marcada por desigualdades sociais, obstáculos institucionais e uma falta de possibilidades, as respostas aos problemas coletivos continuam a ser individuais. Na medida em que o espaço público é esvaziado de questões públicas, deixando de desempenhar sua função de um lugar de encontro e diálogo sobre problemas privados e públicos, o poder vai a escorrer do Estado em direção ao mercado privado[240]. Dessa forma, afirma Bauman que: "a sociedade não é mais protegida pelo Estado, ou pelo menos é pouco provável que confie na proteção oferecida por este. Ela agora está exposta à capacidade de forças que não controla, não espera, nem pretende, recapturar e dominar"[241]. Vive-se um momento de constante gestão de crises, passando de um conjunto de medidas "ad hoc" para outro na tentativa de manter a estabilidade social[242].

5.4. Há necessidade de um novo modelo?

A exposição que acabamos de fazer das diferentes facetas da sociedade pós-moderna tem como propósito demonstrar a complexidade da realidade social, política e cultural contemporânea. Uma característica que acaba transbordado para os conflitos sociais e aos próprios instrumentos criados para a sua solução. Assim, não há como negar que os litígios coletivos vêm se tornando não só mais comuns, mas também mais complexos. Esta é uma consequência esperada de uma sociedade em que: **a)** a lesão ou ameaça de lesão a valores, ou interesses juridicamente protegidos se inserem em nexos de causalidade extremamente intrincados e incertos, demando a coordenação de esforços do setor público e privado, exigido medidas nos âmbitos de produção normativa, regulamentação administrativa, responsabilização (civil e penal) e mudança de costumes; **b)** a unidade social se encontra cada vez mais fragmentada, dentro de um prisma social individualista, de maneira que, em muitos casos, um mesmo conflito levará com que diferentes grupos polarizem-se a volta da solução, dificultando o encontro de uma solução consensual**; c)** as dimensões territoriais e temporais dos possíveis danos se expandem conforme a lógica da produção e consumo eternos subvertem as expectativas por segurança e qualidade pela busca do maior lucro e do melhor desconto, criando riscos a direitos como a saúde e ao meio ambiente hígido, atingindo de maneira massificada as mais variadas camadas sociais de diferentes formas e maneiras.

---

[240] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Op. Cit. P. 54/55.
[241] Ibidem. P. 30/31.
[242] Ibidem. P. 31.

Todas essas características confluem para formação do que chamamos de "litígios complexos". Utilizamo-nos de tal expressão para fazer referência a uma categoria de litígios muito semelhante àquela denominada por Edilson Vitorelli de "litígios coletivos irradiados". Tratam-se de situações em que o problema levado a juízo não conta com uma solução delimitada e de fácil consenso. Ao contrário, em razão das intrincadas relações existentes no quadro fático que é levado à juízo, sua resolução depende da formulação de um verdadeiro plano de ação, em que se deva considerar diferentes polos de interesses e áreas do conhecimento[243]. Assim sendo, a sentença proferida nesse tipo de litígio não resolve apenas uma questão, mas realiza um verdadeiro concerto entre os diferentes problemas e questionamentos intrínsecos a solução do conflito global, propondo uma intervenção continuada na realidade fática dentro de critérios racionais e proporcionais[244]. Podemos dizer, nesse prisma, que os litígios complexos são aqueles que exigem para a satisfação a busca pela implementação ou transformação de um estado de coisas.

Vemos como bons exemplos destes novos lígios coletivos contemporâneos os desastres de Brumadinho e Mariana, o estado do sistema penitenciário brasileiro ou as condições das pessoas em situação de rua nos grandes núcleos urbanos brasileiros. Podemos dizer que o século XXI é marcado pelo aparecimento às portas do Poder Judiciário de litígios coletivos complexos, os quais trazem consigo toda a dificuldade que é inerente a si para lhes encontrar respostas eficazes e definitivas, bem como o fato de se configurarem com conflitos policentrico. Isto não significa dizer que deixam de existir litígios individuais ou que todos os litígios coletivos passam a assumir tal feição. Não, eles continuam a surgir (e talvez com até maior intensidade),

[243] Os litígios complexos, diferente dos litígios irradiados, não necessitam ter um levada carga de conflituosidade entre os grupos ou indivíduos afetados. Em certas situações, é possível que os interesses dos envolvidos se aproximem em diversos pontos, porém, o que torna dificultosa a sua solução é a incerteza sobre quais os meios a serem usados para chegar ao fim esperado. Ou seja, o fato de que a tutela do direito material não se coaduna com uma sentença que se destine a simplesmente declarar a procedência da ação e condenar o réu. É preciso um conjunto de esforços, uma sequência de diálogos, o socorro de especialistas, para traçar uma solução que, em muitos casos, é incerta desde o seu início. Citemos, como exemplo, a ação civil pública movida pelo MPF contra a Agência Nacional de Mineração, voltada a solucionar o grave problema da fiscalização e manutenção das barragens nacionais (processo n. 1035519-02.2020.4.01.3800). Em tese, trata-se de litigio de baixa conflituosidade, mas que, inobstante, é dotado de elevada carga de complexidade.

[244] Nossa inspiração, para além da teoria de Edilson Vitorelli, está no conceito de sentença materialmente complexas, ou seja, aquelas que se destina a decidir sobre mais de uma questão, exigindo um elevado grau de intervenção do Poder Judiciário, vez que não se limitam com a prolação de uma única decisão, exigindo uma atuação continuada para concretizar o resultado desejado (ALVARENGA, Samuel. *Crise do processo coletivo brasileiro: sentenças materialmente complexas contra a Administração Pública.* Belo Horizonte: Editora D"Plácito, 2018. P. 146/145. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sentença objetivamente complexa, trânito em julgado e rescindibilidade*. *In* Revista do Advogado, vol. 26, n. 88, nov., 2016.

mas passam a disputar espaço com litígios do tipo "pós-moderno", que trazem para os tribunais todas as características desta nossa era e que acabam por exigir um novo tipo de resposta.

A grande questão que se coloca é: que resposta desejamos dar a eles?

Não há dúvida de que o modelo processual vigente ainda é estruturado a volta de litígios de natureza individual, de maneira que não se mostra bem equipado para lidar com estes novos litígios contemporâneos. Como aponta Carlos Alberto Salles[245], que relembra as lições de Abram Chayes[246], o modelo clássico de processo civil caracteriza -se , essencialmente: **a)** por se tratar de um processo retrospectivo, que se volta ao passado; **b)** ter como principal instrumento a indenização; **c)** ser estruturado de maneira bipolar, com as partes assumindo posições antagônicas; **d)** se configurar como um episódio autocontido, se limitando às partes do processo; **e)** ser iniciado e controlado pelas partes, significando que estas definem e pautam as principais questões a serem resolvidas pelo processo, direcionando o seu resultado.

Mesmo no caso do processo coletivo, o qual foi formulado para tutelar os novos direitos que surgia da sociedade de massa, persistem obstáculos para que uma solução adequada desta nova espécie de litígios seja alcançada. Isto porque, como crítica Sérgio Cruz Arenhart, não há, efetivamente, uma diferenciação substancial o processo coletivo e o processo individual. Fato que se pode verificar na identidade existente entre os seus instrumentos, suas técnicas e, até mesmo, em seu procedimento[247]. De fato, ressalvada algumas diferenças pontuais quanto a legitimidade para propor a ação, a coisa julgada e a execução, o procedimento utilizado nas ações coletivas é idêntico aquele adotado para as ações individuais com base no CPC. Justamente por isto, o citado autor aduz que os instrumentos processuais tradicionais são insuficientes para gestar uma discussão minimamente adequada em relação a conflitos complexos. Com efeito, o recorte que o atual modelo permite fazer dentro da lide acaba convertendo o debate sobre um problema complexo em uma discussão singela, qual seja, a existência de um direito subjetivo de uma pessoa ou grupo de pessoas frente ao Estado[248].

---

[245] SALLES, Carlos Alberto. *O processo para solução de conflitos de Interesse público*. *In* Grinover. Ada Pellegrini. Watanabe, Kazuo. Costa. Susana Henriques da [coord.]. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: Juspodivm, 2017. P. 222.

[246] CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. *In* Grinover. Ada Pellegrini. Watanabe, Kazuo. Costa. Susana Henriques da [coord.]. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: Juspodivm, 2017.

[247] ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ac do carvão*. *In* Processos estruturais. Arenhart, Sérgio Cruz. Jobim, Marco Félix. Osna, Gustavo. [org.]. 4 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022. P. 1104.

[248] Ibidem. P. 1103 e 1104.

No mesmo sentido temos o entendimento de Susana Henriques da Costa e Débora Martines Fernandes. Segundo as autoras, um dos grandes problemas enfrentados pelo Brasil ao se discutir a judicialização de temas políticos é a rigidez do processo civil. As regras processuais hoje em vigor foram elaboradas com o claro objetivo salvaguardar a segurança jurídica, garantindo que, uma vez iniciado o processo, ele somente caminhará para frente, sem a repetição de atos, até atingir uma decisão final revestida de imutabilidade. Inobstante a validade desse pensamento, tais regras foram pensadas para atender a necessidade de processos individuais, de maneira que não se demonstram adequadas para lidar com litígios que envolvem, p. ex., políticas públicas e a concretização de direitos sociais (os quais estão frequentemente envolvidos em litígios coletivos de natureza complexa). Afinal, tais litígios são caracterizados por sua mutabilidade e qualquer alteração na realidade social pode tornar a tutela jurisdicional eventualmente pleiteada ou concedia ineficaz com o passar do tempo[249].

A crítica é reiterada também por Eduardo Cambi que afirma:

> A estrutura clássica do direito processual impede que se tenha uma visão completa do problema social, com efeitos negativos para a mais adequada resolução das controvérsias, principalmente as que envolvem litígios complexos, que dependem do controle judicial de políticas públicas e da reforma de estruturas burocráticas. Um dos maiores óbices para a concretização dos direitos fundamentais sociais é o reiterado descumprimento de comandos constitucionais, tais como o artigo 196 (direito à saúde) e artigo 205 da CF (LGL\1988\3) (direito à educação), seja pela não aplicação do mínimo necessário para assegurar tais direitos4, seja pela ausência ou ineficiência das políticas públicas necessárias à sua realização, seja, ainda, pela gestão inadequada dos recursos públicos. A ausência de um modelo processual adequado também contribui para a inefetividade desses direitos sociais, sendo que a sua violação contínua, generalizada e sistemática, decorrente de falhas estruturais, da falência de políticas públicas e de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, pode configurar a geração de um estado de coisas inconstitucional (ECI)[250]

Diante deste quadro, se assumir que o processo tem como objetivo principal a tutela dos direitos fundamentais, havendo um verdadeiro dever que recai sobre o Estado em estabelecer técnicas e procedimentos adequados a fim de garantir que toda ameaça ou lesão a um direito fundamental deve receber uma solução eficiente, adequada e justa, é preciso pensar em um novo modelo processual. Inspirado na ideia de que a realidade material deve influenciar o processo, servindo como base para a elaboração de técnicas e procedimentos especiais

---

[249] COSTA, Susana Henriques. FERNANDES. Débora Chaves Martines. *Processo coletivo e controle judicial*. Op. Cit. P. 375.

[250] CAMBI, Eduardo. WRUBEL, Vírgina Telles Schiavo. *Litígios Complexos e processos estruturais*. *In* Revista de processo, São Paulo, vol. 295, p.55/84, set. 2019. P. 55.

devidamente adaptados as reais necessidades dos litígios, é preciso pensar em um processo construído especificamente para lidar com estes litígios contemporâneos, que tomem em conta sua complexidade, policentrismo e mutabilidade.

Neste sentido, Carlos Alberto Salles faz interessante apontamento sobre a tutela dos direitos e interesses coletivos em sentido amplo. De acordo com o autor, em muitos casos, o processo judicial é a única via disponível para a defesa dessa modalidade de interesse; se não houver a sua proteção por meio do processo coletivo, é muito provável que também não haja por meio dos demais processos sociais. A justificativa do autor para essa afirmativa está na sub-representação de que sofrem tal classe de direitos e interesses nas instâncias sociais e políticas de poder. Especialmente, no caso dos direitos e interesses difusos, como sua titularidade é difundida por toda uma comunidade, senão pela sociedade como um todo, de regra, não há grande interesse por parte dos indivíduos de saírem em sua defesa. Esta situação acaba levando a sua sub-representação nos níveis políticos, mormente no legislativo, não sendo incomum que direitos como, p. ex., o de um meio ambiente hígido e equilibrado, sejam deixados de lados frente a "lobby" ou interesses de um determinado grupo.[251]

Assim, salta aos olhos a necessidade da formulação de um modelo de processo coletivo adequado para lidar com os conflitos coletivos modernos. Isto porque, não se trata somente de uma questão de alcançar uma tutela adequada destes litígios e dos direitos eles subjacentes, mas sim de garantir um nível de proteção mínima a estes. Trata-se, sobretudo, de construir uma solução apropriada dentro de um contexto em que nenhuma outra parece existir. Afinal, os Poderes Legislativos e Executivo, na maior parte das vezes, são complacentes com a existência destes litígios que lesam ou ameaçam de maneira coletiva direitos fundamentais, se a sua inação ou mau funcionamento não é a causa do problema. É preciso construir uma via judicial capaz de fazer as vezes do espaço público perdido na sociedade contemporânea, em que as soluções para os problemas públicos, que exigem a formulações de diálogos e negociações, e a ponderação de problemas privados.

[251] SALLES, Carlos Alberto. *Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas*. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: JusPodivm, 2017.P. 239 e 243.

CAPÍTULO III – AS PECULIARIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

1. As políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais e da Constituição.

Desde o advento da revolução burguesa de 1879, a qual inaugurou o modelo de Estado liberal-abstencionista (centrado na proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão), houve uma profunda metamorfose nas funções do Estado. Especialmente, com a consolidação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais, verificou-se a ascensão de uma nova estrutura de organização estatal, o Estado Democrático e Social de Direito. Este é marcado pela atuação positiva do Poder Público, que deixa de ser visto como "inimigo" dos direitos fundamentais, para se tornar o seu defensor e promotor.

Nesse sentido, como um reflexo dessa nova concepção de Estado, as Constituições também assumiram uma nova feição. Enquanto no passado os textos constitucionais se limitavam a criar limites negativos ao Poder Público, na atualidade há uma preocupação em estabelecer balizas positivas, abraçando-se a ideia de vedação à proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Assim, passam a existir verdadeiros mandamentos constitucionais de tutela impostos ao Estado, os quais o obrigam a prestar e garantir os direitos fundamentais (em especial, os direitos sociais e os direitos difusos e coletivos), o que permite, inclusive, que esses sejam demandados diretamente do Estado, por meio do Poder Judiciário[252].

As Constituições dirigentes contemporâneas (particularmente presentes na América Latina e na Europa) são pontuadas pela existência de normas de conteúdo programático[253]. Normas constitucionais cuja implementação e eficácia dependem da atuação do legislador

---

[252] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Op. Cit. P. 176.

[253] Trata-se de uma característica própria do movimento constitucionalista social do séc. XX, que enfrentava a difícil tarefa de *i*ntegração dos direitos sociais aos textos constitucionais (uma novidade a época) e , de forma corolário, a reaproximação entre o Estado e a Sociedade, uma problemática que não era solvível pela estrutura clássica das normas constitucionais das Constituições liberais e cuja resolução exigiu um certo nível de sacrifício do caráter jurídico das cartas constitucionais (BONAVIDADES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. P. 235/245).

ordinário e do administrador público[254]. Há um espírito essencialmente prospectivo nestes textos constitucionais, que visam a transformação da realidade social em pró de um modelo de sociedade, o qual é calcado nos ideais de justiça social, igualdade e dignidade.

Esta realidade é inegável no constitucionalismo brasileiro. Basta ler os primeiros artigos da Constituição da República de 1988 para se perceber a sua forte carga axiológica. Inicia-se pelo seu art. 1º, o qual estabelece os princípios basilares da ordem política e jurídica brasileira, e encontra o seu apogeu no seu art. 3º, que descreve a missão a qual o Estado brasileiro deve alcançar. Neste contexto, a atuação ativa do Poder Público não é mera faculdade, mas verdadeira necessidade para se atingir aquele "estado de coisas ideais" que se positivou na Constituição da República. Exige-se a criação de infraestruturas, a instituição de órgãos, a elaboração de procedimentos e o fornecimento de prestações materiais aos cidadãos[255].

Assim, entram em cena as políticas públicas enquanto os principais instrumentos para a materialização destas promessas e sonhos constitucionais, particularmente, no que tange a efetivação dos direitos sociais e dos direitos e difusos e coletivos[256]. Levando em consideração as lições de Maria Paula Dallari Bucci[257], pode-se dizer que "política pública" é uma espécie de programa de ação governamental resultante de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, – que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, com o intuito de concretizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

As políticas públicas não são criadas sem propósito, isto é, elas não são acidentais. Carregam em si a intenção de realizar algo que seja considerado coletivamente relevante para

---

[254] Tal afirmativa se liga intimamente aos chamados "direitos prestacionais materiais", que são os direitos sociais por excelência, em relação aos quais doutrina reconhece, quase que em unanimidade, que só são efetivos enquanto existem leis e políticas públicas que os garantam. Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit., P. 161; CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito *Constitucional e teoria da constituição*. Op. Cit. P. 480 e 481.

[255] E aqui deve-se anotar, não se refere unicamente aos direitos sociais. É preciso lembrar que todos os direitos fundamentais exigem um certo dispêndio por parte do Estado, inclusive os direitos de liberdade. Até estes exigem a criação de infraestruturas e processos pelo Poder Público para serem usufruídos. Esta é uma verdade que decorre do fato que os direitos fundamentais, sejam eles quais forem, implicarem todos em uma tripla obrigação ao Estado: a) uma obrigação de respeitar, b) uma obrigação de proteger; c) uma obrigação de satisfazer. Nesse sentido: GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo Figueiroa. *Justificación del rol de las cortes haciendo justicibables los derechos económicos, sociales y culturales, em particular, el derecho de protección de la salud. In* Revista Chilena de Derecho, vol. 36, n. 3. Pontifícia Universidade Catolica de Chile, 2009, P. 321 e 322).

[256] Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In* Revista de Direito Administrativo, vol. 240, 2005, P.76; CARVALHAES. Andreia Schneider Nunes. *Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais*. São Paulo Thomson Reuteurs Brasil, 2019, P.90.

[257] BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito. In* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) Política Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, P. 38.

a sociedade. As políticas públicas consubstanciam-se no plexo de ações tomadas na procura de finalidades positivadas na Constituição ou na lei. Nesse sentido, afirma Ada Pellegrine Grinover[258] que, para atingir os objetivos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional, é indispensável que o Estado se organize sobre a realidade social, realizando metas e programas, tomando as ações necessárias, o que se dá pelas políticas públicas. Assim, estas acabam se caracterizando como instrumentos da persecução daqueles bens ou direitos juridicamente considerados necessários à comunidade de uma maneira geral.

Neste prisma, as políticas públicas são, como já indicado, um derivado necessário da ordem constitucional. O que isso significa é que, embora logicamente inseridas em grande parte dentro da discricionariedade do Poder Executivo e do Poder Legislativo - principalmente no tocante aos meios que podem ser escolhidos a alcançar o objetivo esperado ou o problema a ser solucionado - as políticas públicas ainda possuem uma linha de obrigatoriedade, de vinculação ao Poder Público. Esta linha apresenta-se, particularmente, na indispensabilidade de uma eficácia mínima na sua implementação a fim de alcançar de maneira suficiente e adequada as metas constitucionais ou legais as quais se voltam a atender[259].

2. A natureza jurídica das políticas públicas

Já dissemos que as políticas públicas dizem respeito a um programa de ação governamental que visa concretizar certos objetivos sociais politicamente determinados. No entanto, nada mencionamos acerca da sua alocação dentro das esferas de função do Estado. Esta questão é interessante porque é possível teoricamente indagar se as políticas públicas se inserem dentro do tradicional esquema das três grandes funções estatais (legislativa, executiva e jurisdicional) ou, ao revés, se inserem dentro de uma quarta função: a função política.

Com efeito, a noção de "função política" pode ser retirada da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o autor, existem certos atos que não se alocam corretamente dentro da tríade tradicional; tais atos seriam caracterizados por seu conteúdo eminentemente político, por se referirem a superior gestão da vida estatal, por isto integrariam uma função própria: a política. [260]. Abrindo um breve parênteses, mesmo com as explicações oferecidas pelo autor, ainda é difícil caracterizar a função política. É fácil a percepção de que atos como o

[258] GRINOVER, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Op. Cit., P.128 e 129.
[259] BARCELLOS, *Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, Op. Cit., P.98.
[260] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* Op. Cit. P. 36/37.

impeachment, a declaração de estado de sítio ou a declaração de guerra seriam atos diferenciados, considerados, em si, "políticos". No entanto, conhecer alguns exemplos de quais atos estão inseridos dentro desta função, não explica devidamente as suas características, deixando-a ainda obscura, de limites incertos. Não há contornos claros que a definem como ocorre com as demais funções estatais de legislar, executar e julgar.

Deveras, a dificuldade de se definir de forma precisa a chamada função política e os atos que a compõe não passou desapercebida entre os acadêmicos do Direito. Neste sentido, Odete Medauar transcreve vários dos critérios defendidos por diferentes juristas para identificar os atos políticos, dentre os quais destacamos: **a)** fim político: segundo esta teoria, o que especifica o ato político é o fim que o norteia, se ele estiver movido por um "móvel político", então o ato será político; **b)** soberania: para esse critério, os atos políticos seriam aqueles fundados na soberania do Estado; **c)** distinção entre atividade de governo (política) e atividade administrativa: segundo os defensores desse critério, para identificar os atos políticos é preciso, primeiro, diferenciar as atividades de governo – que produzem os atos políticos – e a atividade administrativa – que produzem atos administrativos. Assim sendo, a atividade de governo se consubstanciaria em prover as necessidades de toda a sociedade política, zelando pela observância da Constituição, pelo funcionamento das instituições públicas, do Estado com potências estrangeiras e pela segurança interna e externa. Já a atividade administrativa se encarrega de assegurar a aplicação diária das leis, zelar pelas relações dos cidadãos com a administração e da relação entre as administrações entre si[261].

Desta forma, fechado o parêntese anterior, parece que há no senso comum a ideia de que as políticas públicas se inseriram neste campo de funções políticas. Observa-se que muitas vezes, quando se está a tecer críticas ao controle jurisdicional das políticas públicas, é corriqueiro se argumentar que o Poder Judiciário está a invadir "o campo da política" ou que ele se imiscuiu em "decisões políticas". Portanto, há um certo mito de que as políticas públicas derivam, de uma maneira ou de outra, desta função especial. Afinal, não são elas programas estatais que refletem a decisão do Estado (e por consequência da sociedade) acerca de quais os interesses sociais que devem ser protegidos e promovidos? Decisão essa eminentemente política? As políticas públicas aparentemente conseguem se encaixar nos três critérios de identificação dos atos políticos acima elencados, dando mais força a esta posição.

[261] MEDAUAR, Odete. *Ato de governo. In*. Revista de Direito Administrativo, vol. 191, 1993. P. 29/30

No entanto, alocar as políticas públicas dentro da função política corre o risco de atrair a aplicação da chamada teoria dos atos de governo francesa[262]. De acordo Cretella Júnior, a teoria dos atos de governo é usada para se referir a atos praticados pelo Poder Executivo que, por sua natureza e índole especialíssima, são dotados do privilégio da imunidade jurisdicional[263]. Neste sentido, aponta Odete Medauar que a origem desta teoria deu-se em razão de uma série de decisões do Conselho do Estado francês que rejeitava a apreciação de certos atos do Poder Executivo, com base na seguinte fórmula: "atos cuja interpretação e execução não podiam lhe ser atribuídas pela via contenciosa"[264]. Em suma, tratava-se de teoria que restringia a possibilidade de controle jurisdicional dos atos do Poder Público, vedando a sua sindicabilidade unicamente em razão de sua origem ou natureza.

Embora seja verdade que exista uma certa discussão doutrinária acerca da possibilidade de existência ou não dos atos políticos, a nossa posição é pela negativa de sua compatibilidade com os esquemas da ordem jurídica contemporânea. Veja, é inaceitável que, dentro de uma perspectiva neoconstitucionalisata, em que a Constituição da República se coloca como centro do ordenamento jurídico, com suas normas irradiando seus efeitos pelo sistema jurídico (especialmente, no caso das normas de direitos fundamentais), existam atos que não possam ter a sua jurisdicionalidade controlada pelo Poder Judiciário. Neste sentido, adotamos o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins, segundo quem a categoria dos atos de governo não tem préstimo jurídico frente a previsão do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, que garante ao Poder Judiciário o exame de qualquer lesão ou ameaça a direito[265].

O que a classe dos atos políticos deseja transmitir, na verdade, é a existência de um "mérito" ao qual cabe somente ao Poder Público resolver, o que não se confunde com uma arbitrariedade imunizadora do controle judicial. Neste sentido, já há no mundo jurídico um conjunto de atos que traduz esta ideia, são os atos administrativos discricionários. Com efeito, a conclusão de que os atos políticos podem (e devem) ser entendidos como, em verdade, atos administrativos discricionários ressoa com a doutrina de Cretella Júnior. Embora o citado autor faça uma diferenciação entre as duas classes, ele aponta que a distinção principal entre ambas é o nível discricionariedade presente em cada ato. Os atos políticos seriam dotados de uma

---

[262] Importante notar que Celso Antônio Bandeira de Mello separa aquilo que chama de "função política" da teoria dos atos de governo, anotando que estas não podem se confundir, repudiando a aplicação desta última.
[263] CRETELLA JR., J. *Teoria do ato de governo In*. Revista Informação Legislativa, vol. 24, n. 94, jul./set 1987.
[264] MEDAUAR, Odete. *Ato de governo*. Op. Cit. P. 26.
[265] MARTINS, Ricardo Marcondes. "*Políticas públicas" e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional*. Op. Cit. P. 148/139.

"discricionariedade maior" do que os atos administrativos. Retirada esta diferença, não há, efetivamente, minúcia que possa separar uma classe da outra.

Neste diapasão, ato discricionário é aquele em que a ordem jurídica concede ao agente público a possibilidade de decidir, de acordo com o caso concreto, qual o momento adequado para praticar o ato administrativo, qual a forma que deve revestir esse ato, qual será sua finalidade ou quais as providências a serem tomadas[266]. Efetivamente, é comum definir o ato discricionário como aquele editado pela Administração Pública com certa margem de "liberdade" para decidir acerca dos seus motivos, do seu objeto ou do seu conteúdo[267]. Esta margem de "liberdade" pode decorrer, segundo Antonio Bandeira de Mello, de três causas distintas: **a)** da hipótese da norma: do modo impreciso com que a lei descreve a situação fática (motivo) que enseja a atuação da Administração, ou da omissão em descrevê-la, permitindo que o agende escolha quando e porque agir; **b)** do comando da norma: quando essa abre ao agente público um leque de diferentes opções em relação à possibilidade de expedir ou não o ato, a oportunidade de fazê-lo, a sua forma jurídica ou a quais medidas devem ser adotadas para melhor satisfazer o interesse público; **c)** da finalidade da norma: quando seu fim é apontado mediante valores ou conceitos vagos e com plurissignificação, os quais podem ser interpretados e preenchidos de significado pelo próprio agente público[268].

Há um importante ponto a ser ressaltado aqui: a ideia de "liberdade" que existe no ato discricionário. Embora seja usual dizer que na prática do ato discricionário o agente público goza de "liberdade" para escolher como, quando e para que realizar o ato, essa não parece ser uma compreensão correta. Aqui fazemos referência a obra de Ricardo Marcondes Martins, "Teoria Jurídica da Liberdade". O autor indica que o conceito de liberdade não é compatível com o regime jurídico próprio da Administração Pública. Isso porque, a liberdade pressupõe a possibilidade de poder escolher, entre diversas opções, inclusive aquelas que lesem os seus próprios interesses[269]. Imagine o caso de um fumante, ele tem a liberdade de escolher consumir o cigarro, mesmo sabendo que, a longo prazo, isto afetará a sua saúde. Deveras, não exista tal possibilidade ao agente público, vez que ele está vinculado a uma função. Como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, "função" designa a situação jurídica em que existe uma finalidade

---

[266] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 17.
[267] CUNHA JR., Dirley da. Curso de direito administrativo. 20 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: JusPodivm, 2022 P. 133.
[268] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Disricionariedade e controle jurisdicional*. Op. Cit. P. 19.
[269] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. Op. Cit. P. 112/114.

a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas no interesse de outrem[270]. Dessa forma, como o agente público tem uma função pública, qual seja, buscar a melhor tutela do interesse público, então, não lhe é dado escolher, frente a um leque de opções, aquelas que não atendem ou lesem o interesse público. Só poderá ele escolher entre aquelas opções que, no caso concreto, atendem, em igual medida, o bem-estar da coletividade.

Aqui está a diferenciação substancial entre discricionariedade e liberdade. A discricionariedade é muito mais limitada que a liberdade, restringindo o campo de escolha do agente público, pois este está sempre vinculado a ideia do melhor atendimento do interesse público. E de outro modo não poderia ser, afinal, como indica Celso Antonio Bandeira de Mello, o único motivo que teria a lei para conceder a discricionariedade para o agente público, sendo possível de antemão prefixar as condutas que deveriam ser por ele tomadas, é buscar a melhor solução possível para os problemas concretos[271]. Dessa sorte, o agente público, ao praticar um ato discricionário, deverá necessariamente observar os fins e os valores estipulados pelo ordenamento jurídico, buscando, na maior medida possível, ponderá-los a fim de resolver acerca de qual é a melhor escolha no caso apresentado.

Elemento fundamental do ato discricionário, portanto, é a sua motivação. Isso porque é por meio da enunciação dos motivos que o animaram, é que o agente público legitima a escolha feita por ele. É somente por meio da motivação que se pode verificar a validade do ato; se a discricionariedade foi ou não exercida dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ou se, ao contrário, foi desvirtuada e transformada em arbitrariedade. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello chega a enunciar que a motivação anterior ou contemporânea do ato torna-se verdadeiro requisito autônomo do ato discricionário[272]. É sobre a fundamentação que recairá o controle judicial (não propriamente a oportunidade e conveniência para o interesse público). Estando o ato bem fundamento em fatos concretos e adequados (sob um exame de proporcionalidade e razoabilidade), o Poder Judiciário não pode perquirir sobre a escolha feita pelo agente público. Porém, faltante uma boa fundamentação, impedindo exame dos fundamentos de fato e de direito que mobilizaram a decisão haverá sempre, no mínimo, uma fundada suspeita, senão uma presunção, de má utilização da discricionariedade[273].

---

[270] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Disricionariedade e controle jurisdicional*. Op. Cit. P. 13.
[271] Ibidem. P.. 35.
[272] Ibidem. P. 103.
[273] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito* administrativo. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 54.

Destarte, dentro deste prisma, podemos dizer com confiança que as políticas públicas se desenrolam em atos discricionários. Não são elas opções arbitrárias que podem ser feitas livremente pelo legislador. Ao examinar que a ordem constitucional estabelece a concretização de um dado direito ou a perseguição de um certo fim, tanto o legislador quanto o administrador têm o dever de implementar políticas públicas neste sentido. Porém, mais do que isto, eles têm o dever de formular e executar programas e ações idôneas a alcançar tais fins. As decisões administrativas e legislativas tomadas neste âmbito só serão imunes a qualquer forma de controle quando constituem o mérito administrativo, ou seja, quando são feitas entre as opões que se mostrem igualmente capazes de atingir aos fins a quais se destinam, estando devidamente fundamentas em dados concretos e reais. Se, ao revés, seja tomada uma decisão aquém ou além do necessário, ou, quiçá, em completa dissonância com os motivos do ato e a realidade fática (violando o preceito de razoabilidade) ela não só pode, como deve ser revista.

3. Os litígios decorrentes das políticas públicas enquanto litígios coletivos complexos

Trabalhamos anteriormente com duas características importantes das políticas públicas. Primeiro, que elas são instrumentos para realização dos compromissos firmados pela Constituição e a concretização dos direitos fundamentais ali positivos. Segundo elas se inserem dentro do âmbito da competência discricionária do Poder Público, ou seja, o seu planejamento e implementação se dão de acordo com certos critérios de oportunidade e conveniência do interesse público, porém, não é dado ao administrador ou legislador uma "liberdade" para sobre elas decidir de modo absoluto, vez que lhes é defeso colocar em xeque os direitos que buscam efetivar. Assim sendo, gostaríamos agora de trazer atenção a um terceiro fato: as políticas públicas dizem respeito a direitos coletivos em sentido amplo[274].

De uma maneira geral, podemos dizer que as políticas públicas se conectam intimamente à classe dos direitos difusos. Esta característica é facilmente perceptível quando tratamos de políticas públicas de ampla abrangência, como, por exemplo, políticas de saúde destinada à dispensa de medicamentos gratuitamente a toda população. Porém, é certo que, mesmo quando se trata de uma política pública vetorizada, em favor de um grupo específico, (como, por exemplo, as políticas públicas voltadas, especificamente, para o atendimento de pessoas em situação de rua durante o inverno), ainda persiste um interesse difuso ínsito às

[274] Nesse sentido: ZUFFELATO. Camilo. *Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e Individuais. In GRINOVER,* Ada Pellegrini. KAZUO. Watanabe. 2 ed. Rio de Janeiro, 2013 P. 316.

mesmas. Interesse este derivado do fato de que as políticas públicas envolvem sempre escolhas de alocação de recursos coletivos para a materialização das promessas constitucionais.

Assim sendo, parece-nos que toda política pública atrai o interesse coletivo dos membros da sociedade, muitas vezes em diferentes dimensões, por dois motivos. Primeiro, porque contribui para alcançar o bem-estar da sociedade. Afinal, uma política pública bem realizada implica em um enriquecimento global de todas as pessoas. Segundo, porque a sua elaboração envolve um choque de interesses acerca da alocação dos recursos públicos. A realização de uma política público exige, de regra, uma ponderação entre diferentes valores. Qual área deve receber prioridade? Qual a quantidade de recursos deve ser destinada a esse programa? Qual é a melhor forma de executá-lo? Trata-se de questões inerentes ao ciclo de formação de uma política pública e que atraem a incidência de interesses de diferentes grupos, implicando na tomada de uma decisão coletiva sobre quais valores e objetivos devem ser perseguidos pela sociedade. Portanto, os problemas de elaboração e de execução de uma política público sempre trazem consigo um elevado grau de interesse social.

Neste sentido, é certo que esse interesse social não é homogêneo, muito menos uno. Em verdade, as demandas que envolvem políticas públicas muitas vezes não se limitam somente aos interesses de um ou outro grupo social eventualmente beneficiado pela política pública colocada sobre revisão. Elas englobam inúmeros outros, os quais podem até mesmo ser diametralmente opostos entre si. Há diferentes grupos de pessoas que podem ser o atingidos de maneiras distintas em razão da falha ou omissão de uma política pública.

(I) Primeiro, temos o grupo que é diretamente beneficiado pela política, o qual possui, claramente, o interesse mais vigoroso e que, em muitas situações, preocupar-se-á , especialmente, com a garantia dos seus próprios direitos.

(II) Segundo, há também os interesses das pessoas reflexamente atingidas pela falta da política pública, as quais, mesmo não sendo seus destinatários, ainda são prejudicadas em razão do vício em sua operação.

(III) Terceiro, não se olvida também dos interesses da Administração (interesse público secundário ou até primário), que tomará em consideração as dificuldades técnicas inerentes a implementação da política, suas limitações orçamentárias, a necessidade de se priorizar outras áreas etc.

(IV) Por fim, porém, não menos importante, pode-se considerar, inclusive, o interesse geral da própria coletividade de ver os recursos públicos bem utilizados (talvez

> aqui esteja também outra gama de complexidade, afinal, quando e como se pode dizer que os recursos públicos estão a ser bem utilizados?)

Considera-se também que a correção de uma política pública não é em muitos casos uma tarefa fácil. Pelo contrário, ela exige uma verdadeira intervenção no amago da Administração Pública, a qual objetiva não só sanar os vícios relativos a um ato administrativo, mas a um verdadeiro programa formado por uma série de atos e decisões. Em muitos casos, será necessário promover uma verdadeira reorganização da máquina administrativa, com novas dotações orçamentárias, a alocação de novos recursos humanos, a construção de infraestruturas, a celebração de contratos de fornecimento etc. Nesse contexto, há de se respeitar as limitações inerentes ao próprio regime jurídico administrativo, a exemplos das regras e princípios que permeiam os serviços públicos, as licitações, os concursos públicos, entre outros. Há um regramento pré-determinado que decorre do Direito Administrativo que não pode ser desconsiderado[275]. O que se pretende, portanto, não é a simples realização de fazer, mas a transformação de uma situação de fato em outra, ou seja, uma "reforma estrutural"[276].

Diante de todo o exposto, podemos dizer que os litígios vinculados à formação e aplicação de políticas públicas assumem, em muitos casos, feições de litígios complexos (conceito por nós trabalho em capítulos anteriores). A realização do direito material implicará uma verdadeira mudança de um estado de coisas a outro, o que exigira um elevado grau de participação dos interessados e a elaboração de diferentes medidas de transição, que vão além da simples imposição de obrigações de fazer. Isto significa que toda lide decorrente de uma política pública é um litígio complexo? Não, é fato que é plenamente possível que existam litígios de feições muito mais simples, embora não deixem de ser coletivas. Por exemplo, o caso de um Município que não dispensa medicamentos incluídos na lista do SUS. Em tese, trata-se de um litígio de fácil resolução. Assim sendo, não se diz que todos os litígios que tangenciam as políticas públicas serão um litígio complexo, mas sim que eles têm grande potencialidade de o serem. Desta maneira, sempre que assim se apresentarem, devem ter suas peculiaridades e natureza devidamente consideradas na prestação da atividade jurisdicional.

Com efeito, tal espécie de tutela jurisdicional é, em sua natureza coletiva. Exatamente por isso que se defende que a judicialização das políticas públicas, sempre que possível, deva

---

[275] CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática.* São Paulo: Contracorrente, 2016. P. 79/80.

[276] Sobre a reforma estrutural, a fim de evitar tornar nosso trabalho repetitivo, remetemos o leitor ao próximo capítulo.

ser feita por meio de ações coletivas. De fato, o processo coletivo se demonstra, em um primeiro momento, como o mais adequado para solucionar esse tipo de controvérsia, vez que dotado de ampla repercussão subjetiva, abraçando um considerável número de pessoas, além de possibilitar ao juiz, em tese, uma visão molecular sobre a questão litigiosa[277]. Se é verdade que, como já defendemos, a tutela coletiva destina-se à defesa da cidadania e dos valores constitucionais, ela é, inegavelmente, o instrumento para lidar com as lides derivadas das políticas públicas, garantir a harmonia entre todos os interesses envolvidos.

4. A interferência judicial no âmbito das políticas públicas: alguns argumentos favoráveis

Conhecendo a importância das políticas públicas dentro do contexto constitucional, entra em questão, então, a legitimidade do seu controle jurisdicional

Uma vez estabelecido que as políticas públicas não são, nada mais nada menos, do que instrumentos de materialização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de efetivação das normas constitucionais, não há como afastá-las da apreciação do Poder Judiciário, principalmente, nos casos de omissões ou de atuação insuficiente por parte do Estado. Trata-se de uma consequência necessária ao se assumir que as normas constitucionais programáticas são muito mais que meros enunciados políticos ou de valores. A despeito de sua estrutura singular, elas detêm uma natureza prescritiva em relação ao Poder Público, sendo, portanto, vinculantes a este. Assim, é plenamente legítimo utilizá-las como base para o controle de constitucionalidade e legalidade[278] das políticas públicas promovidas pelo Estado.

Com efeito, analisa-se a seguir algumas balizas jurídicas que fundamentam a intervenção e revisão judicial no âmbito das políticas públicas.

4.1. A promoção da efetividade e força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais

A proposição do controle judicial das políticas públicas ganha relevo frente a preocupação com a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais típica do

---

[277] LIBERAL, José Bernardi**.** *Intervenção jurisdicional nas políticas públicas: mecanismos processuais de controle e efetivação.* Salvador: Juspodivm, 2018. P. 115.

[278] Nesse sentido: CANOTILHO, Direito *Constitucional e teoria da constituição*, Op. Cit.P.482; BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. Op. Cit., P. 251 e 252.

neoconstitucionalismo[279]. Conforme escreve Luiz Roberto Barroso[280], um dos marcos teóricos a caracterizar a era pós-positivista é o amplo reconhecimento da força normativa das constituições. Enquanto o constitucionalismo moderno do século XIX, especialmente, o modelo continental-francês pós-revolução de 1789[281], balizava-se sobre o princípio da supremacia do legislador (compreendendo a Constituição como uma carta apenas política) o constitucionalismo contemporâneo atribui ao texto constitucional o *status* de verdadeira norma jurídica, dotada de imperatividade e efetividade.

Inobstante o fato de que não são todas as normas constitucionais que gozam da mesma eficácia e aplicabilidade, vez que algumas destas dependem da intervenção do legislador e do administrador público para produzirem todos os seus efeitos (são as chamadas normas de eficácia limitada)[282], isto não impedem de todas gozem de um mínimo inafastável de obrigatoriedade e coercibilidade. Efetivamente, há normas de menor densidade normativa, cuja concretização exige uma atuação positiva do Poder Público, seja por meio da atividade legislativa ou administrativa. Porém, mesmo tais normas possuem um mínimo de eficácia, a qual não se limita a um aspecto meramente negativo, de tornar inconstitucional as normas a elas destoantes, mas também positivo, impondo deveres de legislar e atuar[283].

A questão da aplicabilidade imediata das normas constitucionais ganha ainda substância na contemporânea preocupação com a concretização dos direitos humanos (a qual inspira, inclusive, o princípio da máxima efetividade dos direitos humanos). Corretamente afirma Dirley da Cunha Jr.[284] que, hoje, se deve zelar pela aplicação das normas garantidoras de direitos fundamentais não só por uma preocupação com a supremacia da Constituição, mas

---

[279] Ana Paula de Barcellos explica que do ponto de vista metodológico-formal, o neoconstitucionalismo é marcado por três premissas fundamentais: (a) a normatividade da Constituição, reconhecendo que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade; (b) superioridade da Constituição na ordem jurídica; (c) centralidade na Constituição no sistema jurídico, como ponto focal de todos os ramos do Direito. (*Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, Op. Cit. P. 84).

[280] BARROSO. Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., P. 84.

[281] SARLET, *In*go Wolfgang. MARI*N*ONI, Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* Op. Cit., P. 47/49.

[282] SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, P. 81 e 82.

[283] José Afonso da Silva, o qual formulou a ideia de "normas de eficácia limitada", d reconhece a juridicidade das normas de caráter programático, afirmando que estas, a despeito de seu conteúdo extremamente aberto, a*In*da contêm um mínimo de eficácia a implicar a imperatividade da sua observância pelos Poderes Públicos. (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, Op. Cit., P. 149 *et seq*).

[284] CUNHA JUNIOR. Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. Op. Cit. P. 53.

também pelo valor ínsito destas normas, as quais representam escolhas fundamentais do povo sobre a organização da sociedade e do Estado.

Com efeito, todo este arcabouço teórico foi amplamente adotado pela Constituição de 1988, a qual previu expressamente instrumentos como a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão ou o Mandato de Injunção, para combater a omissão legislativa e administrativa do Poder Público. O constituinte reconhece que a Constituição não basta em si mesma; a sua concretização depende da atuação do legislador e do administrador públicos. Tais entes têm um verdadeiro dever-poder de interpretar e promover a aplicação da Constituição por meio de seus atos[285]. Diz-se "dever-poder", pois, embora gozem de discricionariedade em sua atuação, ela não é absoluta, está vinculada a ordem constitucional. Primeiro, quanto a obrigatoriedade de ser exercida (não se pode descumprir o dever de legislar), segundo, quanto a sua substância, os atos do Poder Público devem estar de acordo com o texto constitucional.

Deveras, pode-se dizer que, existe um verdadeiro "direito fundamental à efetivação da constituição". Como coloca Dirley da Cunha Jr[286].:

> [...] o reconhecimento de um direito fundamental à efetivação da constituição conduz ao entendimento de que o princípio da aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras de direitos fundamentais se estende a todas as normas da Constituição, acarretando um superlativo reforço jurídico da eficácia dessas normas e gerando consequências capitais; [...] A segunda consequência é que as demais normas constitucionais, ou seja, as não definidoras de direitos fundamentais, ou aquelas que contemplam direitos dependentes de prestações normativas ou fáticas do poder público, que careçam de *interpositivo legitoris* ou de providências materiais, constituem em favor do cidadão *um direito subjetivo público a emanação de atos normativos e materiais* de concretização constitucional, o que implica, em consequência e primeiramente, o *dever jurídico* dos órgãos legislativo e executivo de efetivarem as normas constitucionais, hipótese em que, não sendo concretizadas em tempo razoável, e reconhecida, consequentemente, a omissão inconstitucional, deve o Poder Judiciário operar ativamente e construtivamente por meio de jurisdição constitucional, que pode ser provada, *in concreto*, por qualquer pessoa prejudicada, e através de qualquer ação judicial, ou por meio de ações específicas instituídas exclusivamente para controle das omissões do poder público.

Destarte, há de se reconhecer que as normas constitucionais que proclamam direitos sociais possuem uma eficácia e aplicabilidade ínsita a si, a qual permite que o Poder Judiciário seja acionado nos casos em que o legislador e o administrador público descumpram o seu dever de promover a concretização daquelas. Descumprimento, inclusive, que pode ser total,

---

[285] MENDES. BRANCO, *Curso de direito constitucional*. Op. Cit., P.1347.

[286] CUNHA JUNIOR, *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, op. cit., P. 664 e 665.

completamente se omitindo, ou parcial, quando há a edição de normas e atos administrativos, mas que acabam se mostrando insuficientes frente às circunstâncias fáticas para garantir e concretizar os direitos fundamentais consagrados pela Constituição, incidindo no vício da proteção insuficiente.

4.2. A defesa do mínimo existencial

Neste contexto, há também de se ponderar que a ordem constitucional de 1988 tem como pedra basilar a dignidade da pessoa humana. Embora a noção de dignidade da pessoa humana seja extremamente aberta e fluída, não sendo possível conceituá-la, precisamente é possível estabelecer, em linhas gerais, seu conteúdo mínimo. De acordo com Luiz Roberto Barroso[287], a dignidade da pessoa humana apresenta-se em três dimensões centrais: **a)** o valor intrínseco de todo ser humano. **c)** a autonomia individual; **c)** o valor comunitário.

Especificamente, quanto aquela segunda dimensão (a autonomia individual) ela representa a prerrogativa de todo indivíduo de autodeterminar-se, tomando decisões substanciais sobre a sua vida. Ocorre que, o devido exercício desta autonomia individual exige, necessariamente, a satisfação das necessidades mais básicas e indispensáveis a existência física e psicológica do ser humano[288] Há, neste sentido, razão na afirmativa de Amartya Sen[289], segundo quem, a verdadeira liberdade implica na presença de efetivas e adequadas oportunidades para que os indivíduos façam escolhas substanciais em sua vida. Oportunidades estas que existem tão somente quando o ser humano se encontra a salvo de situações de carência ou privação de seus direitos, tendo as suas necessidades básicas supridas. Assim, surge a concepção do mínimo existencial como pré-requisito da dignidade da pessoa humana.

Porém, o que significa o mínimo existencial? Ele pode ser compreendido como um complexo de prerrogativas cuja concretização garante as condições mais básicas para o pleno, adequado e digno desenvolvimento da pessoa. O seu conteúdo não se limita somente àquelas prestações mínimas necessárias a sobrevivência humana (que seria o mínimo vital, com o qual não se confunde), mas faz referência também a um aspecto sociocultural, ligado a ideia de

---

[287] BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, op. cit., P.290/293.
[288] *Idem*, P. 292.
[289] SEN, AMARTYA. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010,P. 27 *et seq.*.

igualdade material, relativo à mínima inserção do indivíduo na vida social, política e cultural[290]. Assim, ele também se conecta a noção de dignidade no âmbito sociocultural.

Com efeito, ele pode servir como padrão de controle das atividades legislativas e administrativas, bem como para determinação do núcleo exigível dos direitos sociais. Isto porque impõe tanto um limite negativo quanto um limite positivo ao Poder Público. Sua dimensão negativa diz respeito a proibição de que o Estado subtraia do indivíduo as condições mínimas para sua existência (tomando a forma, por exemplo, do princípio da vedação ao confisco no Direito Tributário). Já a sua dimensão positiva estabelece o dever do Estado em fornecer as prestações materiais indispensáveis à existência digna do ser humano. O mínimo existencial serve como baliza mínima da atividade legislativa e administrativa, vetando que, no exercício de suas discricionariedades, adotem-se medidas aquém deste limite [291]

A viabilidade do controle judicial das políticas públicas nestas hipóteses, em que se coloca em risco o mínimo existencial dos cidadãos, é plenamente agasalhada pela jurisprudência nacional. Veja-se a possibilidade de intervenção judicial no caso do fornecimento de vagas em creches e pré-escolas a crianças de zero a seis anos[292], bem como na legitimidade da condenação do Poder Público a promover obras emergenciais em estabelecimentos prisionais[293] ou, ainda, de obrigar-se a Administração a fornecer medicamentos fora da lista do SUS, desde que demonstrado a hipossuficiência do requerente, a imprescindibilidade do fármaco e que este seja aprovada pela ANVISA[294].

4.3. A concretização do direito fundamental ao acesso à justiça

Por derradeiro, há um terceiro pilar a sustentar a viabilidade jurídica do controle judicial das políticas públicas; o direito ao acesso à justiça, positivado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição. Ele não pode ser entendido enquanto a mera possibilidade dada aos particulares de levarem demandas ao judiciário, desprovido, pois, de maiores ramificações. Não, o conteúdo de tal direito é muito mais profundo, ele implica, em verdade, no direito de receber do Estado-

---

[290] SARLET. *In*go Wolfgang. ZOCKUN. Carolina Zancaner. *Notas sobre o mínimo existencial e sua Interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. In* Revista de *In*vestigações Constitucionais, vol. 3, n. 2, Curitiba, 2016. P. 122/124.
[291] SARLET. MARINONI. MITITIERO. *Curso de direito constitucional*, op. cit., P. 673 e 674.
[292] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AI 761908 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Dato do Julgamento: 24/05/2012, Data de Publicação: 08/08/2012.
[293] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Rel. M*in.* Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data do julgamento: 13/08/2015, Data de Publicação: 01/02/2016.
[294] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657156/RJ, Rel. M*in*istro Benedito Gonçalves, Órgão Julgador: Primeira Seção, Data do Julgamento: 25/04/2018, Data da Publicação: 04/05/2018.

juiz uma tutela jurisdicional adequada, assim entendida como aquela revestida de efetividade, eficácia e tempestividade[295]. Outra não poderia ser a conclusão, isto porque, se o Estado traz para si o poder de solucionar e pacificar os litígios sociais, vedando a autotutela, nada mais coerente do que garantir a todas as pessoas a melhor tutela possível a seus direitos.

Sobre o assunto, lembra-se das lições de Cândido Rangel Dinamarco[296], segundo quem, o direito ao acesso à justiça está intrinsicamente ligado à ideia de um processo civil de resultados. Nesse sentido, não basta que o Estado declare o direito da parte, mas é preciso garantir que a solução oferecida seja bem formulada, capaz de efetivamente aprimorar ou melhorar a posição jurídica e a vida daquela, bem como que seja proferida em tempo adequado (tempestivamente). Justamente por isto, o autor entende que o direito aqui em comento seria melhor entendido enquanto um direito ao acesso a uma ordem jurídica justa[297].

Aprofundando-se mais sobre tema, Ingo Salet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[298] dividem o âmbito de proteção do direito à tutela jurisdicional (nome dado pelos autores ao direito ao acesso à justiça) em três planos: **a)** do acesso à justiça; **b)** da adequação da tutela; **c)** da efetividade da tutela. No primeiro plano, a tutela jurisdicional deve buscar ser a mais ampla possível, eliminando os entraves ilegítimos que impedem as pessoas de acessarem o Poder Judiciário. Já no segundo plano, o direito à tutela jurisdicional implica na necessidade da adoção de técnicas e procedimentos processuais adequados para o conhecimento, execução e antecipação da demanda e do bem da vida tutelado. Por fim, no terceiro plano, a tutela jurisdicional deve-se desenvolver em observância ao direito material que funda o processo, mediante tutelas repressivas e preventivas aos direitos protegidos.

Diante deste quadro, o Poder Judiciário, uma vez acionado em virtude da violação de um direito fundamental (seja ele de primeira, segunda ou terceira dimensão), não pode se negar ao exercício da atividade jurisdicional, abstendo-se em caso de patente inconstitucionalidade ou de ilegalidade, sejam estas por comissão ou por omissão do Poder Público. Nesse sentido, correta a assertiva de José Roberto Bernardi Liberal[299]no sentido que há, relativamente ao Poder Judiciário, um verdadeiro "dever-poder"[300] de assegurar aos cidadãos o efetivo acesso à justiça

---

[295] NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. Op. Cit. P. 197.
[296] DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. Op. Cit. P. 197.
[297] Ibidem P. 206.
[298] SARLET. MARI*N*ONI. MITITIERO. *Curso de direito constitucional*, op. cit., P. 860 *et seq.*
[299] LIBERAL, José Roberto Bernardi. *Intervenção jurisdicional nas políticas públicas: mecanismos processuais de controle e efetivação* Op. Cit. P. 17.
[300] O autor se refere a um "poder-dever", porém, prefere-se *I*nverter a ordem dos símbolos, a fim de colocar ênfase na ideia de que a tutela jurisdicional é primeiro um dever e depois um poder concedido ao Judiciário.

mediante a adoção de técnicas processuais idôneas e necessárias à formulação e efetivação de políticas públicas indispensáveis à realização dos seus direitos fundamentais.

5. Alguns desafios ligados à intervenção judicial nas políticas públicas

No tópico anterior foram apresentadas as bases constitucionais do controle judicial das políticas públicas. Crê-se que a partir dos pontos ali enumerados não resta dúvida de que há sim um espaço juridicamente válido no sistema normativo brasileiro para que o Poder Judiciário exerça o controle da atividade discricionária legislativa e administrativa em pró da concretização de direitos fundamentais positivados na Constituição.

Todavia, a viabilidade jurídica deste controle não significa que ele é imune de controvérsias. Inúmeros juristas já levantaram diferentes questões quanto à uma atuação interventiva do Poder Judiciário nestas searas, as quais não podem ser desconsideradas. Primeiro, porque muitas delas (independe de como elas concordar-se ou não) são fundadas em argumentos razoáveis, os quais merecem atenção. Segundo, porque é ínsito ao estudo do Direito um ciclo dialético de posição e contraposição; o aprimoramento do Direito ocorre por meio de um concatenado processo de produção e revisão das teorias e obras jurídicas.

Portanto, se um dos objetivos desse trabalho é buscar o aprimoramento da compreensão da comunidade jurídica acerca do controle das políticas; então não se pode esquivar de analisar os possíveis pontos de dissenso e inquietação existentes nesse âmbito. Dessa feita, nos próximos tópicos serão apresentados e dissecados os cinco grandes argumentos que formam os principais desafios que se alojam no controle judicial das políticas públicas.

5.1. O ativismo judicial

Ao se mencionar a temática do controle judicial das políticas públicas, um dos primeiros pontos que irá, indubitavelmente, se apresentar será o ativismo judicial. Esta expressão, “ativismo judicial”, é utilizada sempre em um tom negativo, para os fins de desqualificar determinada decisão ou posicionamento assumido por um tribunal. Todavia, ela não parece ter um significado certo. Ao se perguntar o que se pretende dizer quando se acusa um tribunal de ser “ativista”, na maior parte das vezes se receberá respostas genéricas e amplas, sem precisão científica. Se a crítica do ativismo judicial deve ser levada a sério, é preciso primeiro dar contornos minimamente precisos ao que se entende por ativismo judicial.

Keenan D. Kmiec, autor norte-americano, escreve sobre a origem histórica e possíveis definições do termo "ativismo judicial", indicando que o seu significado passou por uma transformação, tornando-se mais incerto com o tempo. Hoje, coexistem uma série de conceitos desconexos e contraditórios entre si. Nessa toada, é possível entender o ativismo judicial sob diversas óticas, definindo-o como[301]:

A) A invalidação, pelo Poder Judiciário, de atos e normas dos demais Poderes que poderiam ser, razoavelmente, considerados constitucionais. De acordo com esta concepção, o Poder Judiciário incorreria em ativismo sempre que declarasse a inconstitucionalidade de um ato ou norma cujo vício não fosse aparente e incontestável. Isso porque, para os defensores desta tese, existindo uma incerteza sobre a constitucionalidade ou não do ato, ou norma, deveria o Poder Judiciário dar preferência à decisão dos demais Poderes.

B) A não observância de precedentes. Trata-se de um conceito mais complexo, vez que toma em consideração a realidade própria dos ordenamentos jurídicos de tradição do "comom-law", em que os precedentes judiciais possuem uma força vinculante diferenciada (motivo pelo qual, inclusive, essa definição de ativismo pode não se transportar bem ao Brasil). Dito isto, a configuração do ativismo nestes casos dependerá a própria natureza do precedente desobedecido e as suas circunstâncias. Haveria maior desaprovação, com maiores chances de a conduta ser classificada como "ativista", quando o precedente desobedecido fosse "vertical", ou seja, proveniente de uma corte superior e, assim, dotado de "stare decisis"; embora, em certas situações, a inobservância de precedentes horizontais (decisões antecedentes do mesmo órgão) também pudesse ser considerada um ativismo. Há ainda que se tomar em consideração o tipo de pressente envolvido na questão. De regra, a doutrina norte-americana divide os seus precedentes em três tipos: "comon- law", *"*constitucional*"* e "statutory precedentes", sendo os primeiros mais suscetíveis de serem alterados pelas cortes inferiores, enquanto os últimos gozam de maior rigidez.

C) A atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Dentro desta visão, o ativismo judicial ocorreria sempre que os tribunais assumissem o papel do Legislativo

[301] KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of" judicial activism". In* California Law Review, v. 92, n. 5, 2004. P. 1463/1645.

e extrapolassem a sua função interpretativa, passando a inovar o ordenamento jurídico e criando o próprio Direito.

D) O distanciamento da metodologia interpretativa aceita. Aqui rotula-se uma conduta judicial como ativismo quando ela implica no desvio dos métodos tradicionais de interpretação dos textos jurídicos. Trata-se de uma forma de exagero judicial, uma vez que os juízes não aderem às ferramentas habituais de interpretação, as quais servem para dar segurança, previsibilidade e sindicabilidade, de maneira a impor os seus próprios pontos de vista ao texto legal.

E) A adoção de julgamentos orientados pelo resultado. Para esta concepção, o ativismo judicial não se caracteriza pela simples declaração de inconstitucionalidade de atos e normas de outros Poderes ou sequer pela não observância de certo precedente. Tais condutas até podem se apresentar como atitudes ativistas desde que: (a) o juiz tenha um motivo ulterior para proferir a decisão; (b) a decisão servia a fim de levar ao avanço de um objetivo não oficial, ideológico ou político.

Vale ressaltar também o trabalho de Frank B, Cross e Stefanie A. Lindquist. Os autores enfatizam que, em muitas situações, a invocação do termo "ativismo judicial" é desprovida de verdadeiro significado, sendo usado em um sentido e com uma finalidade simplesmente ideológicas ou meramente retórica. No entanto, os próprios autores asseveram que este uso não científico não desqualifica o instituto, o qual ainda deve ser estudado[302]. Nesse sentido, buscando uma definição mais precisa, os citados autores apontam que o ativismo judicial é, muitas vezes, medido e identificado de acordo a extensão com que um tribunal exerce o controle de constitucionalidade, invalidando atos dos demais Poderes (o "judicial review"). Sob estas lentes, ativista seria toda decisão que declarasse a nulidade de uma norma ou ato que não se mostra inegavelmente inconstitucional. No entanto, tal critério é prontamente denunciado como insuficiente e impreciso. Primeiro, porque o controle de constitucionalidade é atividade própria do Poder Judiciário no modelo de Estado de Direito Constitucional, não podendo o seu simples exercício ser considerado uma conduta ativista. Segundo, porque deixa de fora outras condutas que também caracterizam o ativismo e não se relaciona com o "judicial review"[303].

[302] CROSS, Frank B. LINDQUIST, Stefanie A. *The scientific study of judicial activism. In* Minn. L. Rev., v. 91, 2006. P. 1758.
[303] Ibidem. P. 1759/1761.

Desta maneira, o ativismo vai muito além do simples controle de constitucionalidade. De uma maneira geral, ele poderia ser entendido como a incapacidade de um tribunal de atuar de acordo com o papel considerado devido ao Poder Judiciário. Ou seja, quando os juízes deixam de observar certas diretrizes consideradas inerente à sua função, quais sejam: **a)** o dever de exercer a jurisdição por meio de técnicas interpretativas apropriadas e reconhecidas, distorcendo o sentido dos textos normativos a fim de atingir objetivos políticos e ideológicos pessoais; **b)** o dever de ser fiel aos precedentes e consistente com as decisões anteriores (novamente, vale ressaltar que os conceitos aqui trabalhados pelos autores são examinados a partir de uma perspectiva de uma tradição do "common-law", onde os precedentes têm status diferenciado). Em resumo, a conduta devida pelo Poder Judiciário é aquela pautada pelo Direito e avessa às preferências pessoais[304]. Portanto, dentro de tais parâmetros, o ativismo judicial pode se caracterizar quando os tribunais engajam em um julgamento orientado por resultados, sendo conduzidos por simpatias ideológicas e não pelo Direito e pelas técnicas jurídicas[305].

Dito isso, na doutrina nacional, Luís Roberto Barroso[306] nos oferece um conceito amplo de ativismo judicial. Para o autor, o ativismo se caracteriza por uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e objetivos constitucionais, interferindo de maneira mais contundente no âmbito de competências que seriam, tipicamente, dos demais Poderes. O ativismo judicial retrataria, dentro desta acepção; uma opção assumida pelo magistrado de atuar de modo proativo na interpretação constitucional, expandido seu alcance e sentido. Ela surgiria como consequência de uma falta de representatividade da sociedade civil no âmbito do Poder Legislativo, impedindo que certas demandas sociais sejam tuteladas, forçando-as a serem levadas a via judicial.

"Data vênia", ousa-se discordar da definição acima apresentada. Veja-se, trata-se de uma noção de ativismo demasiadamente abrangente. Se a assumíssemos como verdadeira, então, se qualificaria como ativismo toda atuação jurisdicional voltada a aplicar e concretizar as normas constitucionais. Esta concepção é incompatível com uma ordem jurídica que consagra o modelo difuso de controle de constitucionalidade. Quando um juiz ou um tribunal reconhece a inconstitucionalidade de uma norma em um caso concreto e afasta a sua aplicação, ele nada mais está a fazer do que dando efetividade direta aos valores e normas constitucionais.

---

[304] Ibidem. P. 1763/1765.
[305] Ibidem. P. 1766.
[306] BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, op. cit., P. 448 e 449.

Desta forma, não se chamaria esta atuação, de controlar a constitucionalidade dos atos normativos, a qual é assegurada pela própria Constituição ao Judiciário, de ativismo judicial. Assim é de se crer que o ativismo, tão criticado, possui outro significado.

Nesse sentido, parece correta a perspectiva dada por Georges Abboud[307] sobre a presente temática. Segundo o autor, o ativismo é uma questão ligada à forma com que se interpreta e aplica o direito. Na sua concepção, o ativismo é uma atuação discricionária pelo Poder Judiciário, por meio da qual o intérprete desconsidera o Direito, fazendo prevalecer a sua visão subjetiva de justiça (política, ideológica, religiosa ou outra), fugindo, assim, das bases normativas positivas e infringindo insidiosamente no âmbito dos demais Poderes.

O mencionado autor adiciona ainda que não implicam, necessariamente, ativismo judicial: **a)** o controle de constitucionalidade das leis; **b)** a atuação contra majoritária dos tribunais; **c)** a não filiação do julgador com a teoria da "voluntas legislatoris" (entendida como a interpretação da norma pelo sentido original desejado pelo legislador); **d)** a posição favorável ao "judicial review" (a revisão judicial dos atos do Poder Público por meio do controle de constitucionalidade), inclusive, porque juízes adeptos a ideia de "self-restrain" (não intervenção no âmbito dos demais Poderes) podem assumir posturas ativistas; **e)** a simples filiação ideológica do juiz, seja aos ideais conservadores ou liberais[308].

No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos[309] entende o ativismo judicial como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento. Explica o citado autor que quando se menciona o ativismo judicial se está a referir a uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa no núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas aos demais Poderes[310].

Diante destes conceitos, pode-se responder a seguinte pergunta: toda interferência no âmbito dos demais Poderes configura como ativismo judicial? Por óbvio que não. Entender neste sentido seria dizer que jamais caberia qualquer forma de ação judicial contra o Poder Público. Quando o Poder Judiciário condena o INSS a conceder determinado benefício previdenciário, quando anula um ato administrativo eivado de ilegalidade por incompetência, ou quando profere uma decisão em sede de mandado de injunção, ele está, obrigatoriamente,

---

[307] ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, P. 1176.
[308] *Idem*, P. 1140.
[309] RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.*2 ed. São Paulo, Saraiva, 2015, P. 131.
[310] *Idem*, P. 423.

incidindo no âmbito de competência da Administração e do Legislativo. Analisando atenciosamente as definições de Georges Abboud e Elival da Silva Ramos, observa-se que a interferência nos demais Poderes da República será reputada danosa quando for "insidiosa". Significa dizer, quando não possuir lastro constitucional ou normativo que lhe fundamente, ocorrendo, em verdade, a partir da imposição de uma visão ideológico-político.

Deve-se entender o ativismo judicial, portanto, como a intervenção indevida e injustificada pelo Poder Judiciário no âmbito de competência dos demais Poderes. Neste caso, há a efetiva subversão do jurídico pelo político-ideológico, quando o controle das políticas públicas não é feito em vista de um parâmetro objetivo que é a Constituição ou a lei, mas estas são usadas como simples recursos retóricos, uma carta em branco, por juízes criativos ou outros atores sociais para imporem as suas visões de mundo sobre a sociedade. Neste sentido, entendido o ativismo judicial dentro desta concepção, fato é que ela é um fenômeno danoso a democracia e ao Estado de Direito. Assim, correta a visão de Hermes Zaneti Jr.[311] ao clamar pelo combate ao que denomina de "ativismo judicial seletivo", a submissão do Judiciário a fins políticos e ideológicos (que nada mais é do que a concepção de ativismo que aqui foi dada).

5.2. A falta de legitimidade democrática e a falta de capacidade técnica

Além da questão do ativismo judicial, pode-se elencar outros pontos desafiadores passiveis de serem levantadas relativamente aos próprios órgãos jurisdicionais quando estes se dispõem a intervir no âmbito das políticas públicas. Assim, traz-se foco à duas questões, as quais possuem maior relevância: **a)** a falta de legitimidade democrática das cortes para decidir sobre políticas públicas; **b)** e a falta de capacidade técnica das cortes para resolver sobre políticas públicas. Nesse sentido, Rodolfo Figuroa Garcia-Huidobro muito bem as explicas, embora a elas não se filie, confrontando-as firmemente[312].

Quanto à primeira questão, esta se fundamente na ideia de que a consecução dos direitos sociais, econômicos e culturais dependem sempre de uma escolha política a ser feita em relação aos meios que serão utilizados para alcançá-los. Isto porque tais direitos exigem um "fazer" por

---

311 ZANETI JR, Hermes. *Ativismo da lei e da constituição na tutela coletiva brasileira: processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada. In*. NUNES, Dierle. COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici. Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciado dos direitos fundamentais. Porto Alegre- RS, Editora Di, 2019, P.423,

312 GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo Figueroa. *Jusicibilidad e los rerechos económicos sociales y culturales: dicuion teórica*. *In* Revista chilena de derecho, vol. 36, n 03, 2009, P.590 et seq.

parte do Estado, implicando em uma decisão acerca do manejo dos recursos sociais e das prioridades da própria coletividade. Logo, o Poder Judiciário não poderia interferir neste âmbito de decisão, vez que os seus membros não são eleitos e, como tal, não são direta ou indiretamente responsabilizáveis ("accountble") como os membros do legislativo ou do executivo. Não só, tal intervenção suprime a deliberação democrática sobre a matéria, retirando o poder decisório dos órgãos representativos, diminuindo a capacidade dos cidadãos de escolherem as políticas sociais que devem ser priorizadas de acordo com o bem-estar que desejem[313].

Sobre o assunto disserta José Reinaldo Lima Lopes:

> Se o considerarmos o orçamento de um ente qualquer, público ou privado (a União, u estado federado, um município, uma autarquia, etc.) o seu ajuste às necessidades é presidido por um raciocínio do tipo custo-benefício orientado, em última instancia, por prioridades de curto, médio e longo prazo. Quem deve fazer tais escolhas? [...] O constitucionalismo liberal tradicional deu uma resposta que depois de duzentos anos podemos assim definir: tais decisões têm um caráter político, não jurídico São decisões de conveniência não de princípio; são decisões de oportunidade. Por isso tais decisões ficam a cargo dos poderes que prestam contas às maiorias (capazes de decidir sobre o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno) e tais poderes são o Executivo e o Legislativo[314].

Luiz Roberto Barroso[315] acrescenta a este argumento, mencionando que a atuação das cortes sobre o âmbito da concretização dos direitos fundamentais e execução das políticas públicas pode ter o efeito de restringir o debate democrático acerca da temática. Isto porque, enquanto o processo político tende a ser público, plural e aberto, o processo judicial é consideravelmente mais fechado. O autor atribuiu esta limitação do debate judicial à própria linguagem jurídica, recheada de termos técnicos e jargões próprios, muito distante do linguajar cotidiano. Sem desconsiderar este fator, acredita-se que também pode-se atribuir tal limitação ao próprio procedimento judicial, o qual tende a restringir o debate sobre a matéria às partes formais da demanda, havendo poucos espaços para participação social.

Já em relação à segunda questão, ela está vinculada à ideia de que, diferentemente dos administradores públicos, os juízes não são peritos, carecendo do conhecimento, da capacidade técnica ou do acesso às informações necessárias para resolver questões complexas, de múltiplos

---

[313]Ibidem.

[314] LOPES, José Reinaldo Lima. *Em torno da "reserva do possível". In* SARLET, *In*go Wolfgang. TIMM. Luciono Benetti [org.]. Direitos fundamentais: orçamento e "reserve do possível". 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, P. 163.

[315] BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo,* op. cit., P. 451 e 452.

interesses, as quais envolvem as políticas públicas[316]. As cortes, que comumente se voltam a solucionar conflitos de ordem individual, estão, de regra, mal equipadas para fazer frente a conflitos que exigem um tipo de tutela jurisdicional que não se limita ao reconhecimento e imposição do direito de uma parte frente a outra, mas sim a harmonização de diversos interesses e o manuseio de enormes quantidades de informações.

Trata-se de uma crítica amplamente reconhecida na doutrina:

> Os órgãos jurisdicionais são compostos por magistrados que têm o Direito como formação acadêmica, não reunindo, em tese, conhecimento suficientes para realizar realizações orçamentárias ou analisar todos os fatores envolvidos na formulação de uma política pública. O mesmo pode ser dito de seus assessores, que os auxiliam no embasamento jurídico das decisões, mas não são, em regra, especialistas em outras áreas do conhecimento, que são fundamentais para a criação de políticas públicas adequadas[317].

De fato, como comenta Luís Roberto Barroso sobre o assunto[318], é de se reconhecer que as cortes, de modo geral, estão mais bem preparadas apenas para realizar a "microjustiça". Não possuem elas verdadeiras capacidades de avaliar a situação macro, o quadro social, e conhecer dos possíveis efeitos sistêmicos que poderão decorrer da sua decisão. Assim, efetivamente, as cortes não são os melhores agentes para solucionar problemas que decorrem da falha na execução de políticas públicas ou da omissão do Poder Público.

Deveras, ambas estas questões são de caráter fundamental, não se tratam de questões secundárias à atuação jurisdicional, vez que atingem o núcleo da intervenção judicial na implementação e fiscalização das políticas públicas. Neste sentido, crê-se que não podem ser elas desconsideradas pela simples invocação da atuação contra majoritária do Poder Judiciário, como por vezes é feito. Torna-se imprescindível ponderar tais desafios quando tratamos de uma teoria adequada acerca do controle judicial das políticas públicas.

---

316 GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo Figueroa.. *Jusicibilidad e los rerechos económicos sociales y culturales: dicuion teórica*, op. cit., P.590.

317 SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. LIMA, George Marmelste. *In. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil In*. Revista de *In*vestigações constitucionais, vol. 08, n 03, set./dez, 2021. P. 782/783.

318 BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, op. cit., P. 451 e 452.

5.3. As questões financeiro-orçamentárias e a organização administrativa: a reserva do possível e as "escolhas trágicas" feitas pela Administração

É necessário se ponderar também certos efeitos colaterais decorrentes da intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, principalmente naquilo que tange as questões orçamentárias e financeiras do Estado, as quais podem ser negativamente impactadas por tal postura de atuação judicial, ocasionando prejuízos a toda coletividade. Afinal, é um fato que as políticas públicas exigem o dispêndio de verbas orçamentárias para sua consecução, as quais, muitas vezes, são insuficientes para atender a todas as demandas sociais feitas ao Estado. O déficit dos cofres públicos é um fato preocupante no caso brasileiro, em que se enfrenta um quadro crônico de escassez de recursos públicos. Esta insuficiência orçamentária é simultaneamente causada por um fator social, o gigantismo do Brasil e dos seus problemas sociais; por um fator burocrático, a ineficácia da gestão pública; e por um fator cultural, a predisposição de se impor ao Estado a responsabilidade exclusiva para enfrentar e solucionar os problemas socioeconômicos do Brasil. Assim, debita-se sobre o Estado uma conta de custos sem fim, presumindo-o imortal e não sujeito à falência[319].

Neste contexto de escassez, a Administração Pública é, no mais das vezes, obrigada a fazer "escolhas trágicas" ("difficult and agonising judments")[320] em relação a como as verbas públicas devem ser alocadas tendo em vista o bem do maior número de pessoas possíveis[321]. Surge, nesse sentido, a ideia da "reserva do possível" (em alemão: "Vorbehalt des Möglichen"), segundo a qual os direitos sociais (os quais implicariam em um custo elevado ao Poder Público), devem ter a sua concretização realizada em observância aos reais limites orçamentários-financeiros do Estado, dentro do materialmente factível. Tal teoria tem suas origens no julgamento do caso *BVerfGE* 33, 303, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Em sede deste julgamento, restou estabelecido que, inobstante o reconhecimento de um núcleo essencial aos direitos fundamentais, não se pode exigir do Estado e da coletividade prestações que estão além daquilo que se pode esperar, de maneira razoável, destes. Isto porque o Poder

---

[319] LOPES, José Reinaldo Lima. *Em torno da "reserva do possível"*, Op. Cit., P. 160.

[320] A ideia de "decisões trágicas" surgiu no caso *R v. Cambridge Health Authority, ex parte Beckwith* decidida pela *Court of Appeal*, no qual se discutia a obrigação da Autoridade de Saúde de Cambridge (*Cambrige Health Authority*) de custear um tratamento experimental e de baixa chance de sucesso, não disponível no sistema público de saúde, à uma criança acometida de leucemia. Para acessar a íntegra do julgamento: https://www.globalhealthrights.org/reg*In*a-v-cambridge-health-authority-ex-parte-beckwith/ (último acesso em: 27/11/2021)

[321] MENDES. BRANCO, Curso de direito constitucional, Op. Cit., P. 697.

Público, no momento de elaboração do seu orçamento, tem o dever de ponderar os diversos interesses da coletividade, promovendo a harmonização financeira destes[322].

Segundo Ingo Wofgang Saret e Marina Filchtiner Figueiredo[323], a reserva do possível possui uma tripla dimensão: **a)** a primeira, ligada à existência e disponibilidade fática de recursos financeiros para consecução dos direitos fundamentais; **b)** a segunda, conexa à disponibilidade jurídica dos recursos públicos, ou seja, a existência de previsões orçamentárias, dotações financeiras específicas, competência e legitimidade do agente público para dispor e gastar do dinheiro público; **c)** a terceira, relacionada à razoabilidade da demanda feita em relação ao Estado, aos seus custos-benefícios para o indivíduo e para a coletividade.

Efetivamente, não há dúvida de que o dinheiro público não existe em uma conta bancária, esperando para ser utilizado conforme os gastos da administração surgem O orçamento público não é uma previsão geral de recursos à disposição do Poder Público em um dado ano, mas encontram-se já alocados relativamente à determinadas áreas, determinadas atividades ou determinados gastos. Em outras palavras, todo o recurso público previsto no orçamento já nasce com uma destinação específica. Isto se traduz no âmbito do direito financeiro no princípio do equilíbrio orçamentário, o qual enuncia que para todo gasto deverá haver uma fonte de recursos[324]. Assim, uma vez definido o orçamento público de certo ano, surge uma efetiva impossibilidade jurídica de alterá-lo[325] (excetuado, obviamente, os casos em que é possível fazer uma realocação de recursos públicos dentro de uma mesma dotação). O que certamente dificulta o cumprimento de decisões judiciais pelo administrador.

Examinando a questão sob este prisma, é razoável que se exija certa parcimônia em relação às decisões judiciais que condenem o Poder Público a uma obrigação de fazer consistente na concretização de um determinado direito. O Poder Judiciário, ao ordenar que a Administração, crie e custeie determinada política pública, a qual não era, até então, planejada (e, portanto, não contava com previsão dentro do orçamento público), obriga o administrador a aplicar recursos que estariam destinados a outros fins sociais. Lembra-se, as decisões judiciais não ampliam os cofres públicos ou criam receitas novas, de maneira que acabam colocando sob

---

[322] Julgamento disponível em: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html. Último acesso: 14/05/2022.
[323] SARLERT, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In* Sarlet, *In*go Wolfgang. Timm, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, P. 30.
[324] GRADVOHL, Miche André Bezerra. *Direito constitucional financeiro*: *Direitos Fundamentais e Orçamento Público*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, P. 127/129.
[325] LOPES. José Reinaldo Lima. *Em torno da "reserva do possível"*. Op. Cit. P. 160 e 161.

mais estresse o já justo e finito orçamento estatal. Essa situação afeta e dirime o direito daqueles grupos não favorecidos pela intervenção judicial, os quais acabam por sofrer com as consequências da falta de verbas públicas.

Vale ainda ressaltar que as limitações financeiras e orçamentárias se relacionam com os desafios inerentes à própria organização administrativa do Estado. A realização de uma política pública, em razão da sua própria natureza difusa, não é tarefa a ser executa em um único instante, por meio de um único ato. Ao contrário, ela é muito mais um processo formado por uma sequência de múltiplos atos concatenados, que parte desde a concepção das medidas a serem adotadas, o planejamento das ações, a organização dos recursos e burocracia estatual, até a sua efetiva execução (chamado de "ciclo das políticas públicas"). Nesse sentido, as sentenças que demanda a correção ou implementação de uma dada política pública não implica em uma simples e única obrigação de fazer (mesmo que o dispositivo da sentença assim faça parecer), mas sim na exigência da criação de uma série de processos administrativos, os quais se desenvolvem sob o pressuposto da racionalidade estatal[326]. Ela se trata, no mais das vezes, de "sentenças materialmente complexas", conceito desenvolvido por Samuel Alvarenga e utilizado para fazer referência àquele tipo de sentenças prolatadas em litígios com alta carga de conflituosidade e de complexa condução, as quais acabam buscando a reforma de uma estrutura, uma realidade fática, a fim de permitir a concretização de um direito fundamental (trata-se de conceito que se estriba na noção de "decisão estrutural", que veremos mais adiante)[327].

Em razão destes fatos, a execução de uma sentença contra a Administração Pública em litígios que envolvam políticas públicas pode enfrentar uma série de desafios. Como aponta a doutrina, a efetivação do direito à políticas públicas adequadas encontra dificuldades tanto em razão dos custos materiais e econômicos envolvidos, mormente as diversas necessidades que devem ser atendidas pelo Estado brasileiro simultaneamente, quanto pela falta de uma tutela global e sistematizada desse tipo de demanda, que acaba pulverizada em diversas ações pseudosindividuais, impedindo a sua tutela molecular, com uma visão geral do quadro da Administração Pública[328]. Dessa forma, a intervenção judicial que acaba falhando em tomar em consideração estes fatores, pode gerar o risco de uma "desorganização administrativa" criada

---

[326] CARVALHAES. Andreia Schneider Nunes. *Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais*. Op. Cit. P. 57/63.
[327] ALVARENGA, Samuel. *Crise do processo coletivo brasileiro: sentenças materialmente complexas contra a Administração Pública.* Op. Cit.. P. 143/145.
[328] LIBERAL, José Roberto Bernardi. *Intervenção jurisdicional nas políticas públicas: mecanismos processuais de controle e efetivação*. Op. Cit. P. 121.

por decisões judiciais fragmentárias e desconexas, minando a capacidade do Estado de planejar e executar com eficácia outras políticas públicas[329].

Tal quadro é agravado pela relativa inadequação das técnicas habituais de execução para implementar estas sentenças materialmente complexas. De regra, pode-se citar como formas de fazer cumprir a obrigação de correção ou implementação de uma política pública: **a)** a imposição de multa (astreintes) contra a Administração Pública[330]; **b)** bloqueio dos valores necessários no orçamento estatal e ordem para adição de rubricas no orçamento financeiro seguinte[331]; **c)** utilização de medidas coercitivas como a prisão civil, responsabilização penal ou responsabilização na seara da improbidade administrativa[332]. Embora tais medidas sejam eficientes para alcançar a tutela adequada em obrigações de fazer comuns, não se coadunam com a realidade da estrutura administrativa e das ações necessárias à concretização de uma política pública. Isso porque não trazem, efetivamente, a entrega do bem jurídico que deva ser tutelado, mas servem apenas como um apoio, uma forma de conduzir o executado a realizar o comando contido na sentença. Além disso, é inegável que, em razão do próprio caráter difuso desse tipo de demanda, acabam por envolver diversos pontos de tensão e controvérsia, seja em razão do choque entre os interesses de diferentes grupos, seja em razão da dificuldade de se adequar a outras exigências derivadas do interesse público[333], os quais exigem do executado considerações ponderadas e devidamente planejadas.

No mesmo sentido, Sérgio Silveira Banhos[334]:

> [...] a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas enfrenta problemas de diversos matizes, em especial porque gera impactos no orçamento. De notar, ademais, que a Constituição não atribuiu ao Poder Judiciário competência originária para resolver questões relativas à alocação de recursos, ressalvada no que diz com a administração dos próprios órgãos judicias. Noutro passo, referidos poderes, somados ao de definir e implementar políticas públicas, foram estatuídos tanto ao Poder Legislativo quanto ao Poder Executivo. Soe-se a esses fatos a inadequação funcional

---

329 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *In* Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, n. 60, n. 188, 2009B. P. 45.

330 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.474.665/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/4/2017, DJe de 22/6/2017.

331 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.069.810/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe de 6/11/2013.

332 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivo I (teoria geral do processo coletivo)*. Op. Cit. P. 43/45

333 ALVENGA, Samuel. *Crise do processo coletivo brasileiro: sentenças materialmente complexas contra a AdmInistração Pública* . Op. Cit. P. 225/227.

334 BANHOS, Sérgio Silveira. *Discricionariedade, orçamento, direitos fundamentais e Estado Constitucional* . Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. P. 115.

> do Poder Judiciário no enfrentamento de matérias relativas às políticas públicas: o Poder Judiciário não tem o corpo funcional especializado para a definição de políticas públicas, procedimento que demanda análise técnica de relevo e continuada.

Por óbvio que não estamos aqui a defender que a reserva do possível ou as dificuldades da organização Administrativa do Poder Público sirvam de escudo para justificar a culposa ineficácia ou omissão na concretização de certos direitos fundamentais. Não temos dúvidas de que, especialmente, no que tange a realização do mínimo existencial, há ampla legitimidade por parte do Poder Judiciário de impor obrigações de fazer a fim de garantir a entrega dos bens jurídicos mais essenciais à dignidade humana. Em verdade, o que se espera traduzir aqui é que esta intervenção não é uma tarefa fácil. Embora tais fatores não possam afastar a responsabilidade do Estado, é certo que devem ser consideradas pelo magistrado, se, efetivamente, deseja-se cumprir com todas as funções inerentes a jurisdição, entre elas, a promoção da devida tutela material e a realização da justiça não somente dentro do processo, para as suas partes formais, mas em um contexto também extraprocessual, a partir da noção pamprocessulaista que é pressuposto desse trabalho.

5.4. **A dificuldade no exame dos fatos e prognoses legislativas e administrativos**

Já demonstramos que as políticas públicas se inserem dentro da classe dos atos discricionários. Na mesma oportunidade apontamos que a discricionariedade não se confunde com a liberdade, mas, ao revés, é mais limitada vez que apenas se apresenta quando o agente público pode escolher entre duas ou mais opções igualmente adequadas à tutela do interesse público. Não só, também deixamos claro que esta discricionariedade pode surgir de diferentes causas, seja em razão da hipótese de incidência da norma, do comando da norma ou até mesmo da sua finalidade. Ocorre que deixamos de explorar uma importante questão sobre o assunto, qual seja, a interação entre o fato e a norma para a configuração da discricionariedade. Esta omissão foi proposital a fim de trabalhá-la com mais detalhes agora.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, não basta invocar a expressão legal, a qual concede, em tese, ao administrador a prerrogativa de optar entre diferentes soluções, para que esteja configurado a discricionariedade. A admissão da discricionariedade no plano da norma é mera condição para que esta possa se manifestar, mas não é elemento suficiente para tanto[335]. A discricionariedade só está efetivamente presente quando observamos o caso

[335]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Op. Cit. P. 36. /38.

concreto, o plano dos fatos. É apenas tomando conhecimento dos fatos que poderemos dizer com certeza que se existia um leque de opções igualmente válidos que poderiam ser adotadas. Por exemplo, uma norma pode estipular que um agente público pode tomar as ações "A", "B" ou "C" frente a determinada hipótese; no entanto, no momento que ocorre essa hipótese, as ações "B" e "C" se demonstram, diante do contexto fático, completamente inócuas. Nessa situação não há que falar em discricionariedade, se o agente escolher outra opção que não "A", ele estará a praticar um ato inválido, passível de ser revisto pelo Poder Judiciário.

Neste diapasão, o controle dos atos discricionários (sejam eles administrativos ou legislativos) passa por um intenso exame entre meios e fins. O exame da constitucionalidade de uma política pública não se resume, portanto, a somente a um processo de contraste abstrato entre ela e o parâmetro constitucional. Este exame é muito mais profundo, exigindo que o magistrado adentre na avaliação dos próprios fatos que ensejaram a adoção da medida. O conhecimento da situação fática e averiguação da avaliação feita pelo legislador e pelo administrador destes mesmos fatos, são condições indispensáveis para se decidir se a escolha feita frente a caso concreto foi juridicamente válida ou não. Se essa escolha está dentro do mérito administrativo ou legislativo, representando um exercício legítimo da discricionariedade, ou viola os parâmetros legais e constitucionais. Neste sentido, um dos principais instrumentos de controle é o princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, destaca José Adércio Leite Sampaio[336]:

> [...] As decisões tomadas que se materializam em leis e conformam as políticas públicas, no âmbito mesmo das agências reguladoras, devem ser fundadas em sólidas razões empírico-científicas, a revelarem a correção das previsões que promovem, bem como terem sido fruto de uma discursividade inclusiva o mais amplo possível com os diversos segmentos sociais potencialmente afetados (DYZENHAUS, 2015; VAN AEKEN, 2018). Os elementos técnicos, empíricos, científicos e discursivos passaram a integrar os chamados "fatos legislativos" que podem e devem ser investigados pelas cortes da jurisdição constitucional.

Em verdade, seria mais correto denominá-lo como um postulado e não como princípio. Conforme Humberto Ávila, os postulados são normas sobre normas (metanormas), exatamente por isto se caracterizam por se encontram em um plano diferente das regras e dos princípios, direcionando-se diretamente ao intérprete, a fim de estabelecer a forma de aplicação ou interpretação de outras normas jurídicas. Mais especificamente, a proporcionalidade e a

[336] SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Supremo Tribunal Federal e as prognoses do legislador*. *In*. Cadernos de Programa de Pós-Graduação em Direito PPFGDir./UFRGS, vol. XV, n. 02, 2020, P. 283.

razoabilidade se consubstanciam como postulados normativos aplicativos, de maneira que definem critérios de como outras normas devem ser aplicadas, servindo para solucionar problemas concretos que surgem durante a atividade interpretativa. Assim, diversamente dos princípios, os quais propõe um fim a ser alcançado, tais postulados estabelecem a estrutura por meio do qual se deve realizar o dever de promover este mesmo fim[337].

Isto posto, o fundamento do postulado da proporcionalidade no Brasil está, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no princípio de devido processo legal (art. 5º, inc. LIV)[338]. Isto porque, segundo a faceta substancial de tal princípio, o processo devido não é só aquele que segue as normas formais exigidas, mas que sim aquele que é capaz de gerar decisões substancialmente devidas[339]. Dessa forma, o legislador, em sua atividade discricionária de conformação da Constituição (e o administrador na atividade de conformação da lei), se submete à chamada "vedação do excesso". Significa dizer, só pode adotar medidas que sejam não só legítimas do ponto de vista dos meios utilizados e dos fins perseguidos, mas também que gozem de adequação para consecução de seu objetivo e cuja utilização se demonstre necessária[340]. Além disso, é preciso também que observe a "vedação da proteção insuficiente", o segundo lado do postulado da proporcionalidade. Ao legislador e ao administrador são colocados verdadeiros deveres de proteção relativamente a certos bens jurídicos, de maneira que não podem deles se esquivar, sendo omissos ou atuando aquém daquilo que é deles esperados pela Constituição. Assim, a conduta estatal insuficiente, que não promove este dever de proteção de maneira eficaz e adequada, também viola a proporcionalidade[341].

Naquilo que tange os elementos integrantes do postulado da proporcionalidade, ou seja, os critérios por ele utilizados para conduzir a aplicação das normas jurídicas, ao menos sob a ótica da proibição do excesso, o intérprete deve passar por três balizas distintas para averiguar a proporcionalidade de um certo ato: o exame de adequação, o exame de necessidade e o exame de proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Humberto Ávila[342], o exame de adequação

---

[337] ÁVLIA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. Cit. P. 164 e 176/178.
[338] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. P. 225.
[339] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Op. Cit. P. 92
[340] MENDES, GIlmar Ferreira. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. P. 227
[341] SARLET, *In*go Wolfgang. MAR*IN*ONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* Op. Cit. P. 223/224.
[342] ÁVLIA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* Op. Cit. P.206/220.

pode ser traduzido pela pergunta: o meio promove o fim? Aqui o que desejamos saber é se há uma relação empírica entre meio e fim, ou seja, o meio deve ser capaz de contribuir para que se atinja o fim. Já no exame de necessidade, a pergunta que fazemos é: dentro os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro menos restritivo dos direitos fundamentais atingidos? Dessa forma, ele se consubstancia na verificação da existência de meios alternativos ao escolhido e na comparação entre estes. Deve-se sempre preferir o meio que leve ao menor grau de restrição entre os direitos fundamentais. Por fim, o exame de proporcionalidade em sentido estrito pode ser resumido na pergunta: as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio? Ele se dá com a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição promovida em relação aos direitos fundamentais

Observa-se, dessa sorte, que o controle da legitimidade de uma medida adotada pelo legislador e pelo administrador exige que se perquira sobre os fatos e sobre a avaliação feita por estes agentes no momento da sua tomada de decisão. Trata-se de uma noção inerente a ideia de "precedência condicionada" estabelecida pela teoria da ponderação de Alexy, intimamente interligada ao postulado da proporcionalidade, vez que essa é o instrumento usado pelo autor para examinar a validade do resultado do choque entre dois princípios. Ora, a precedência de um princípio sobre o outro (que dá origem a uma regra), não ocorre em abstrato, quando todos os princípios (valores jurídicos) tem peso semelhante, mas sim apenas no caso concreto, quando as circunstâncias fáticas são capazes de conceder a cada um uma importância diferenciada. A relevância do contexto do caso concreto é tamanha para o devido exame da proporcionalidade quevé indicada pelo autor em dois momentos. Primeiro, na enunciação da sua segunda lei do sopesamento: "quanto maior o grau de intervenção de um princípio, maior deve ser o grau de certeza nas bases epistêmicas em que ela se funda". Ou seja, restrições sensíveis aos direitos fundamentais devem estar fundadas em bases científicas e fáticas fortes. Segundo, na existência de uma "discricionariedade epistêmica", hipóteses em que não seria possível, a partir do sopesamento entre valores jurídicos, indicar qual o valor jurídico deverá se impor, em razão da incerteza que paira sobre os fatos, devendo prevalecer a vontade do legislador[343].

Vemos, portanto, que é de certa maneira inerente ao controle de constitucionalidade a valorização acerca dos fatos tomados em conta pelo administrador ou legislador e as previsões que estes fazem em relação às consequências dos seus atos (fatos e prognoses legislativos e

[343] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentas.* Op. Cit. P. 121/135 e 612/628.

administrativos). Esta não se trata de uma ideia desconhecida. Como indica Gilmar Mendes, embora em um momento histórico inicial houvesse uma forte defesa da ideia de que a competência das Cortes Constitucionais se limitava à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sedo estranha à investigação de elementos fáticos, esta posição foi superada a partir da constatação de que os elementos normativos e os fatos se apresentam de forma não diferenciada ou até mesmo inseparável. Dessa maneira, hoje, a aferição dos fatos legislativos constitui uma parte verdadeiramente essencial do controle de constitucionalidade, estando, pois, relacionados com a própria competência das Cortes Constitucionais[344].

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, podemos citar como importante precedente sobre o assunto a ADI 3510, no âmbito da qual o STF julgou a constitucionalidade da utilização de células-troncos embrionárias em pesquisas científicas. Para chegar a uma conclusão sobre o caso, o STF analisou uma série de evidências científicas e médicas, lastrando-se no parecer e manifestações de diversos "amicus curie", bem como na realização de amplas audiências públicas[345]. De forma análoga tivermos a decisão da ADPF 54, a qual tratava da constitucionalidade da subsunção da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos aos arts. 124 e 125 do CP. Novamente, o STF lançou de várias audiências públicas ocorridas em 26 e 28 de agosto e 04 e 16 de setembro do ano de 2008. No âmbito destas audiências forma ouvidas entidades religiosas e sociais, bem como entidades científicas. Foi com lastro nestas manifestações de ordem técnica que o STF pode analisar a abrangência do comando incriminador das citadas normas penais, bem como, sobre a incidência ou não do âmbito de proteção do direito fundamental à vida e a sua eventual colisão com outros direitos fundamentais, especialmente os titularizados pelas mulheres, no caso concreto[346].

No entanto, inobstante estes exemplos, José Adércio Leite Sampaio aponta que a maior parte das Cortes Constitucionais ainda vacilam em assumir completamente a função de examinar os fatos e as prognoses feitas pelo legislador e pelo administrador. Ao revés de promover uma avaliação direta e expressa dos fatos e prognoses legislativos, as Cortes Constitucionais preferem lançar mão de vias obliquas, mais consolidadas na prática jurídica.

---

[344] MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*. *In.* Revista Jurídica Virtual, vol. 1, n. 08. P.06

[345] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 3510/DF. Rel. M*In.* Carlos Ayres, julgamento em: 29/5/2008. Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/pag*In*adorpub/pag*In*ador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Último acesso: 22/08/2023.

[346] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 54/DF. Rel. M*In.* Marco Aurélio. Julgamento 12/4/2012d. Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/pag*In*adorpub/pag*In*ador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> . Último acesso: 22/08/2023.

Neste sentido, observa-se que há uma preferência por fundamentações com base em postulados como a razoabilidade e a proporcionalidade ao invés de incidirem diretamente sobre as avaliações promovidas pelo legislador de modo a indicar suas insuficiências. Isto não significa dizer, como aponta o autor, que as Cortes, na própria implementação de tais postulados, não acabem cumprindo com esta tarefa de exame das razões apresentadas pelo legislador para sua decisão. Muito pelo contrário, como indicamos, o exame de proporcionalidade acaba por exigir um minucioso exame do contexto fático para ser realizado[347].

Com efeito, não há como negar que será inerente ao controle de qualquer política pública, especialmente para o fim de aferir a sua observância à vedação da proteção insuficiente de um direito fundamental, a realização de um controle dos fatos e prognoses do legislador e do administrador. Ocorre que não se trata de tarefa fácil. Observe que nos exemplos dados, em que um exame desse tipo foi implementado; o STF sempre lançou mão de uma ampla participação popular, contando com o subsídio de peritos sobre o assunto. Tais circunstâncias raramente se apresentam em ações ordinárias no âmbito do controle de políticas públicas. Ao contrário, o rito comum tende a concentrar o debate apenas entre o juiz e as partes do processo (de regra, o Estado, o Ministério Público ou a Defensoria Pública). Sem prejuízo a eventual perícia destes atores processuais, não há dúvida que há um claro limite na cognição do magistrado, impedindo que possa exercer, na amplitude necessária, o exame da necessidade ou de adequação da política pública posta frente à Constituição.

Mesmo que seja verdade que o processo coletivo tem ume escopo mais amplo que o processo individual, sendo mais adequado para lidar com demandas que envolvam a implementação e execução de políticas públicas, ela ainda fica aquém do necessário. Isto porque, como já indicamos em capítulo precedente deste trabalho, o processo coletivo ainda tem em seu núcleo institutos criados para lidar com demandas individuais. A crítica na doutrina segue exatamente esse sentido. Argumenta-se que o processo brasileiro ainda parece pouco adequado à apreciação de demandas que tenham como objeto a realização de políticas públicas, vez que não privilegia um processo dialógico, multilateral e horizontalizado indispensável à solução adequada desse tipo de litígio[348]. Como anota Sério Arenhart, as políticas públicas reclamam uma atuação multidisciplinar dialógica, dinâmica, apta a coordenação diversos

[347] SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Supremo Tribunal Federal e as prognoses do legislador*. Op. Cit. P. 248
[348] ALMEIDA, Marcelo Pereira de. DEUS, Fernanda Barroso de. *Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequad*o. *In.* Revista de Processo, vol. 289. São Paulo: RT, 2019. P. 270

interesses e se adaptar as dificuldades práticas diárias da Administração Pública. Exigências estas que não podem ser supridas com os instrumentos processuais hoje disponíveis[349].

Em verdade, a precariedade do exame das circunstâncias fáticas (para além da análise dos fatos alegados no processo sob a prima do ônus processual) pode ser vista, de modo geral, como uma falha que macula o processo judicial brasileiro. Como argumenta Marcelo Guedes, os juristas estão acostumados a estudar o Direito sem dar grande preocupação com o seu resultado prático, vez que são treinados desde a graduação a discutir apenas os sentidos hipotéticos de uma norma dentro de uma visão, em grande medida, abstrata ou de casos meramente ilustrativos. Os estudos do Direito, em muitos casos, se limitam a compilação de citações bibliográficas, sem o uso ou exame de dados estatísticos; como consequência, o jurista tem amplo conhecimento teórico sobre a norma que deve aplicar, mas tem um conhecimento muito limita quanto ao que se passo, efetivamente, no mundo exterior[350].

Assim, acaba por se questionar; existe a possibilidade de tornar o processo coletivo como um ambiente mais adequado ao controle de políticas públicas?

---

[349] ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão.* Op. Cit. P. 1103.

[350] NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode re*inventar *o Direito.* Revista dos Tribunais, 2016. P. 26.

CAPÍTULO IV – O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURA: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO?

1. Conectando os pontos: dos litígios coletivos relativos às políticas públicos ao processo coletivo estrutural

Descrevemos anteriormente os desafios inerentes ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, inobstante reconhecermos a sua legitimidade e necessidade. Deveras, parece-nos que grande parte dos desafios que surgem quando o Poder Judiciário se debruça sobre o tema das políticas públicas é decorrência da existência de um "déficit" procedimental. Significa dizer, o paradigma processual tradicional não é capaz de lidar de maneira adequada com a conflituosidade e complexidade inerente a esses conflitos, mostrando-se, de regra, inadequado, salvo para a concessão de medidas individuais, que beneficiam poucos e não solucionam de maneira efetiva o problema subjacente. Isto ocorre porque o processo civil é pensando, de regra, sob uma perspectiva individualista, a qual acaba por influenciar em muito o próprio processo coletivo, como já mencionamos e explicamos anteriormente.

De fato, a tutela que se dá aos litígios decorrentes de políticas públicas acaba por banalizá-los. Transforma-se uma questão que gira entorno da realização de uma justiça distributiva, em que se vê a necessidade de alocar de maneira eficaz e suficiente recursos públicos considerando diferentes interesses e uma intrincada realidade fática, em uma demanda cuja questão de fundo se resume na existência ou não de um direito subjetivo do autor em face do Estado. Ocorre, portanto, uma ocultação do verdadeiro conflito[351]. Nos seus moldes mais tradicionais, a decisão do juiz se limita a concessão, em todo ou em parte, do pedido ou em sua rejeição, limitando a escolher entre a posição jurídica defendida pelo autor ou pelo réu[352]. Este

[351] ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão.* Op. Cit. P 1104.
[352] ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In* Revista de Processo, São Paulo. Vol. 225, p. 389/410, nov., 2013, P. 340.

tipo de decisão jurisdicional não se coaduna com a tutela jurisdicional que se espera de uma política pública, a qual exige uma verdadeira transformação da realidade.

Neste prisma, vale destacar o escrito por Gustavo Osna, o qual coloca em perspectiva a realidade do modelo clássico de processo civil[353]:

> Em outras palavras, as ideias então predominantes fizeram com que a atividade jurisdicional, pensada apenas para acertar conflitos lineares entre "A" e "B", assumisse uma posição secundária e teoricamente neutral. Acredita-se que caberia ao julgador unicamente pacificar disputas bilaterais entre dois sujeitos, e que a declaração do sentido da lei seria o bastante para esse fim. [...] Em síntese, ao se deparar com um determinado conflito, caberia ao magistrado atuar de maneira rigorosamente restrita às previsões legais aplicáveis. Sem que entrassem no palco aspectos como a pluralidade interpretativa, considerava-se quase caminho era o unicamente legítimo, conferindo posição de prevalência a legislação escrita. Em seu conteúdo, a decisão judicial deveria se limitar à vontade do legislador; em sua forma, também deveria observar unicamente as alternativas expressamente previstas no texto legal.

As políticas públicas, enquanto litígios coletivos complexos, exigem uma atuação jurisdicional diferenciada. Elas demandam uma tutela molecular, que tome em conta a totalidade do problema enfrentado e cuja solução somente pode ser alcançada por "in puts" de vários campos do conhecimento (administrativo, orçamentário etc.). Assim, elas necessitam da construção de espaços onde os diferentes grupos afetados possam se manifestar, além de exigir a consideração acerca dos efeitos de curta e longa duração que podem derivar das soluções escolhidas. Com efeito, o processo civil brasileiro não parece estar, até o momento, a altura de cumprir com esta tarefa. Nesse sentido já criticava Ada Pellegrini Grinover[354]:

> Quanto ao despreparo do juiz pelo desconhecimento de questões técnicas, como as orçamentárias ou até mesmo o planejamento da administração para as políticas públicas de determinadas áreas e de sua implementação progressiva, que devem servir de norte para decisões coerentes, equilibradas, justas e exequíveis, reconhece-se que hoje, principalmente no Brasil, o juiz está mal-informado, isolado, sem assessorias especializadas, distantes da administração e até de outros juízes ou tribunais que enfrentam questões semelhantes

---

[353] OSNA, Gustavo. *Nem « Tudo », nem « nada » - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo [org.]. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. P. 495.

[354] GRINOVER, Ada Pelle*grini*. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas no* Brasil. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: JusPodivm, 2017.P. 440.

Já dissertamos anteriormente sobre a questão da necessidade da construção de um novo modelo de tutela coletiva para tutelar adequadamente os litígios coletivos complexos contemporâneos, motivo pelo qual não nos estenderemos sobre o tema. No entanto, gostaríamos de chamar especial atenção para a imprescindibilidade de pensarmos em um paradigma processual coletivo diferenciado para tutelar as políticas públicas. Isto porque é a existência deste déficit procedimental que acaba facilitando a existência de tantos desafios e preocupações acerca do tema (em muitos casos legítimas), as quais expomos anteriormente. Em verdade, a recalcitrância do Poder Público em estabelecer um procedimento especial para tutelar esse tipo de litígio coletivo constitui uma verdadeira omissão inconstitucional.

Primeiro, porque esta ausência ofende o direito a um processo justo. De acordo com Daniel Mitidiero, tal direito pode ser extraído do art. 5º, inc. LIV, da CR, tratando-se de verdadeiro direito fundamental[355]. Nesse sentido, em seu conteúdo, o direito a um processo justo fixa o modelo mínimo de conformação do processo, impondo ao Estado (nas suas funções legislativa, judiciário e executiva) o dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos, classificando-se, assim, enquanto um direito à organização e ao procedimento. Dessa sorte, não é possível definir em abstrato o que significa um processo justo; cada caso, cada direito, exigirá um perfil de processo distinto. Por essa razão, o direito em comento se substancia em uma cláusula geral – uma espécie normativa que prevê um conceito indeterminado em seu antecedente e não delimita com precisão o seu consequente – dando maior amplitude de atuação ao aplicador do Direito para defini-lo conforme às exigências concretas. Neste prisma esclarece o mencionado autor que o direito ao processo justo é reconhecido como um modelo em expansão (com o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável (assumindo diversas formas, conforme a necessidade do caso concreto) e perfectibilizáveis (passível de aperfeiçoamento pelo legislador)[356].

Segundo, porque desafia a eficácia dos direitos fundamentais dentro de uma perspectiva objetiva. Ora, se é verdade que em sua função objetiva os direitos fundamentais, possuem uma "mais-valia", a qual pode impor, inclusive, a obrigação de criar procedimentos e instituições; a

[355] A fundamentalidade do direito a um processo justo é verificada não só do ponto de vista formal (ou seja, em razão de estar prevista na Constituição, mais especificamente, no rol de direitos individuais do art. 5º), mas também sob o aspecto material, significa dizer, em razão de sua proximidade com a dignidade da pessoa humana. Não há dúvida de que, não basta garantir os direitos materiais aos *In*divíduos, é preciso lhes dar *In*strumentos jurídicos capazes de tutelá-los de maneira adequada, efetiva e em tempo razoável contra eventuais violações e ameaça.

[356] MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil no Brasil, entre a Constituição de 1988 e o código reformado*. *In* MARX NETO, Edgard Audomar [et. al.] [org.]. Processo civi contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense: 2018. P. 49/50

sua plena realização depende da existência de um processo judicial capaz de protegê-los adequadamente diante de situações de ameaça e lesão, em especial quando de natureza coletiva. Assim, mesmo se não existisse um direito fundamental a um processo justo, a exigência da construção de um processo coletivo adequado derivaria do conteúdo dos demais direitos fundamentais, cujo gozo e exercício é colocado em xeque quando se verifica a omissão ou a falha na implementação ou execução de uma política pública.

Terceiro, porque contraria uma visão de justiça pamprocessual exigida de uma teoria de Direito Processual comprometida com a ideia de instrumentalidade e de legítima solução dos litígios, aplicação do direito e pacificação social. Trata-se da perspectiva pamprocessualista que já trabalhamos anteriormente. Ao analisar a questão da concretização da justiça sob um prisma amplo, percebemos que não basta garantir apenas a esse ou aquele indivíduo, no bojo de duas ou mais ações individuais, o cumprimento dos direitos fundamentais que deveriam ser entregues por uma política pública, enquanto a grande maioria das pessoas – as quais não conseguem acesso facilitado ao Poder Judiciário – tem os seus direitos tolhidos. Há um efetivo desperdício de recursos públicos quando o Poder Judiciário se debruça sobre uma centena de ações individuais ou coletivas, as quais nada mais fazem que remediar as consequências da lesão coletiva, quando seria possível tratar da causa em um processo molecular.

Quarto, porque contradiz a própria lógica e essência do processo coletivo. Como já trabalhamos, a tutela coletiva pretende a tutela da própria cidadania, a realização das promessas constitucionais. Ela se caracteriza como um processo pelo qual se torna possível aos grupos influir na condução e decisões do Estado, garantindo que aqueles direitos e interesses, especialmente sub-representados no esquema político, possam ser considerados no processo de escolha de soluções para problemas públicos. Dessa forma, manter os moldes do processo coletivo vinculado a um paradigma individual, o qual se mostra incapaz de adequadamente tratar um litígio coletivo de grande relevância social, como são os litígios que envolvem políticas públicas, é negar a própria natureza da tutela coletiva. É preciso permitir que o processo coletivo se adapte (como é natural ao mesmo, tendo em vista princípios como o da máxima efetivada da tutela coletiva) tornando-o uma força para a efetiva concretização de direitos fundamentais e não um instrumento que embarace a sua consecução.

É compreendendo esta realidade que podemos começar a teorizar sobre o processo coletivo estrutural.

1.1. Processo coletivo estrutural: entendendo o conceito.

A teoria do processo coletivo estrutural se fundamenta sobre a premissa de que as nossas vidas são substancialmente influenciadas por estruturas organizacionais públicas ou privadas (p. ex.: serviços públicos, grandes empresas etc.). Neste sentido, dentro dos esquemas de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, em que os direitos fundamentais são tomados em sua faceta objetiva, enquanto imperativos sociais e políticos, irradiando os seus efeitos tanto em relação ao Poder Público quanto em relação aos particulares, tais estruturas devem, necessariamente, se adequar aos valores constitucionais. Afinal, a Constituição se estabelece enquanto o núcleo axiológico de todo o ordenamento jurídico, o ápice das aspirações da sociedade como um todo, buscando influenciar e transformar esta.

Com efeito, podem ocorrer situações em que essas organizações públicas ou privadas acabam padecendo de certas falhas (seja em decorrência da sua má-administração dolosa, seja em razão de uma falta de planejamento ou até mesmo em virtude de fatos extraordinários que impedem ou deturpam as suas operações ordinárias), desvirtuando-se de seus fins constitucionais, aos quais se destinam. Nestas situações, a operação faltosa ou ineficiente destas organizações pode gerar danos de natureza coletiva, que vulneram em massa os direitos fundamentais de diferentes pessoas. Imagine, por exemplo, um hospital público, o qual encontra-se em estado de decadência, desprovido tanto da infraestrutura quanto do pessoal necessário para garantir a adequada prestação de serviços à população que dele depende.

Tais situações não são, na maior parte das vezes, resolvíveis por meio do processo civil comum, tanto em razão de seu enfoque em litígios individuais (como já vimos anteriormente) quanto em razão da complexidade deste tipo de conflito, vez que as falhas que impedem o correto funcionamento dessas organizações decorrem ou tem origem em defeitos em suas próprias estruturas e ordenação. Assim, a tutela jurisdicional desses casos acaba exigindo muito mais do que condenação em um "fazer ou não fazer"; ela demanda verdadeiras "reformas estruturas", reordenação promovidas pelo Poder Judiciário, a fim de permitir a sua readequação aos escaninhos da Constituição e Justiça.

Neste sentido, escreve Owen Fiss:

> A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduo, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser

> totalmente assegurados sem mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes[357].

Deveras, o processo coletivo estrutural é uma forma de atuação jurisdicional que busca dar uma resposta efetiva a este tipo de problema. De acordo com Edilson Vitorelli, podemos definir o processo coletivo estrutural como uma espécie de processo coletivo cuja pretensão é, justamente, reorganizar uma estrutura pública ou privada que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos em razão do modo como funciona. Assim sendo, o que caracteriza, portanto, um processo estrutural, na visão do autor, é ter como um objeto o que chamou de litígio estrutural[358]. Os litígios estruturais são aqueles decorrentes de como uma organização burocrática de significativa penetração social opera, fazendo parte da classe dos litígios irradiados, cuja definição já analisamos anteriormente[359].

Na mesma linha segue Mariela Puga, para quem, os litígios estruturais, objetos do processo coletivo estrutural, se qualificam pela: **a)** intervenção de múltiplos atores processuais; **b)** existência de um coletivo de afetados que não intervém no processo judicial, mas que são representados por alguns de seus pares ou atores legalmente autorizados; **c)** presença de uma causa que determina a violação de direitos em escala, a qual se apresenta como uma regra legal, uma condição ou uma situação social que vulnera interesses de maneira sistemática e estrutural, embora nem sempre homogênea; **d)** existência de uma organização estatal ou burocrático que funciona como o marco da situação ou condição que viola os direitos **e)** invocação ou aplicação de valores de caráter constitucional ou público com propósitos regulatórios em nível geral e/ou demandas de direitos econômicos, sociais ou culturais[360].

Em sentido semelhante, mas não idêntico, Fredier Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira definem o processo coletivo estrutural como aquele em que se veicula um problema estrutural, pretendendo-se alterar um estado de coisas não desejado e substitui-lo por um estado de coisas ideal. Ou seja, ele tem por objeto uma situação de ilicitude continua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, mas que

---

[357]FISS, Owen. *As formas de justiça*. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 120
[358] VITORELLI. Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Op. cit. P. 69
[359] Ibidem. P. 60 e 64
[360] PUGA, Mariela. *Litigio Estructural.* Tese (Doutorado em Direito). Facultad de Derecho de la Universidade de Buenos Aires, Argent*In*a, Bueno Aires, 2013. P. 15.

não está em acordo com o que seria considerado ideal dentro do prisma valorativo jurídico, de maneira que necessita ser reorganizado. A finalidade do processo coletivo estrutural, portanto, é promover a passagem de um estado de coisas para outro, primeiro declarando que existe um problema a ser solucionado, bem como qual é o resultado que se almeja atingir, e, depois, estruturando os meios para alcançar o objetivo delimitado[361].

Nesta perspectiva, interessante visão é trazida por Matheus Souza Galdino, segundo quem, o processo coletivo estrutural se define por ter como fim uma transição entre estados de coisas, a qual não é realizável de modo imediato e cujo tempo, modo e grau de concretização devem ser definidos processualmente. Nas palavras do autor, o processo coletivo estrutural se desenvolve em uma relação meio-fim. Primeiro, partindo de uma constatação dos direitos não efetiváveis e carentes de tutela no estado de coisas atual, é fixado um estado de coisas futuro, o qual se deseja alcançar (fim). Esta definição acerca do estado pretendido é feita por uma norma-princípio, a qual é dotada de inerente flexibilidade, permitindo a sua modificação para manter a proporcionalidade em relação aos direitos que se deseja tutelar. Segundo, são editadas uma série de "normas-regras", as quais definem as ações que devem ser tomadas para possibilitar a passagem de uma situação à outra (meio)[362].

Dessa sorte, o processo coletivo estrutural trata-se de uma espécie de processo que se desenvolve para o futuro, buscando solucionar o litígio como um todo da maneira mais integral possível, atacando diretamente às suas causas[363]. Para tanto, a doutrina indica que ele deve ser marcado pela realização de audiências públicas ou mesas de diálogo para ouvir as distintas vozes e possibilitar o atendimento dos anseios e interesses da comunidade, antes mesmos que qualquer solução seja buscada. Não só, para além de uma participação social efetiva, o processo coletivo estrutural deve prezar pela ampla colaboração entre os atores processuais, com a participação de técnicos e especialistas nas diversas áreas de conhecimento envolvidas. Esse processo dialógico deve culminar na elaboração de um plano de reestruturação a partir da

---

[361] DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. *In* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 75, 2020. P. 104, 107 e 109.

[362] GALDINO, Matheus Souza. *Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade*. 2 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 236/243

[363] ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit. P. 390.

ponderação das várias alternativas possíveis e os seus efeitos pragmáticos, o qual será submetido a um processo continuado de fiscalização e reformulação[364].

De acordo com Edilson Vitorelli, o processo coletivo estrutural desenvolver-se-ia nas seguintes fases[365]:

A) A apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos;
B) A elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos, ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável;
C) A implementação do plano, seja de modo compulsório ou negociado;
D) A avaliação dos resultados da implementação para garantir o resultado pretendido no início do processo;
E) A reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais não previstos;
F) A implementação do plano revisto, reiniciando o ciclo, o qual continuará até a efetiva solução do litígio.

Dentro deste prisma, a doutrina cita como as principais características associadas aos processos coletivos estruturais: **a)** sua inerente flexibilidade, possibilitando a adaptação às particularidades de cada litígio, fator importante considerando a mutabilidade dos litígios estruturais; **b)** sua abertura à utilização de meios de intervenção de terceiro atípicos, como forma de garantir a devida representação processual dos grupos afetados; **c)** seu desenvolvimento em um procedimento bifásico: na primeira fase há a definição da existência de um litígio estrutural e de um plano de reestruturação, enquanto na segunda fase há a execução deste plano, com as adaptações e revisões necessárias; **d)** sua preponderância à consensualidade, desde o mérito até a adaptação do processo[366].

Isto posto, a multipolaridade seria uma característica do processo coletivo estrutural? Há uma divisão na doutrina acerca desse assunto. Existem doutrinadores que defendem a multipolaridade como característica inerente ao processo coletivo estrutural. É o caso, por

[364] CAMBI, Eduardo. WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. *Litígios complexos e processo estrutural.* Op. Cit. P. 56.
[365] VITORELLI. Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Op. cit. P. 69.
[366] DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Op. Cit. P. 107/108.

exemplo, de Sérgio Cruz Arenhart, para quem os litígios estruturais sempre trabalham com uma lógica de formação de diversos núcleos de opiniões a respeito do tema tratado[367][368]. Por outro lado, há autores que negam esta vinculação. Citamos como exemplo Matheus Souza Galdino, para quem, embora, de regra, os processos coletivos estruturais sejam multipolares, por imbricarem uma série de diferentes direitos na busca pelo estado de coisas almejado, esta não é uma característica imprescindível a sua tipificação. Isso porque, poderiam existir, na visão do autor, processos coletivos estruturais sem multipolaridades, em que se almeja a transição em direção a um fim, mas que não envolvem os interesses de diferentes grupos[369][370].

Para nós, é inerente a ideia de processo coletivo estrutural, a necessidade de se considerar diferentes núcleos de interesse[371]. Afinal, aderimos a visão de Edilson Vitorelli no sentido de que o objeto desse tipo de processo é um litígio coletivo do tipo irradiado, o qual implica na existência de uma série de direitos que se interconectam entre si em razão da lesão coletiva comum, mesmo que atinja cada um deles em graus diferenciados. Porém, isto significa que todo processo estrutural é multipolar? Não necessariamente. É plenamente possível que o processo estrutural se desenvolva de forma bipolar, apenas com um ator e réu. Adotamos, dessa forma, a posição de Mariela Puga, para quem, a presença de múltiplos atores processuais não constituem elementos definitivos da ideia de litigo processual, embora esse fato, de modo algum, o converta em elemento irrelevante em sua definição[372].

Todavia, ao reconhecer a possibilidade da existência de processos estruturais em uma estrutura não multipolar, não estamos a afirmar que essa seja a melhor configuração para a solução do litígio. Tendo em mente o princípio do devido processo legal coletivo (cujos

---

[367] ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de Interesses* concorrentes. Op. Cit. P. 800.

[368] No mesmo sentido; DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais.* 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácito, 2021. P.49.

[369] GALD*IN*O, Matheus Souza. *Processos estruturais: identificação, funcionamento e fInalidade*. Op. Cit. P. 260/261 e 270/271.

[370] No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Op. Cit. P. 111.

[371]

[372] PUGA, Mariela. *Litigio Estructural*. Op. Cit. P. 26. No mesmo sentido: "A policentria é nota característica desse tipo de lide, e evidencia os diversos atores processuais em igual patamar de protagonismo. Mais que isso, os sujeitos processuais precisarão, em igual medida, levar em conta os *In*teresses que não estão diretamente representados no processo, seja porque seus pleitos não foram atermados pelo legitimado que atua no processo, seja mesmo porque podem não ter sido, sequer, cogitados por ele. Em conflitos do tipo estrutural é de todo salutar a maior promoção da participação, que pode dar-se por *In*strumentos diversos, como as consultas, as audiências públicas, a admissão (ou solicitação oficiosa) de amici curiae, entre outros. " (NUNES, Leonardo Silva. COTA, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. *Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In* Revista Jurídica Luso-Brasileira, n. 05, 2019. P. 1060.)

contornos já trabalhamos anteriormente nesse trabalho), nos parece certo de que uma tutela jurídica efetivamente justa e adequada só pode efetivamente ocorrer quando dada a oportunidade para que todos os núcleos de interesse envolvidos nos litígios estruturais sejam devidamente considerados. Dada a inerente complexidade e conflituosidade que envolve esse tipo de litígio, é salutar que o processo se desenvolva em um ambiente com múltiplos atores processuais, os quais poderão contribuir para o debate, permitindo que a solução alcançada englobe, da melhor maneira possível, todos os direitos carentes de tutela.

Assim, em nossa visão, o processo coletivo estrutural é uma espécie de processo coletivo, o qual se debruça sobre um tipo específico de litígio irradiado, o litígio estrutural. A finalidade deste processo é levar a uma reforma de um estado de coisas do presente, em específico, de uma estrutura pública ou privada, cuja operação ocasiona uma violação coletiva de direitos, em descompasso com os valores constitucionais, buscando-se, ao final, atingir um estado de coisas ideal. Dessa forma, a implementação dessa reforma deve se dar através de um processo multipolar e flexível, que permita, primeiro, a identificação do estado de coisas a ser alcançado, e, posteriormente, a edição de uma série de medidas para atingir tal fim, o que deve ocorrer mediante ampla participação processual e negociação entre as partes.

1.2. Processo coletivo estrutural ou medidas estruturais? A adoção de um modelo experimentalista

Conhecendo o conceito de processo coletivo estrutural, bem como, algumas de suas características e nuances, é fácil verificar que, até o momento, não existe um verdadeiro regramento, devidamente positivado, que lhe preveja um procedimento específico a ser seguido. Por mais que alguns autores defendam a compreensão do processo de recuperação judicial e de falência enquanto um exemplo de processo estrutural[373], fato é que as normas da Lei n. 11.101/05 se limitam a nos dar um vislumbre de como esse modelo processual pode funcionar, servindo mais como fonte de inspiração do que como verdadeira regulamentação. A verdade é que, por hora, o processo coletivo estrutural não possui um rito definido, mas colhe de diferentes experiências e ideias as quais nascem de um esforço doutrinário e jurisprudencial conjunto para construção de modelos de tutela mais adequados à realidade dos litígios coletivos de natureza complexa, mutável e multipolar.

[373]DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Op. Cit. P. 116.

Dessa feita, a melhor forma de tratar do assunto seja talvez em pensar não em um processo coletivo estrutural bem definido e tipificado, mas sim em diferentes medidas estruturais que possam ser implementadas pelo juiz e outros atores coletivos. Neste sentido, a doutrina menciona a existência de diferentes técnicas especiais que permitiriam, em conjunto, a operacionalização deste tipo de processo. A doutrina cita, por exemplo:

(A) Técnica de limitação de cognição: as quais se destinam a segmentar a cognição judicial em diferentes momentos. A primeira etapa do processo estrutural deve-se voltar a constatação da existência do litígio estrutural e da definição do estado de coisas ideal que se deseja atingir. Assim sendo, nesse primeiro momento, a discussão deve ser centralizada sob estes fatos, afastando-se de outras discussões que apenas serviriam para embaraçar o processo. Uma vez definida a necessidade da implementação do processo estrutural, segue-se para uma segunda fase cognitiva, em que se define as medidas a serem adotadas e o seu modo de execução. Assim, a restrição do âmbito de cognição do juiz por fase do processo pode ser benéfica na medida em que o terna mais célere, uma ideia que já é adota em certos procedimentos especializados (ex.: os procedimentos possessórios);

(B) Técnicas postergatórias: entende-se por técnicas postergatórias aquelas que se destinam a "desafogar" o réu do processo coletivo estrutural. Como já explicado, os litígios estruturais (objeto do processo coletivo estrutural) são uma espécie de litígios coletivos irradiados, de maneira que implicam em uma violação dos direitos de um grande número de pessoas. Dessa forma, não é incomum que, em situações de falha estrutural de uma organização pública ou privada, o ente responsável por geri-la se veja inundado por uma maré de ações pseudoindividuais, as quais podem atrapalhar os esforços de reestruturação. As medidas postergatórias garantem que o réu terá tempo necessário para implementar as medidas necessárias para readequar-se aos valores constitucionais. Um exemplo é chamado "stay period", previsto na Lei n.11.101/05, art. 6°; trata-se do período de 180 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial em que todas as ações executivas contra o devedor são suspensas, de maneira a permitir que possa elaborar o plano de recuperação judicial;

(C) Técnicas executivas específicas: falamos aqui de técnicas próprias ao processo estrutural, que permitam a retenção da jurisdição cognitiva, de maneira que o juiz possa acompanhar e continuamente reavaliar o plano de reforma estrutural, tomando as medidas adequadas para as reais necessidades do caso concreto,[374].

Não só, podemos agregar outras ideias a este rol de técnicas decisórias. Temos, primeiro , as chamadas "sentenças com reserva". Estas tratam de provimentos judicias que são ainda incompletos em seu conteúdo, exigindo uma atividade cognitiva pós-sentença, dentro de uma lógica de fragmentação do mérito, permitindo que questões submetidas a juízo sejam tratadas de modo flexível no tempo[375]. Além disso, também pode-se fazer referência a chamada "decisão em cascata", uma técnica decisória pela qual o magistrado inicialmente profere uma decisão "geral", nuclear", a partir da qual uma série de outras decisões serão tomadas, conforme forem se apresentando a necessidade de se especificar ou alterar os meios de solução do problema estrutural [376][377]. Quiçá seja possível pensar até em técnicas de reunião de processo e fixação de competência, voltadas a definição de um juízo adequado para o julgamento dos litígios estruturais através do uso da cooperação judicial ou institucional[378][379].

Deveras, pensar em medidas estruturais ao revés de um processo coletivo estrutural estrito, permite compreender que a reforma estrutural, a tutela dos litígios estruturais, não se dá tão somente no âmbito judicial, mas também pode ocorrer de forma extraprocessual. De fato, há vários institutos vigentes no ordenamento jurídico, os quais estão atrelados a ampliação dos espaços de consensualidade dentro e fora do processo, que podem servir para implementação de medidas estruturais, sem a necessidade de grandes mudanças na regra do jogo, a partir da autocomposição[380]. Edilson Vitorelli, por exemplo, menciona alguns possíveis instrumentos para a promoção da reforma estrutural: as recomendações formuladas pelo Ministério Público

---

[374] GALDINO, Matheus Souza. *Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade*. Op. Cit. P. 202/222.

[375] VOGT, Fernanda Costa. PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. P. 433.

[376] ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual brasileiro*. Op. Cit. P. 493/494.

[377] Nesse sentido o enunciado 234 da III Jornada de Direito Processual Civil: "No processo estrutural, é pertinente a sucessão de decisões judiciais em etapas quanto à adequação, ao modo e ao prazo para a implementação das medidas de transição para a estrutura ideal."

[378] Nesse sentido o enunciado 231 da III Jornada de Direito Processual Civil: "A cooperação interinstitucional é uma forma de consecução dos processos estruturais e deve ser sempre estimulada."

[379] Nesse sentido: Vitorelli, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Op. Cit. P. 379/390; Galdino, Matheus Souza. Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade. Op. Cit. P. 223/234.

[380] DAHER. Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturai*s. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácito, 2021. P. 70.

e a Defensoria Pública; os Termos de Ajustamento de Conduta; processos administrativos instaurados no âmbito dos Ministérios Públicos para acompanhar e fiscalizar a execução de políticas públicas e atividades de interesse público[381].

Com efeito, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim indicam as diversas vantagens da tutela consensual dos litígios estruturais. As soluções consensuais, além de gerarem maior eficácia, vez que contam com uma maior boa-vontade das partes para sua implementação, também permitem maior adaptabilidade quanto as condições do acordo e os seus objetivos, vez que não se amarra a estabilidade usual de uma decisão judicial. Ademais, argumentam os autores que tais soluções consensuais se afinam mais com o espírito das medidas de reforma estrutural, vez que trabalham não no sentido da imposição do interesse de uma das partes sobre a outra, mas a acomodação dos diferentes interesses de cada grupo envolvido no litígio. Assim sendo, um acordo alcançaria, em tese, uma maior participação social da comunidade afetada, dando maior legitimidade democrática a solução[382].

Neste diapasão, Lenna Lucina Nunes Daher descreve os diversos pontos positivo da autocomposição nos litígios estruturais:

> A ampliação dos espaços de consensualidade não só entre os grupos titulares dos interesses tutelados, mas também com os integrantes das esferas política e administrativa responsáveis por levar a efeito a reforma estrutural, certamente tornam as medidas mais céleres e efetivas, reduzindo o número de recursos, impugnações, pedidos de prorrogação de prazos e outras intercorrências que acabam conduzindo as demandas por um longo e tortuoso caminho até o efetivo cumprimento do provimento jurisdicional, que pode até nunca ocorrer. Os métodos autocompositivos também favorecem a participação dos grupos atingidos na concretização do direito, favorecem a participação dos grupos atingidos na concretização do direito, reduzindo o papel do legitimado processual para a defesa dos interesses sociais, ampliando a legitimidades das medidas[383]

Há ainda mais uma última vantagem enfrentar o tema sob essa ótica. Mencionamos que os litígios estruturais, enquanto espécie de litígios irradiados, são dotados de uma elevada complexidade e, mais importante de tudo, alterabilidade. Assim sendo, como o próprio processo coletivo estrutural se propõe a se prolongar no tempo, ele está fadado a sofrer de alterações nas circunstâncias fáticas que dão base à atuação jurisdicional. Dessa forma, as medidas estruturais

---

[381] VITORELLI, Edilson. *Processo civil Estrutural: teoria e prática*. Op. Cit. P. 152/161.

[382] ARENHART, Sergio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Felix. *Curso de processo estrutural* [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.P. N.p.

[383] DAHER, Lenna Luc*I*na Nunes. *MInistério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais*. Op. Cit. P. 81.

a serem implementadas estão sempre sujeitas a serem revisadas, alteradas e trocadas, com vista a melhor atender às necessidades que surgirem no decorrer da implementação da reforma estrutural. Portanto, não se pode pensar em termos de um processo coletivo estrutural tipicamente fechado, com regras demasiadamente definidas e um procedimento "geral" rígido. As medidas estruturais devem ser fluídas, adaptáveis ao caso concreto, a disposição do magistrado e dos atores coletivos a fim de se amoldar ao caso concreto.

O que se advoga, portanto, é pela adoção de um modelo experimentalista. De regra, a solução judicial para um litígio baseia-se em um paradigma de "comando e controle", pelo qual uma autoridade central (o juiz) estabelece um conjunto de regras específicas, as quais devem ser estritamente seguidas por aqueles a quem a ordem judicial se destina. Por outro lado, no modelo experimentalista, proposto, por Charles F. Sabel e Wliliam H. Simon, há a fixação de normas mais flexíveis e provisórios, aliado à utilização de um procedimento que possibilita aos interessados participarem continuadamente no processo, bem como uma permanente fiscalização e revisão das medidas adotadas. Tal modelo opera estabelecendo objetivos gerais a serem atingidos, com standards para sua avaliação, mas mantendo uma margem mais ampla de discricionariedade acerca de como irão atingir os fins estabelecidos[384].

Nesse sentido, o modelo experimentalista baseia-se em um processo constante de aprimoramento das decisões judiciais. Trata-se de uma forma de administração de interesses que se funda na ênfase em um processo decisório consensual, diversificado e multidisciplinar. Com efeito, a partir da adoção deste modelo é possível verificar uma quebra na hierarquia vertical inerente à tomada de decisões pelos tribunais, as quais são impostas pelo juiz, de cima para baixo. Os atores processuais, mais do que nunca, são colocados em um plano horizontal, contribuindo em conjunto para buscar da solução mais legítima e adequada ao caso concreto. O magistrado, ao revés de permanecer no alto de uma torre, desce ao processo e, embora tenha os seus poderes diminuídos, é diretamente integrado em um processo aberto de restruturação da entidade pública ou privada cuja operação é a causa do litígio[385].

Sobre o assunto, Marcus Aurélio de Freitas Barros escreve:

---

[384] SABEL, Charles F. SIMON, William H. *Destabilization rights, how public law litigation succeeds*. *In* Harvard Law Review, vol. 117, 2004. P. 1019.

[385] NUNES, Dierle *et al. Processo estrutural e litigância de Interesse* público. *In* NUNES, Dierle. COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici [orgs.]. Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. P. 382.

> Na verdade, à luz do modelo experimentalista, a solução alvitrada para o problema coletivo longe está de uma adjudicação rígida e completa do direito. Muito ao contrário. O que se impõe é uma solução inicial, em linhas gerais, devendo o remédio para o problema ser construído, sob a coordenação dos atores jurídicos ou políticos, mas a partir de um debate participativo, onde se permita realizar a gestão dos interesses envolvidos. As soluções iniciais, mais gerais, são acompanhadas de planos de reforma flexíveis e focados muito mais em resultados a serem alcançados do que na definição rígida das medidas a adotar. Tais soluções iniciais, nada mais são, que soluções provisórias, sujeitas à permanente revisão durante o desenvolvimento e avanço das fases de implementação[386].

Trata-se de ideia muito próxima ao modelo "lata de lixo" defendido por Edilson Vitorelli[387]. Segundo o autor, as decisões em matérias de políticas públicas são inerentemente experimentalistas e constritas por limitações de tempo, dinheiro e oportunidades. Por estas razões, não se pode dizer que exista uma ordenação lógica e temporal entre os problemas, soluções e decisões tomadas neste campo. Ao contrário, todos estes elementos são concorrentes, independentes e exógenos, de maneira que a percepção de uma solução influi diretamente na compreensão do próprio problema. Dessa forma, é preciso trabalhar como um grau de experimentalismo orientado por probabilidades em que se tenta implementar uma solução e, conforme os resultados desta tentativa vão sendo observados e coletados, novas providências são tomadas ou as antigas são readequadas.

Destarte, quando falamos em "processo coletivo estrutural", não devemos pensar em um tipo processual fechado, um procedimento específico de regras rígidas a serem seguidas (como seria, por exemplo, o caso de uma ação monitória). Ao contrário, devemos nos concentrar na ideia de um processo mais maleável, que muito mais se define pelo litígio que tenta tutelar e pela finalidade que almeja alcançar. As medidas e técnicas a serem adotadas serão fixadas pelas próprias partes, dentro de um processo dialógico e aberto, que ouça e considere as partes interessadas e que envolva, inclusive, o juiz.

2. Uma visão de Direito Comparado: diferentes formas de lidar com problemas estruturais

Problemas estruturais não são uma exclusividade da realidade brasileira. Pelo contrário, dentro da sociedade de riscos e líquida que descrevemos anteriormente, os litígios estruturais são um fato quase que universal na contemporaneidade. Não importa onde se olhe, a vida

---

[386] BARROS, Marcus Aurélio. *Dos litígios aos processos estruturais: novos horizontes par aa tutela coletiva brasileira*. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácito, 2021. P. 72.
[387] VITORELLI, Edilson. *Processo civil Estrutural: teoria e prática*. Op. Cit. P. 402/403.

cotidiana, seja no Brasil ou em qualquer outro país, é inegavelmente marcada por estruturas operacionais detentoras de uma inerente potencialidade para causar danos de natureza coletiva. A realidade social e econômica de hoje demanda pela existência de instrumentos jurídicos que permitam uma justiça de natureza distributiva e que possa tutelar de forma coletiva as demandas da sociedade. Nesse sentido, as diferentes comunidades inventaram diferentes maneiras de lidar e solucionar com este tipo específico de conflito.

Embora cada qual com as suas peculiaridades, podemos dizer que os diferentes remédios estruturais trazidos à baila pelos mais diversos ordenamentos jurídicos possuem todos uma característica comum. Eles se distanciam dos moldes tradicionais de pensar do processo, marcado por um modelo litigioso, bipolar, rígido, em que a decisão é tomada, de regra, verticalmente, pela autoridade judiciária em vista de remediar a ocorrência de uma lesão passada. Ao revés, passa-se o enfoque a um novo modelo processual, mais aberto, dialógico, flexível, em que as soluções são encontradas mais pelo diálogo entre os interessados do que impostas pelo juiz. Em verdade, trata-se de uma tentativa de conciliar a necessidade de uma intervenção mais acentuada do Poder Judiciário no âmbito da estrutura e competência de entidades públicas e privadas, que antes estariam blindadas deste tipo de atuação jurisdicional, com a Separação de Poderes que deve existir em um Estado de Direito, resguardando a discricionariedade e legitimidade democrática dos agentes políticos, sem deixar de lado o dever constitucional de realização dos direitos fundamentais.

Assim sendo, a experiência estrangeira talvez seja uma boa fonte para pensar sobre uma teoria brasileira dos processos coletivos estruturais. É em razão desses motivos pelos quais nos debruçaremos nas próximas páginas na análise de três remédios estruturais distintos: **a)** as "structural injuctions" norte-americanas, fonte inspiradora das demais e o prisma que conduz o debate contemporâneo sobre o tema no Brasil; **b)** o Estado de Coisas Inconstitucional colombiano, cuja aplicação já foi transportada ao Brasil e vem sendo objeto de várias críticas e elogios; **c)** o compromisso significativo sul-africano, um remédio estrutural cujo estudo em solo nacional é ainda incipiente, mas que, em nossa compreensão, pode ser um dos modelos mais promissores para a tutela adequada do tema das políticas públicas.

2.1.A origem: o modelo norte-americano das "structural injuction"

O processo estrutural tem as suas origens teóricas nas chamadas "structural injuctions" norte-americanas. Dessa maneira vale a pena analisar tal instituto, na busca de uma melhor

compreensão sobre seus desdobramentos no Brasil. No entanto, antes de estudá-la, é preciso fazer uns alguns breves apontamentos iniciais acerca das diferentes formas de enfrentamento dos litígios sociais. Conforme Colin S. Diver[388], existem, em sua essencialidade, dois modelos para promover a pacificação de conflitos: o adjudicatório e o político ("adjudication" e "politics"). O primeiro deles (modelo adjudicatório) se desenvolve através de uma relação entre um demandante e um demando dentro um processo formal e autocontido ("self-contained"), cuja solução final consubstancia-se na declaração de um direito individual pertencente a uma das partes. A decisão que é proferida nestes casos fixa uma obrigação de fazer, pagar ou não fazer, porém, não estabelece como tal obrigação deve ser cumprida, apenas a impondo. Por sua vez, o método político se caracteriza enquanto um processo mais fluído, flexível e dinâmico, marcado por constantes e sequenciais diálogos entre as partes, as quais se debruçam sobre um conjunto de problemas identificados de maneira cooperativa e cuja solução é desenvolvida por meio da harmonização dos diversos interesses envolvidos, em um ciclo de negociações, os quais vão delimitando os passos seguintes.

Como se pode notar, o modelo adjudicatório apresenta-se como clássico formato do processo judicial individual. Segundo Abram Chayes[389] o modelo tradicional de processo civil volta-se a conflito entre particulares, desenvolvendo-se sobre interesses privados. Nesse sentido, caracteriza-se por ser um processo: **a)** bipolar, centrado na disputa entre duas partes contrapostas, cuja solução é comumente dada de acordo com ideia de que "o ganhador leva tudo"; **b)** retrospectivo, focando-se sobre fatos pretéritos que ensejaram a violação do direito reclamado pelo demandante; **c)** autocontido, com os efeitos da decisão se limitando às partes; **d)** indicada pelas partes e controlada pelas partes, as quais definem os fatos que serão discutidos em juízo e contra o fluxo da demanda**; f)** cujo principal remédio aplicado para solucionar o conflito é a indenização proporcional de uma das partes a outra.

O modelo adjudicatório nas bases descritas por Abram Chayes corresponde, até hoje, as linhas gerais que formam o processo civil individual. Por óbvio que desde que o supramencionado autor escreveu suas ponderações ocorreram fundamentais mudanças, de maneira que a estrutura processual por ele mencionada não se subsomem "in totum" ao arquétipo de litigância brasileiro construído pelo CPC de 2015 (o processo hoje é sincrético, admite maior participação do juiz na produção probatória e tem uma preocupação em promover

[388] DIVER, Colin S. *The Judge as Political Powerbroker: superintending Structural Change in Public Institutions. In* Virginia Law Review, vol. 65, n. 01, 1979. P. 46 et seq.
[389]CHAYES, Abram. *The role of the judge In public law litigation.* Op. Cit., P. 1282.

uma tutela específica do direito da parte). A despeito deste fato, é certo que as características aqui apresentadas ainda podem servir como um esqueleto da forma com que cotidianamente os Tribunais lidam com os litígios, inclusive àqueles derivados de políticas públicas. Com efeito, muitos dos desafios próprios do controle judicial das políticas públicas nasce da insuficiência deste modelo processual individualista. Assim, é justificada a preocupação com a procura de um novo modelo judicial para enfrentar tais situações.

Esta busca por novas alternativas para a tutela judicial de litígios envolvendo políticas públicas levou a doutrina norte-americana a teorização das "structural injunctions". A partir da teoria defendida por Owen M. Fiss[390], pode-se conceituar as "structural injunctions" como uma forma especial de demanda, cujo objeto é uma situação social de violação ou ameaça continuada a direitos fundamentais, originada na operação de uma organização pública ou privada em descompasso com os valores constitucionais. Em razão da própria complexidade de seu objeto, tais demandas assumem um caráter peculiar, propondo-se a promover a reestruturação e a reorganização de tais organizações públicas ou privadas como forma de dar uma solução adequada ao conflito. Neste espectro, as "structural injunctions" são marcadas pela ênfase na elaboração de planos gerais de ação, os quais são progressivamente especificados e concretizados, desenvolvendo-se, portanto, de forma prospectiva.

A origem deste tipo de demanda pode ser traçada ao caso Brown v. Board of Education.[391] Nesse julgamento, a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade da doutrina do "separated but equal" (separados, porém iguais), a qual vigorava até então nos Estados Unidos e que estabelecia a legitimidade a separação entre cidadãos caucasianos e afrodescendentes desde que fosse assegurado a cada grupo acesso a serviços públicos equiparáveis. Assim, a Suprema Corte estabeleceu o fim da separação racial no sistema de ensino, determinado que o sistema dual de escolas fosse substituído por um sistema único, não racial. A implementação desta decisão foi passada para os juízes federais de primeiro grau, os quais se viram frente a uma complicada missão: promover a sua efetividade dentro de um sistema educacional erguido sob as bases da segregação racial. Para fazer valer a igualdade seria preciso uma reestruturação do sistema, os trajetos dos ônibus escolares deveriam ser revistos, novos critérios para a localização e construção de escolas deveriam ser

[390] Nesse sentido. FISS, Owen. *Forms of Justice*. *In* Harvard Law Review. Op. cit.; FISS, Owen. *The civil rights Injunction [1976]* Disponível em: https://www.repository.law.*In*diana.edu/harris/7/

[391] Sobre o assunto: JEFFRIES JR., Jonh C. RUTHERGLEN, George A. *Structural Reform Revisited*. *In* California Law Review, vol 95, 2007.

estabelecidos, a forma de distribuição dos alunos e professores deveria ser reorganizada *etc.* Assim, as cortes judiciais passaram a lançar mão das "structural injuctions" como forma de promover estas reformas de maneira sistemática e eficiente[392].

Como descreve Owen M. Fiss:

> Como gênero de litígio constitucional, a reforma estrutural tem suas raízes nos anos 50 e 60 do século passado, quando a Suprema Corte norte-americana estava sob a presidência de Rearl Warren e realizou um extraordinário esforço para colocar em prática a decisão no caso *Brown v. Board of Education.* Esse esforço exigiu das cortes uma transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução da realidade social. As cortes tiveram de superar a mais intensa resistência e, ainda mais problematicamente, precisavam intervir e reestruturar organizações de grande porte, os sistemas de educação pública. O imaginário era rural e individualista – a criança negra entrando em uma escola composta inteiramente por crianças brancas -, mas a realidade era claramente burocrática, especialmente em meados dos anos 50, quando o foco, e a nação, de um modo geral, mudou para os centros urbanos. *Brow* exigia nada menos que a transformação dos "sistemas duas de escolas", com escolas separas para negros e brancos, em "sistemas unitários de escolas, não-raciais", o que implicava em uma reforma organizacional profunda.[393]

O que chama a atenção em todos estes casos é a forma com que se procedeu com essas reestruturações. O processo geralmente começava com a determinação judicial para que o próprio demandado oferecesse um plano detalhando de como poder-se-ia sanar as inconstitucionalidade e ilegalidades encontradas (não havia, portanto, a imposição de uma solução unilateral). Após a apresentação de tal plano, seguia-se uma etapa de sucessivas negociações e revisões feitas pelas partes. Estabelecidas as medidas a serem tomadas em concreto, iniciava-se a fase de fiscalização da implementação do plano – sendo comum a indicação pelo juiz, de um indivíduo ou comitê para efetuar este acompanhamento -, com a possibilidade de sua revisão e reinterpretação para adequá-lo a eventuais dificuldades ou, inclusive, para estabelecer medidas coercitivas[394].

Dentro deste prisma, algumas outras características interessantes associadas pela doutrina norte-americana às "structural injunctions" podem ser destacadas Primeiro, por se desdobrar sobre uma situação social de violação sucessiva de direitos fundamentais, os juízes deveriam se preocupar com um conhecimento adequado do litígio, a fim proferir a decisão mais justa. Neste sentido, há ampla recomendação doutrinária para que fossem abertos espaços para

---

[392] FISS. *The Supreme Court, 1978 Term*, Op. Cit., P. 02 *et seq*.
[393] FISS, Owen. As formas de justiça. *In In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de *In*teresse público. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 120.
[394]DIVER. *The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change In Public Institutions*, Op. Cit., P. 52.

a atuação de terceiros na função de conselheiros ou assessores[395]. Segundo, deu-se forte ênfase na construção de um quadro de representação e participação social dos grupos envolvidos dentro do processo judicial da forma mais ampla possível. Terceiro, aconselhava-se que o juiz chamasse ao processo certas organizações ou entes públicos e privados para atuar como "amicus curie", litisconsortes ou em um modelo híbrido[396].

Nesse diapasão, as "structuras injuctions" são um típico exemplo de litígios de interesse público. Segundo Abram Chayes[397], os litígios de interesse público seriam um tipo especial de demanda, marcados por uma série de características peculiares que os diferenciam do processo individual. As suas características seriam: **a)** o objeto e o alcance da ação não são dados de maneira exógena, mas são moldados pela atuação conjunta das partes e do juiz; **b)** o processo não se limita a uma estrutura bilateral entre as partes, construindo-se sobre uma relação jurídica extensa e amorfa; **c)** a discussão dos fatos não é histórica e adjudicativa, mas preditiva e legislativa; **d)** o remédio jurisdicional aplicado não se limita a uma compensação material por uma violação passada, mas é prospectivo, elaborado "ad hoc" e flexível; **e)** o remédio não é imposto, mas negociado (de regra geral, porém, em caso de discordância entre as partes, é legítima ao juiz impor a solução para o caso); **f)** o juiz não é uma figura inerte, ele é uma figura ativa, responsável pela organização do litígio para assegurar uma solução justa[398].

Como se observa, o modelo das "structural injunctions" parece capaz de auxiliar na mitigação de muitos dos desafios que envolvem o controle judicial das políticas públicas. Primeiro, seu enfoque em soluções dialéticas, substanciadas em planos de ação de longa duração e complementação progressiva permite conciliar o mandamento constitucional da concretização dos direitos fundamentais com as dificuldades reais enfrentadas pela Administração Pública. Segundo, ao se abrir um amplo espaço para as intervenções de terceiros, preocupando-se com a representação adequada de todos os grupos envolvidos, bem como buscando uma intervenção mais ativa de outros atores sociais, entidades públicas e especialistas, minora a suposta falta de legitimidade democrática e de conhecimento técnico dos juízes para decidir sobre este tipo de lide. Terceiro, com a abertura da relação processual, a ação se torna uma alternativa para o debate social das políticas públicas, com ampla possibilidade de um ativo e alargado envolvimento da sociedade.

---

[395]Ibidem. P. 75.
[396] FISS. *The Supreme Court, 1978 Term*. Op. Cit., P. 26.
[397] Assim afirmam Jonh C. Jeffries Jr. E George A. Rutherglen. (*Structural Reform Revisited*, Op. Cit., P. 1412.
[398] CHAOYES., *The role of the judge In publica law litigation.,* Op. Cit., P. 1302

Por óbvio que não se advoca ser o paradigma norte-americano um cânone perfeito a ser seguido. Se sabe muito bem que o modelo estrutural de controle de políticas públicas aqui defendido pode (e deverá) ser amplamente criticado. No entanto, trata-se, efetivamente, de um modelo comparativamente melhor do que aqueles tradicionais ainda hoje em vigor. Mesmo que ele não venha a ser adotado em sua totalidade no sistema brasileiro (não sendo isto o que aqui se propõe), ele serve como um ótimo parâmetro para construir-se uma teoria adequada apara a tutela judicial das políticas públicas. Trata-se, não se tenha dúvida, de um tópico que deve ser mais amplamente debatido e estudado por parte dos da doutrina e da jurisprudência.

2.2.Um primo próximo: o Estado de Coisas Inconstitucional

A raiz do "Estado de Coisas Inconstitucional" está na sentença SU-559 de 1997[399], no qual a Corte Constitucional Colombiana analisou um litígio de feições estruturais envolvendo direitos sociais de professores municipais. No caso, decidiu-se por aplicar uma espécie de remédio estrutural, na linha das "structural injuction" norte-americanas, promovendo uma atuação compartilhada entre todos os Poderes como forma de levar a uma real reestruturação das políticas de Estado e superação de um quadro deficitário da Administração.

Como se desprende do relatório do caso, existia na Colômbia uma lei federal que impunha a vinculação dos professores da rede pública a um fundo social nacional de apoio ao magistério, estabelecendo a retenção de 5% do seu salário para a manutenção e o financiamento dos serviços públicos a serem prestados. No entanto, diversos Municípios realizavam a retenção de tais valores, sem associar os professores da rede municipal ao referido fundo. Como consequência, configurava-se um quadro de violação, em escala nacional, dos direitos fundamentais à saúde e à seguridade destes profissionais, com da falta estrutural de prestações materiais adequadas pelo Estado, a despeito de serem onerados em suas remunerações.

Esta situação foi atribuída uma série de fatores, dentro os quais: a falta de recursos necessários para proceder as respectivas filiações; a dificuldade em obter e reportar informações necessárias ao processo de filiação; a falta de pessoal suficiente para levantar as informações necessárias à organização administrativa dos serviços estatais; a falta de compromisso das autoridades locais em levar a cabo o processo de filiação até o final. Não só, durante o tramite

[399] COLOMBIA, Corte Constitucional. SU.559/97. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Data de Julgamento: 06/11/1997. Data de Publicação: N.P. Disponível em:< https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm >. Último Aceso em: 12/10/2023.

da ação perante a Corte Constitucional demonstrou-se que os Municípios sofriam com uma falta crônica de recursos públicos na área da educação, a qual criava barreiras tanto ao pagamento do salário dos professores quanto a adoção de quaisquer outras providências.

Diante deste cenário, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu a existência de uma situação incompatível com a Constituição, declarando a necessidade de proteção constitucional dos direitos violados e ordenando que o Poder Público adotasse medidas para restaurar a ordem constitucional e sanar este estado de coisas. Esta decisão, embora relevante, não é o que mais nos interessa neste precedente, mas sim a argumentação e considerações que a acompanharam. Isto porque a Corte Constitucional adotou uma linha argumentativa de traços pragmáticos, considerando a necessidade de uma tutela ampla e molecular da situação, dentro da perspectiva de garantir a melhor gestão dos recursos públicos.

Deveras, a Corte não fechou os olhos à difícil realidade financeira dos Municípios no momento de conceder a tutela jurídica pleiteada pelos professores. Conforme se ponderou, o problema deveria ser analisado sobre uma dupla perspectiva. Primeiro, sob a ótica dos direitos individuais lesados. Segundo, sob o aspecto difuso e nacional da lesão e a sua capacidade de comprometer o funcionamento dos Municípios, os quais, por falta de recursos, não estavam a conseguir cumprir com as suas obrigações para com os professores. Dessa maneira, a Corte entendeu que sua atuação deveria se pautar por reestabelecer a ordem fundamental violada em um contexto estruturante e não meramente individual. A partir deste raciocínio, a Corte construiu a sua legitimidade para assumir uma posição mais ativa no sentido de estabelecer obrigações e metas para os demais Poderes. Argumentou-se que o tipo de litigo enfrentado exigiria uma cooperação de natureza imperativa entre os Poderes, especialmente frente a alternativa a não implementação de uma solução administrativa conjunta: a proliferação de ações judiciais individuais, pressionando os já escassos recursos disponíveis ao exercício adequado e necessário da administração da justiça.

A sentença SU-559 foi um marco para estabelecer as formas de interação entre os Poderes, em especial em casos de omissões ou atuações insuficientes pelo Executivo e Legislativo. Firmou- se a ideia de que o Judiciário poderia servir de mediador em casos de conflitos sociais de ampla ramificação, os quais, se não colocados em, cheque, poderiam implicar em prejuízos maiores do que os custos de sua solução.

Assim, de lá para cá, houve diversas decisões em que a Corte Constitucional Colombiana se utilizou desta linha de reciocínio[400]. Um dos principais precedentes é a sentença T-025/04 de 2004, no âmbito da qual se reconheceu a existência de uma violação massiva, prolongada e reintegrada dos direitos fundamentais da população civil deslocada no contexto do conflito armado com as FARC's que ocorria na Colômbia desde 1964. Segundo o tribunal constitucional, este quadro de violação não seria imputável a apenas uma autoridade, mas tratar-se-ia de um problema estrutural que afetaria toda a política de atenção desenhada pelo Estado colombiano, em razão de uma insuficiência de recursos e a precária capacidade institucional para implementá-la. Assim sendo, a declaração formal do Estado de Coisas Inconstitucional buscava impor as autoridades competentes a se adequar aos mandados de proteção constitucionais de proteção e garantir, com efetividade, o exercício dos direitos humanos daquela população marginalizada. Nesse sentido, o tribunal asseverou que o uso de tal instituto jurídico visava respeitar as prioridades fixadas pelo Legislativo e o Executivo, bem como, a competência das autoridades competentes na implementação de políticas públicas, porém, ao mesmo tempo, exigindo que tais pessoas adotassem, com a maior brevidade possível, as ações necessárias para corrigir o problema estrutural identificado[401].

Como se observa, não há dúvidas que Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um fruto da teoria constitucional contemporânea. A legitimidade jurídica desse instituto (embora possa ser contestada[402]), está associada aos pilares do neoconstitucionalismo, já discutidos em detalhes neste trabalho: a força normativa da Constituição, em especial, de sua parte material, ligada aos direitos fundamentais; a eficácia irradiante dos direitos fundamentais; a limitação da discricionariedade dos Poderes Públicos pela Constituição; a expansão da jurisdição constitucional[403]. É possível dizer que o ECI é uma espécie de provimento jurisdicional que decorre de uma atuação do Poder Judiciário no sentido se reconhecer e proteger os direitos

---

[400] COLOMBIA, Corte Constitucional. T -068/10. Relator: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Data de Julgamento: 04/02/2010. Data de Publicação: N.p. Disponível em: < https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-068-10.htm >; COLOMBIA, Corte Constitucional; T – 153/10. Relator: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Data de Julgamento: 05/02/2010. Data de Publicação: N.p. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-153-10.htm > .

[401] COLOMBIA, Corte Constitucional. T -025/044. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Data de Julgamento: 22/01/2004. Data de Publicação: 09/02/2004. Disponível em: < https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm >

[402] Uma das críticas mais ferrenhas ao ECI é feita por Lênio Streck, o qual vê o *In*stituto como mais um desdobramento de um ativismo judicial cada vez mais desenfreado. Sobre o assunto ler: < https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-*In*constitucional-forma-ativismo> Último acesso em: 02/09/2023.

[403] CÉSAR, Rodriguez Garavito. FRANCO, Diana Rodriguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudos de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2018. P. 18 *et seq*.

fundamentais em sua feição objetiva (tema também já enfrentado nesse trabalho). Isto porque considerada tais direitos em uma visão comunitária, coletiva, buscando uma tutela que não se limita a assegurar direitos individuais, mas a sanar lesões generalizadas, estruturais, salvaguardando a direito de várias pessoas simultaneamente[404].

Desta maneira, o ECI é um instrumento voltado a solucionar um tipo específico de violação de direitos fundamentais, qual seja, aqueles derivados de um problema estrutural ligado a organização e funcionamento de instituições públicas. Lança-se mão de tal instituto quando se verifica bloqueios institucionais no âmago do Poder Público, caracterizado pela incapacidade de os agentes públicos colaborarem e se organizarem de maneira racional e efetiva para proteção ou implementação de um direito fundamental, gerando um estado de desorganização nas políticas públicas. Assim sendo, a principal consequência da declaração de um ECI é a o fato de que o tribunal passa a cumprir função de elaborar e organizar as políticas públicas, alocando recursos e implementado direitos sociais[405].

Nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos[406]:

> Trata-se de decisão voltada a "conduzir" o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais, uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticas que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esses estágios de coisas contrários ao sistema de direitos fundamentais sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial.

Deveras, a configuração de um ECI, dentro da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, está associada a existência dos seguintes requisitos **a)** uma vulnerabilizarão massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número significativo de pessoas; **b)** a omissão prologada das autoridades públicas em cumprir com a sua obrigação de garantia destes direitos; **c)** a ausência de medidas legislativas e administrativas pressupostas para evitar a vulnerabilizarão daqueles direitos; **d)** a existência de um problema judicial que exija a

---

[404] HÉRNANDEZ,Clara *In*és Vargas. *La garantia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentalesy labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado" estado de cosas Incosntitucional"*. *In* Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Ano 1. n 1. Universidade de Talca, Chile, 2003. P. 206/207.
[405] ARIZA. Libardo José. *The economic and social rights of prisoners and constitutional court Intervention In the penitentiary system In Colombia*. *In*. MALDONADO, Daniel Bonila. Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of *In*dia, South Africa and Colombia. Nova York: Cambridge University Press, 2013. P. 129.
[406] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de coisas Inconstitucional"*. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de janeiro, 2015. P. 87.

intervenção de várias entidades públicas, demandado a adoção de um conjunto completo e coordenado de ações e recursos adicionais[407].

De acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ECI possui quatro pressupostos[408]:

(A) Primeiro pressuposto: a constatação de um quadro que representa uma violação sistemática, grave e continuada de direitos fundamentais, o qual agrave um número elevado e indeterminado de pessoas, não se configurando como um simples quadro de proteção deficiente;

(B) Segundo pressuposto: a existência de uma "falha estrutural" que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Ou seja, não uma mera omissão administrativa ou legislativa, mas sim um funcionamento deficiente do Estado como um todo;

(C) Terceiro pressuposto: a superação do quadro de inconstitucionalidade instaurado exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão e sim a uma pluralidade de entes públicos. Ou seja, os remédios, assim como a origem do problema, devem ter natureza estrutural;

(D) Quarto pressuposto: a potencialidade de um elevado número de afetados pelo problema estrutural transformarem a violação de seus direitos em demandas judiciais, produzindo um grave congestionamento da máquina judiciária.

Dentro desse prisma, o ECI tem como finalidade precípua buscar superar os bloqueios políticos que impede a solução do problema estrutural. O tribunal tenta atingir esse objetivo trazendo para si o início do debate acerca das soluções a serem tomadas. Ele se coloca tanto como um agente quanto um espaço deliberativo isento dos eventuais entraves que circundam os meios convencionais de tomada de decisões coletivas, abrindo espaço para que grupos minoritários, sub-representados ou excluídos do discurso público corrente possam ter suas vozes ouvidas, sim, influência de interesses políticos. Não só, almeja-se superar também os bloqueios institucionais (ou sistêmicos) que impedem uma execução efetiva das políticas públicas, ou seja, as falhas de organização e coordenação entre os agentes públicos que geram

---

[407] COLOMBIA, Corte Constitucional. T -025/044. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Data de Julgamento: 22/01/2004. Data de Publicação: 09/02/2004. Disponível em: < https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm >.

[408] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao" Estado de coisas inconstitucional"*. Op. Cit. P.130/ 132.

barreiras ao cumprimento dos direitos garantidos pelo Estado. Por fim, tenta-se superar os bloqueios deliberativos eventualmente existentes, chamando a atenção para o problema, de maneira a fomentar a discussão e o diálogo entre os diferentes atores sociais[409].

Justamente em razão das finalidades que se busca atingir por meio do ECI é que as suas sentenças se configuram, de regra, como "macrosenteças". Come escreve Cézar Rodriguez Gravito e Diana Rodriguez Franco, tais sentenças se caracterizam: **a)** pelo tamanho da população por ela beneficiada; **b)** pela gravidade das violações ou ameaças de direito que resolvem; **c)** pelos inúmeros atores estatais e sociais envolvidos; **d)** pela ambição e duração do processo de implementação das ordens da decisão[410]. Trata-se de uma sentença de caráter estruturante, pois, para além de ordenar a tomada de medidas concretas, frequentemente ordena a elaboração de um plano pelas autoridades públicas que deverá ser colocado em prática para solucionar o problema[411]. Esse tipo de provimento é acompanhado de uma retenção da jurisdição pela corte, a qual passa a fiscalizar o cumprimento e implementação de suas ordens[412] Assim, como ocorreu no caso da sentença T-025, o tribunal retira os demais Poderes da inércia, mas sem exercer diretamente as competências que seriam atribuídas a eles[413].

O que nos chama atenção, portanto, é a característica central de todos os precedentes da Corte Constitucional Colombiana, a ideia de cooperação harmônica com os demais Poderes. Com efeito, o ECI, ao menos dentro da construção jurisprudencial colombiana, não se apresenta como um modo de impor, verticalmente, mas sim de construção horizontal de soluções. É inegável que o tribunal dá uma ordem inicial para que se adote medidas para sanar o problema estrutural enfrentado e proteger os direitos fundamentais ameaçados/violados; porém, tal fato não infirma o caráter cooperativo do ECI. Isto porque, não obstante o protagonismo judicial, o tribunal apenas declara a existência do estado de coisas que deve ser alterado, mas não impõe

---

[409] LAGE, Daniel Dore. BRUGGER, Andrey da Silva. *Estado de coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. In* Revista Publicum, v. 03, n. 02, 2017. P. 211/212

[410] CÉSAR, Rodriguez Garavito. FRANCO, Diana Rodriguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamento forzado em Colombia*. Op. Cit. P.14.

[411] SEPÚLVEDA, Magdalena. GRAVITO, César Rodriguez. *Colombia: la corte constitucional y su constribución a la justiça socia*l. I*n* Teoria u jurisprudencia de los derechos sociales: tendencias emergentes en el derecho *in*ternacional y comparado. Editora Malcolm Langfor, 2013. P.240.

[412]MAMEDE, Juliana Maria Borges. LEITÃO NETO, Helio das Chagas. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *O estado de coisas Inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. In*. Revista de investigações constitucionais, vol. 03, n. 03, set./dez., 2021. P. 810.

[413]CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por omissão ao" Estado de coisas Inconstitucional".* Op. Cit. P. 126.

quais as medidas que devem ser necessariamente tomadas, intervindo para superar os bloqueios e entraves que existirem para alcançar essa finalidade.

Com efeito, quando bem utilizado, o ECI foi capaz de produzir efeitos extremamente positivos. Especialmente, em relação à sentença T-025, a atuação da Corte Constitucional Colombiana, embora não tenha conseguido resolver plenamente o problema da população civil descolada, foi capaz de organizar e aprimorar a execução das políticas públicas voltadas à proteção e promoção dos direitos fundamentais, destas pessoas. Como narram Cézar Rodriguez Gravito e Diana Rodriguez Franco, o tribunal conseguiu superar, ao menos em parte, o bloqueio institucional e sistemático que existia até então no aparato estatal colombiano, tendo um efeito organizador em relação ao sistema nacional de proteção de pessoas deslocadas. Como reação imediata ao proferimento da sentença T-025, o Departamento Nacional de Planejamento e o Ministério da Fazenda entraram em ação para calcular os pressupostos necessários para cumprir com as políticas públicas exigidas, indicaram os mecanismos disponíveis para adquirir os recursos que seriam exigidos e definiram a porcentagem de recursos que deveria corresponder ao orçamento da Nação (equivalente à União). Além disso, nos anos seguintes se viu não só a produção de informações sobre as pessoas deslocadas (até então, escassas), mas também a criação de políticas públicas como a criação do Grupo de Coordenação e Acompanhamento a Departamentos e Municípios no assunto de Atenção à População Deslocada[414]

Contudo, o ECI não é a solução para todo e qualquer problema. De fato, há casos em que o uso da ECI demonstrou-se ineficaz para promover a transformação social que se almejava. Além disso, não há como imunizá-lo de críticas relativamente a uma inerente incerteza quanto aos contornos do instituto e suas hipóteses de aplicação, o que acaba deixando-o vulnerável a uma elevada carga de subjetivismo e casuísmo, podendo, em muitos casos, exacerbar certos desafios do controle das políticas públicas[415]. Efetivamente, não se deseja aqui elevar o ECI sob um pedestal, é preciso, como sempre, ter uma visão crítica sobre o instituto. Porém, cremos que, a despeito de suas eventuais falhas e críticas, há vários méritos quanto a esta forma de promover a intervenção judicial de políticas, as quais servem de importante paradigma para a construção de uma teoria nacional sobre o processo estrutural.

---

[414]CÉSAR, Rodriguez Garavito. FRANCO, Diana Rodriguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamento forzado em Colombia*. Op. Cit. P. 128/162.

[415] Sobre o assunto: MAGALHÃES, Breno Baía. *A Incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas Inconstitucional na ADPF 347.* Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, n. 14., n. 3, 2019.

2.3.Um interessante referencial: o compromisso significativo sul-africano

O compromisso significativo ("meaningful engagement") é um remédio estrutural que ainda não viu efetiva aplicação no Brasil (diferente do ECI), embora já tenha ganhado certa atenção da doutrina, em razão de suas características peculiares. A sua origem pode ser traçada a dois precedentes da Corte Constitucional da África do Sul, tendo sido utilizada, inicialmente, no caso *Olivia Road*, em 2008, e, posteriormente, aplicada novamente no caso *Joe Slovo*, julgado em 2009, em que o instituto foi mais bem aprofundado[416]. Em ambos os julgamentos, a demanda "subjudice", tratava da implementação de direitos sociais, em específico, do direito à moradia adequada, dentro de conflitos complexos envolvendo a execução de políticas de revitalização urbana entre o Poder Público e populações vulneráveis.

Dando um maior contexto, entre os anos de 2002 e 2006 havia se tornado corriqueiro a realização de despejos em massa nas áreas periféricas de Joanesburgo, África do Sul. Estas ações de despejo eram praticadas, de regra, em regiões habitadas por populações afrodescendentes, em decorrência das condições insalubres e inseguras de moradia em tais localidades, um dos deletérios efeitos do regime do Apartheid. Tais ações e planos de reorganização urbana tinham como finalidade a garantia da saúde e segurança da população, no entanto, deixavam de lado a importante questão da realocação dos despejados[417].

Era sobre este plano de fundo que o caso *Olivia Road* chegou inicialmente à Corte Constitucional da África do Sul. Tratava-se de recurso interposto por cerca de 400 ocupantes de dois prédios na cidade de Johannesburgo contra decisão judicial que deferiu, em favor do Município e contra os recorrentes, uma ordem de despejo[418]. O que é interessante neste caso é a postura adotada pela Corte Constitucional para solução do problema, o qual tinha claras feições estruturais. Foi proferida uma ordem provisória para que o Município de Joanesburgo e as pessoas prejudicadas pela ordem se comprometessem significativamente a: **a)** resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição; **b)** aliviar a condição das pessoas que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e salubres **c)** reportar os resultados dos

---

[416] PARDO, David Wilson de Abreu. *Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no "compromisso significativo"*. *In* Revista de Direito Ambiental, vol. 72, out/dez, 2013. P. 168.

[417] SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. LIMA, George Marmelste. *In. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil* . Op. Cit. P. 787/788

[418] AFRICA DO SUL Corte Constitucional da África do Sul. Occupiers of 51 Olivia Road and Others v City of Johannesburg and Others, 2008. P. 92. Disponível: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf >. Último acesso em: 04/09/2023.

compromissos à Corte[419]. Em decorrência desta decisão, as partes iniciaram um diálogo que alcançou um acordo parcial, no qual o Município concordou em não realizar o despejo e implementar medidas para assegurar não só os direitos à moradia adequada dos moradores daqueles prédios, mas de outros prédios na periferia, com o fornecimento de serviços públicos essenciais e limitação das taxas de aluguéis, além de se comprometer a continuar o diálogo em longo prazo para buscar soluções para o problema da moradia.[420].

Por sua vez, o caso *Joe Slovo I* tratava-se de um problema semelhante[421]. *Joe Slovo* era um dos maiores assentamentos informais na cidade de Cape Town, o qual o Poder Público municipal deseja submeter a um amplo plano de intervenção. No entanto, tal ação exigiria a realocação dos moradores locais, os quais foram, inicialmente, consultados. Nesse sentido, embora a população local tenha, primeiramente, concordado com a reforma e a linha de ação proposta pelo Poder Público, houve uma mudança de ânimos após o Município não cumprir com parte de suas promessas. Em consequência, vários protestos foram organizados, os quais levaram o Município a buscar uma ordem judicial para o despejo dos moradores. Assim, novamente a Corte Constitucional da África do Sul viu-se enfrentando um problema estrutural associado ao direito social à moradia e implementação de políticas públicas urbanas, com um choque entre interesses municipais e de um grupo vulnerável.

Seguindo a esteira do que já tinha decido em *Oliva Road*, o tribunal ordenou que as partes se comprometessem significativamente a um diálogo. Porém, dessa vez, para além de somente determinar o início das conversas, a corte estabeleceu metas a serem alcançadas pelas negociações. Além disso, também decidiu reter sua jurisdição, exigindo que o andamento e os resultados dos diálogos fossem comunicados periodicamente a corte. Dessa forma, seria possível um controle da legalidade de todo o processo, garantindo que qualquer das partes pudesse retornar ao tribunal requisitando a sua interferência. Assim, em razão de tais medidas, o Município retrocedeu em sua posição original, reconhecendo que seria possível realizar a reforma sem a necessidade de realocação dos moradores[422].

---

[419] VIEIRA JR, Ronaldo Jorge Araujo. *Separação de Poderes, estado de coisas Inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. In*. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro, 2015. P. 29.

[420]SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. LIMA, George Marmelste. *In Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Op. Cit. P. 789.

[421] ÁFRICA DO SUL, *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others*, 2009. Disponível em: < https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/16.html>. Último acesso em 05/08/2023.

[422] SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. LIMA, George Marmelste*In. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Op. Cit. P. 792/793.

Observa-se que o compromisso significativo é um método de lidar com problemas estruturais que difere do ECI. Embora ambos tendam a se caracterizar pela busca de uma solução não verticalmente imposta, o ECI ainda se funda em uma ênfase na atuação do Poder Judiciário, o qual toma a frente, tornando-se um dos principais atores na discussão, elaboração e fiscalização de possíveis soluções, a fim de superar eventuais entraves políticos e estruturais existentes. Por sua vez, o compromisso significativo mantém o Poder Executivo no centro das atenções, tendo o mérito de trazer para a mesa de negociações os grupos afetados diretamente pelo problema, incrementando a participação popular e, por consequência, a legitimidade democrática da eventual solução encontrada. No compromisso significativo, o Poder Judiciário assume um papel mais secundário, serve, em verdade, como um garantidor de que o diálogo ocorrerá de maneira honesta, engajada e equitativa.

Com efeito, baseado na definição dada pela própria Corte Constitucional da África do Sul, podemos dizer que o compromisso significativo é um processo de duas vias; as partes dialogam de maneira considerável a fim de atingir certos objetivos, inexistindo uma lista fechada de metas a serem alcançadas[423]. O compromisso significativo pode, portanto, ser entendido como um processo constante de interações entre os cidadãos e o Poder Público, no intuito de desenhar e implementar programas socioeconômicos que afetem determinadas comunidades ou grupos de pessoas. Justamente por isso é que o compromisso não se confunde com uma mediação ou uma consulta pública, vez que tanto não há um mediador (terceiro) que propõe soluções comuns quanto há a uma obrigatoriedade de que a opinião das pessoas envolvidas no diálogo seja considerada e incorporada pelo Poder Público, em uma verdadeira decisão negociada (o que não ocorre no caso de uma consulta pública)[424].

Nesse sentido, há quatro características que devem acompanhar o compromisso significativo[425]:

(A) O compromisso deve seguir um padrão de razoabilidade, dotado de flexibilidade e capaz de se adaptar a cada caso.

---

[423] AFRICA DO SUL Corte Constitucional da África do Sul. Occupiers of 51 Olivia Road and Others v City of Johannesburg and Others, 2008. P. 10. Disponível: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf >. Último acesso em: 04/09/2023.

[424] CHENWI, Lilian. TISSINGTON, Kate. *Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right of housing.* University of Western Cape: Community Law Center, Maio, 2010. P. 10/11.

[425]SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. LIMA, George Marmelste. *In. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Op. Cit. P.790/ 791.

(B) O compromisso deve ser implementado logo no início de qualquer política pública que possa afetar negativamente um segmento populacional. Assim sendo, não pode se limitar a um instrumento judicial, exigindo do Poder Público a criação de instancias administrativas capazes de realizar tais diálogos.

(C) O compromisso deve ocorrer com a devida representação especializada dos cidadãos ou grupos vulneráveis, de maneira a equilibrar a desigualdade e existente entre essas pessoas e o Poder Público.

(D) O compromisso público deve ser devidamente registrado a fim de permitir ao Poder Judiciário analisar tanto o procedimento de diálogos quanto o resultado da negociação.

Com efeito, de acordo com David Wilson de Abreu Prado, o compromisso significativo tem o mérito de ser um método de controle judicial compatível com a democracia deliberativa, constituindo-se em uma postura respeitosa por parte do Poder Judiciário para com os representantes eleitos, além de fomentar a participação popular. Ele é capaz de assegurar a efetividade dos direitos sociais, vez que as partes são judicialmente constrangidas a dialogar e achar uma solução, mas sem uma intervenção judicial ampla no âmbito da Administração Pública[426]. Dessa forma, é inegável que se trata de um mecanismo mais democrático, pois respeita a repartição orgânica de competências para elaborar e executar políticas públicas entre os Poderes, sem perder, no entanto, o caráter fiscalizatório por parte do Poder Judiciário. Afinal, caberá a este, ao reconhecer a omissão na realização de um direito fundamental, a determinação para que se inicie o processo de diálogo entre todos os atores envolvidos[427].

3. Uma forma padrão para o processo coletivo estrutural: procedimento e especificidades

Defendemos anteriormente que o processo coletivo estrutural deve ser compreendido, em verdade, como "medidas estruturais", de maneira a lhe dar maior flexibilidade. O principal ponto positivo em adotar esta concepção é garantir a sua adaptabilidade às exigências do caso concreto e às demandas do litígio estrutural que se propõe a resolver. Isto, no entanto, não significa que não possamos pensar em um "processo coletivo estrutural modelo" (nos focando

[426] PARDO, David Wilson de Abreu. *Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no "compromisso significativo"*. Op. Cit. P. 168/169.
[427] VIEIRA JR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de Poderes, estado de coisas Inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Op. Cit. P. 30.

unicamente sob o aspecto judicial das medidas estruturais, sem prejuízo de sua aplicação extrajudicial, como já estabelecido). Este modelo genérico serviria como a forma básica a partir do qual os operadores do Direito poderiam trabalhar. Não se trata, pois, de um modelo procedimental compulsório, mas sim uma proposta que pode ser alterada conforme a conveniência do direito material e circunstâncias fáticas em juízo.

Como já pode se notar, a operação de um processo coletivo estrutural não se amolda ao procedimento e técnicas comuns, típicas de um processo individual. Em especial, a implementação de uma reforma estrutural demonstra-se incompatível com a ideia de uma única sentença, a qual resolve, de uma vez e com uma ordem, o litígio, transformando-se em um título executivo judicial imutável. Isto porque os litígios estruturais, por serem uma espécie de litígios irradiados, são marcados pela sua complexidade, de maneira que não existe uma única solução de fácil aferição ao caso concreto. O juiz e as partes, no momento de tomada da decisão judicial, não conseguem antecipar todos os efeitos e obstáculos que poderão decorrer da reforma estrutural a ser implementada. É extremamente comum que não se tenha a completa dimensão do problema, mesmo após uma ampla atividade instrutória[428].

Nesse diapasão, Edilson Vitorelli enumera alguns problemas que podem surgir com a tentativa de implementar medidas estruturais em um paradigma do processo civil individual, dentre as quais destacamos: **a)** o risco de mutação da realidade em razão da decorrência do tempo, em especial quando a execução somente vem a ocorrer muito depois da formação da decisão, em razão de delongas no sistema recursal, tornando a solução inicialmente encontra inapta a tratar do problema; **b)** a probabilidade de que a própria atuação do Poder Judiciário leve a uma alteração no estado de coisas, as quais serão somente percebidas no curso da execução e que não serão sempre positivas; **c)** o surgimento de efeitos colaterais das medidas adotadas, originalmente imprevisíveis na fase cognitiva, dificultando o alcance do resultado social desejado, situação agravada pela limitação cognitiva durante o processo executório e a imutabilidade do título executivo judicial; **d)** a falta de um momento processual adequado para se discutir o perfil das medidas estruturais, ou seja, como, quando ou qual a melhor forma de implementação da reforma a depender do contexto fático[429].

---

[428] ARENHART, Sergio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Felix. *Curso de processo estrutural* [livro eletrônico]. Op. Cit. P. N.p.
[429] VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e pratica.* Op. Cit. *P*. 451/453.

A partir desta constatação, o mencionado autor entende que o processo coletivo estrutural beneficiar-se-ia enormemente de um modelo procedimental segmentado, em que se quebra a rígida divisão entre a fase de cognição e execução, permitindo que ambas as atividades convivam em um mesmo contexto. Nesse diapasão, defende-se que deveria se lançar mão de técnicas como as de decisão parcial de mérito (art. 356 do CPC) e de retenção de jurisdição (art. 493 do CPC)[430] a fim de evitar um tumulto da atividade decisória, permitindo o enfrentamento das questões pertinentes em blocos (quais sejam: a identificação do problema a ser resolvido, a definição das medidas pertinentes e a implementação destas medidas), bem como para possibilitar que um ponto já decido volte a ser analisado se necessário[431].

Assim sendo, o magistrado conseguiria conduzir o processo dentro da sequência de fases que comporiam o processo estrutural (as quais já indicamos neste trabalho[432]). Nesse sentido, ao que tudo indica, o processo deveria seguir um procedimento tripartite. Primeiro, teríamos uma etapa destinada à verificação do problema estrutural, a qual, como o processo civil tradicional, se destinaria ao passado, a fim de demonstrar a existência da violação coletiva de direito decorrente na falha de operação de uma estrutura pública ou privada. Como indica Edilson Vitorelli, esta fase seria, em muitos casos, supérflua, vez que a ocorrência do litígio estrutural seria incontroversa, sendo que o conflito residiria, em verdade, em quais as medidas estruturais a serem adotadas. Em todo caso, uma vez definido que há um litígio estrutural e a responsabilidade do réu, haveria o proferimento de uma decisão parcial de mérito, passando à segunda etapa. Aqui a atividade jurisdicional seria prospectiva, teleológica, buscando a

---

[430] Sobre uma interpretação extensiva do art. 493 do CPC, de maneira a entender que o mesmo possa legitimar a consideração e revisitação de questões já enfrentadas quando a realidade fática indicar alteração supervenientes em relação aos fatos relevantes ao processo, se manifestam Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. E Rafael Alexandria: "Segundo essa perspectiva, o art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos *In*teressados". (DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Notas sobre as decisões estruturantes. In* Civil Procedure Review, vol. 08, n. 01, 2017. P.56/57.)

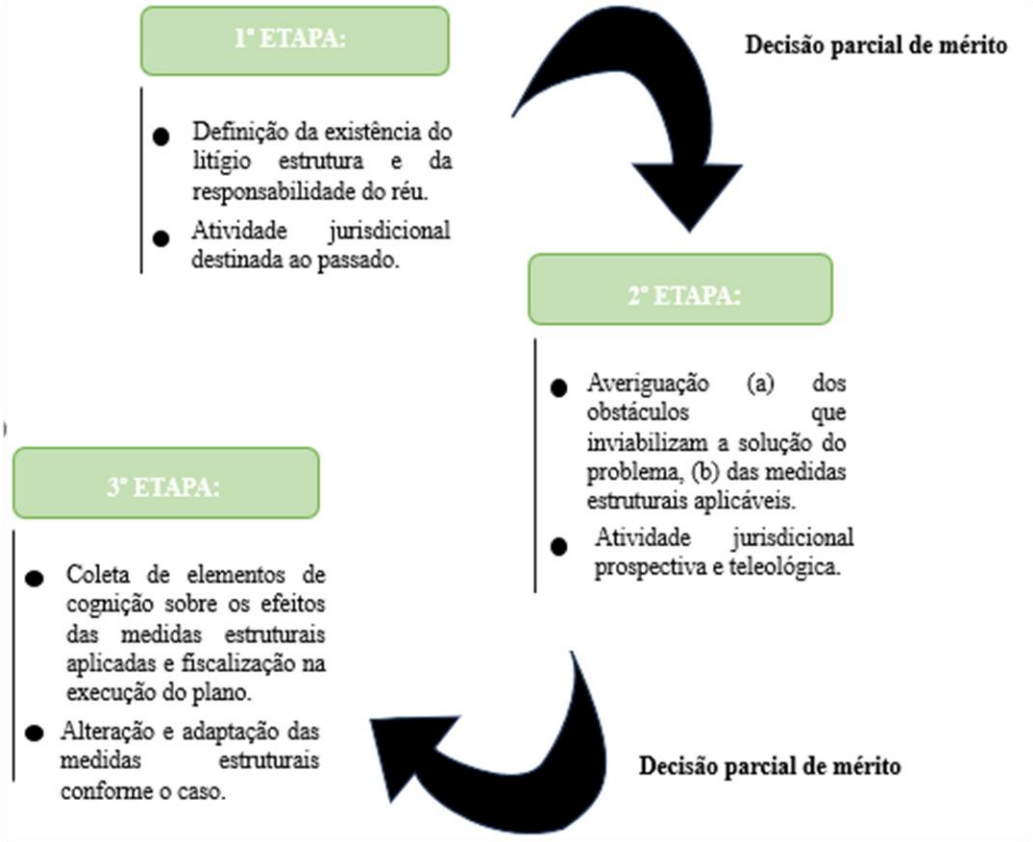
[431] VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e pratica.* Op. Cit. P. 459 /463.

[432] A) A preensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam olvidos; B) A elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada *In*desejável; C) A implementação do plano, seja de modo compulsório ou negociado; D) A avaliação dos resultados da implementação de forma a garantir o resultado pretendido no *In*ício do processo; E) A reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no *In*tuito de abordar aspectos *In*icialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais não previstos; F) A implementação do plano revisto, reiniciando o ciclo, o qual continuará até a efetiva solução do litígio.

produção de elementos probatórios a fim de se averiguar as dificuldades que inviabilizam a solução do problema e as providências a serem tomadas. Superada esse momento, novamente, há o proferimento de uma decisão parcial, adentrado em uma terceira etapa. Há, a partir de então, a colheita de elementos acerca dos efeitos da implementação do plano de reestruturação, com a fiscalização das medidas impostas e a sua adaptação.[433]

Veja a imagem abaixo:

FIGURA 01 ETAPAS DO PROCESSO ESTRUTURAL



LOPES NETO, 2023.

[433] VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e pratica.* Op. Cit. P. 391/397.

A ideia de um processo segmentado, mas em que há a convivência do exercício de uma atividade executória e cognitiva, também aparece na obra de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira. Diferentemente da proposta de Edilson Vitorelli, os autores preferem um procedimento bifásico. Em uma primeira fase, o enfoque do processo seria a identificação da existência de um estado de coisas em desconformidade com o ideal e que deveria ser objeto de uma reforma estrutural. O ato final desta fase é a decisão estrutural, a qual, para além de reconhecer o problema, estabelece o resultado que se deseja atingir, tendo, por isso, um conteúdo fortemente programático. As medidas estruturais a serem adotas já podem vir expressas nessa decisão, porém, elas podem ser também estabelecidas em um momento posterior. Isto porque, de acordo com os autores, a decisão estrutural, ao revés de indicar um exaurimento da função jurisdicional, dá lugar à fase mais duradoura e complexa do processo, a fase de implementação das metas estabelecidas. Embora com uma feição mais executiva, esta fase também possui vários elementos cognitivos. Nesta etapa o magistrado, em conjunto com os atores do processo e interessados, define o tempo, modo e grau da restruturação, bem como a pertinência ou não de regimes de transição, além de fiscalizar as medidas aplicadas, controlando sua proporcionalidade aos fins que se destinam[434].

Deveras, esta compreensão acerca da operação do processo estrutural é identificada em diversos outros autores[435]. O que se pode observar em todos os casos é que se afasta do paradigma da execução processual comum. Não se fala na existência de um único título judicial que fixa, desde logo, a solução para o problema. Ao revés, a solução é construída paulatinamente, em um modelo experimentalista, com idas e vindas, em que o magistrado retém sua cognição sobre a matéria. O processo estrutural, portanto, tem a sua origem em uma decisão genérica central (uma decisão-princípio), a qual nada mais faz do que estabelecer o programa, um mandato, para se atingir um fim, mas sem especificar quais as medidas devem ser tomadas para tanto. É a partir da flexibilidade desta decisão-princípio que se começa a trabalhar com a reforma estrutural. Dentro de um contínuo processo instrutório, vai se identificando pontos que devem ser tratados e, assim, proferindo decisões específicas, mais restritas, que concretizam o mandamento através do estabelecimento de providências a serem tomadas. Trata-se do modelo

[434]DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Op. Cit. P.116 ;118

[435] No mesmo sentido: [435] GALDINO, Matheus Souza. *Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade.* Op. cit. P. 245/245. ARENHART, Sergio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Felix. *Curso de processo estrutural* [livro eletrônico]. Op. Cit. P. N.p.

de "decisões em cascata" defendido por Sérgio Cruz Arenhart[436], o qual Edilson Vitorelli prefere chamar de "decisões em espiral", vez que não há somente avanços, mas também revisões, correções e incorporações de temas novos[437].

3.1. Duas peculiaridades do processo estrutural: uma nova compreensão dos princípios ligados ao pedido e à preclusão processual

A adoção do processo coletivo estrutural exige alterações sensíveis no modo com o qual compreendemos o processo coletivo (e o processo de um modo geral). Como entendem Leonardo Silva Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria, o processo coletivo estrutural tem como seus pressupostos: **a)** uma causa de pedir e um pedido dinâmico, derivado da causalidade complexa do problema; **b)** uma participação potencializada, em decorrência da multiplicidade dos interesses imbricados; **c)** um enfoque em decisões prospectivas, voltado a implementação de um estado de coisas[438]. Neste sentido, parece-nos que o processo coletivo estrutural exige uma nova visão sobre institutos clássicos tanto do processo civil individual quanto do processo coletivo. Primeiro, o tratamento dado ao pedido e ao princípio da congruência. Segundo a questão da preclusão, em especial, a preclusão "pro judicato", ou seja, a impossibilidade de revisão de matérias já decididas.

Quanto à primeira questão, já indicamos que, em razão das peculiaridades dos litígios estruturais, o autor não consegue, no início da demanda, compreender todas as dimensões do problema estrutural ou sequer saber quais as medidas adequadas que devem ser tomadas para solucioná-lo. Assim sendo, é difícil que ele cumpra com a exigência de um pedido determinado feita pelo art. 324 do CPC. Como se sabe, um pedido determinado é aquele cujos limites são claros, em que o bem da vida cuja tutela jurisdicional se pleiteia é devidamente qualificada. O

---

[436] Sobre o assunto escreve o autor: "Por outro lado, é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase "principiológica", no sentido de que terá como principal função estabelecer a "primeira impressão" sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da "decisão-núcleo", ou para a especificação de alguma prática devida. 25 Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação" (ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Op. Cit. P. 493/494.

[437] VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e pratica.* Op. Cit. P. 409.

[438] NUNES, Leonardo Silva. COTA, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. *Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos*. Op. Cit. P. 1059

atributo da determinação cumpre relevante papel, vez que o Poder Judiciário não poderia atuar sobre cogitações hipotéticas ou ilações teóricas, além de servir para a fixação exata do objeto litigioso[439]. Justamente por isso que a determinação é a regra, sendo o pedido genérico admitido apenas excepcionalmente. Inclusive, a formulação de pedido genérico, fora das hipóteses legais, é causa de rejeição da inicial (art. 330, §2º, inc. II, do CPC).

Além disso, é preciso também lembrar que é o pedido que fixa os limites do processo e, assim, da decisão judicial (art. 141 do CPC), ficando o magistrado vinculado aos termos do pedido e da causa de pedir definida pela parte, sob pena de incorrer em decisões "ultra petita", *"*extra petita" ou "infra petita" *(*art. 492 do CPC). Daqui se extrai o denominado princípio da congruência, o qual é dividido por Rui Portava em dois subprincípios. De um lado, temos o princípio da vinculação do juiz aos fatos da causa, o qual apregoa que o magistrado fica adstrito às questões e aos fatos suscitados pelas partes; do outro lado, temos o princípio da vinculação do juiz ao pedido, o qual se preocupa em limitar a atividade decisória aos pedidos (explícitos ou implícitos) da inicial. Como afirma o autor, pela incidência destes princípios fica marcada a faixa em que se deve examinar a relação jurídica e o direito trazido a juízo, delimitando a tutela jurisdicional, como um esboço da sentença[440].

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery que, nas ações que versam sobre direitos coletivos em sentido amplo, o princípio da congruência deveria ser especialmente observado sob pena de ferir as garantias constitucionais ao contraditório e a ampla defesa. Argumentam os autores que tanto a causa de pedir quanto o pedido deveriam receber sempre uma interpretação restritiva, em vista da possibilidade da eficácia da coisa julgada se estender para além dos limites da demanda, inclusive, com efeitos *erga omens*[441]. Sem embargos a tal opinião, ela não é unânime. Em verdade, dentro da teoria do processo coletivo estrutural, esse entendimento poderia inviabilizar a tutela adequada do litígio estrutural. É da natureza destes serem mutáveis, sendo que a perspectiva do processo e das medidas que devem ser implementadas podem mudar conforme a passagem do tempo, de maneira que aquilo que foi pedido no início do processo pode não mais coadunar com a realidade.

---

[439] WAMBIER, Luiz Rodriguez. TALAM*IN*I, Eduardo. *Curso Avançado de processo civil : cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 02*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. P. 89.
[440] PORTAVA, Rui. *Princípios do processo civil*. *Op cit.* P. 234.
[441]NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado.* Op. Cit. P. 643/644.

Já no que tange à segunda questão, a grande preocupação é que o processo coletivo estrutural exige que a cognição do juiz seja deixada em aberto, ao menos quanto a algumas questões, a fim de permitir uma constante revisão e adaptação das providências tomadas na execução do plano de reforma estrutural. No entanto, esta necessidade acaba por demandar uma flexibilização de nossa clássica concepção acerca da preclusão. A preclusão pode ser entendida, nas palavras de Fredie Didier Jr, como a perda de uma situação jurídica ativa processual, seja a perda de uma faculdade processual das partes ou a perda de um poder do juiz[442]. Trata-se de um instituto inerente a própria natureza do processo, o qual se manifesta como uma contínua marcha para frente. Ela evita que a atividade jurisdicional se torne interminável, com constantes retrocessos, colocando um ponto final em relação às questões já superadas e decididas[443]. Deveras, chama-se especial atenção à preclusão dos poderes do juiz, a preclusão "pro judicato"[444], a qual encontra previsão no art. 505, *caput¸* do CPC. Trata-se de espécie de preclusão consumativa a qual impede o juiz de decidir novamente sobre qualquer questão ou ponto que já tenha analisado anteriormente[445].

Isto posto, como já indicado anteriormente, sem prejuízo da relevância de tais institutos, certo é que merecem uma nova visão, a qual deve ser construída a luz das necessidades e do ponto de vista do processo coletivo. Da maneira que os apresentamos, tanto o princípio da congruência quanto a preclusão "pro judicato" se apresentam a partir da dimensão do processo civil individual. Se é verdade que o Direito Processual Coletivo é um sistema próprio, não há embargos para que trabalhe com concepções próprias de tais institutos, adequando-os as suas finalidades, como ocorre, por exemplo, com a coisa julgada.

Sérgio Cruz Arenhart, por exemplo, defende a necessidade de uma atenuação do princípio da demanda (e de seu corolário lógico: o princípio da congruência). Argumenta o autor que um sistema processual pautado em uma visão rígida acerca de tais princípios não

---

[442] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.* Op. Cit. P. 490.
[443]PORTAVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Op. cit. P. 174.
[444] A utilização do termo "preclusão" para referir a essa impossibilidade de o juiz revisitar suas próprias decisões é disputada na doutrina. Há autores que defendem um uso estrito do termo "preclusão", apenas para referenciar a perda de uma faculdade processual das partes. Sobre assunto escreve "Parte da doutrina afirma que não se pode usar o termo 'preclusão' para designar as situações em que o magistrado não pode mais atuar Nesse sentido, João Batista Lopes prefere falar em preclusão apenas em relação a perda de faculdade de praticar um ato, motivo pelo o qual, sob esse prisma, o *In*stituto diria respeito apenas às partes, e não ao juiz. O mesmo autor, contudo, chama a atenção para o fato de que há situações em que se impede o juiz de decidir novamente 'Conquanto que não se possa falar em preclusão propriamente dita, há que se observar a reapreciação de questões já decididas pelo juiz sem recuso'". (MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. Op. Cit.322/323.)
[445] WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINE, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume* 1. Op. Cit. P. 595/596.)

conseguiria fazer frente à flexibilidade exigida para aplicação das medidas estruturais, dado a mutabilidade e fluidez deste tipo de conflito. Assim, seria necessário tolerar uma certa margem de liberdade do juiz na eleição das formas pelas quais o bem da vida será tutelado no caso concreto, conforme as circunstâncias do momento. Inclusive, o autor aduz que o Direito brasileiro seria compatível com esta releitura, já existindo hoje diferentes hipóteses onde se aceita uma relativização do princípio da demanda. Nesse sentido, o autor faz referência a normas contidas no antigo CPC de 1973 relativas aos pedidos implícitos (art. 293 e 290) e a tutela cautelar (art. 801), como exemplos de situações em que o magistrado poderia atuar a despeito de um pedido expresso da parte[446].

Com entendimento semelhante também temos outros autores[447], entre eles Edilson Vitorelli. O autor afirma que não há sentido em se pretender que um pedido de um processo coletivo estrutural seja certo e determinado. Para ele, as exigências de determinação do pedido estabelecido no art. 324 do CPC devem ser orientadas pelas características do direito material litigioso e não interpretada de forma abstrata, como se impositiva a toda demanda. Em verdade, a exigência de que o pedido seja determinado tem como função dar ciência ao réu acerca daquilo em relação ao que se defende e ao juiz sobre o que está sentenciando. Se cumprido este papel, uma maior ou menor abertura textual do pedido não pode ser entendida como uma deficiência apta a extinguir o processo. Sob essa ótica, o pedido em um processo coletivo estrutural não pode ser completamente genérico e abstrato (resolva o problema "X"), mas não se exige que o autor especifique precisamente quais as providências e medidas que deseja implementar para que a reforma estrutural ocorra. Bastará, portanto, que, indicando devidamente a existência do problema estrutural a ser resolvido, requeira a elaboração, implementação e fiscalização de um plano que implemente as mudanças desejadas[448].

Em nossa visão, podemos harmonizar perfeitamente as exigências do processo coletivo estrutural com as prescrições do ordenamento processual ao interpretarmos os litígios estruturais como uma hipótese que se subsome ao art. 324, inc. II, do CPC. O citado dispositivo permite a formulação de um pedido genérico ou indeterminado quando não é possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou fato. Ora, não é essa a exata situação dos

---

[446] ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.* Op. Cit. P. 394/395.
[447] No mesmo sentido: NUNES, Leonardo Silva. COTA, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. *Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos*. Op. Cit. P. 1059. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo* coletivo. 6 ed. São Paulo: Editora JusPodivum, 2019. P. 144/145. BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios ao processo coletivo estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira.* Op. Cit. P. 74/75.
[448] VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática.* Op. Cit. P. 273/276.

problemas estruturais? Com efeito, não nos parece que seja necessário maiores malabarismos jurídicos para dizer que é plenamente legítimo que o autor em um processo coletivo estrutural possa trabalhar com um pedido aberto, que se limite a indicar a existência da necessidade da reforma e da tomada de uma providência pelo Poder Judiciário. Estabelecido estes dois elementos mínimos do pedido, a dinamicidade inerente a situação fática não geraria qualquer entrave. Os limites da jurisdição e o objeto sobre o qual se debruça, são certos, muito embora possam ser amorfos e mutáveis. Assim, evita-se dar ao Poder Judiciário um cheque em branco para atuar, pois a atividade jurisdicional fica limitada a solução do problema estrutural descrito na inicial e reconhecido em juízo durante a primeira fase do processo, mas se garante, dentro dessas linhas, uma maior flexibilidade acerca de quais questões devam ser solucionadas.

Um bom exemplo de como é possível trabalhar com um pedido relativamente genérico ligado a um problema estrutural está na ação civil pública n. 1035519-02.2020.4.01.3800[449], promovida pela Vale S.A. e a Agência Nacional de Mineração em razão dos inúmeras desastres ecológicos e humanos ligados a gestão de barragens de contenção de resíduos de mineração. No âmbito da ação, o Ministério Público Federal fez o seguinte pedido:

> (i.2) elaboração de um plano de trabalho de reestruturação da governança da primeira requerida. O plano deve incluir metas de curto, médio e longo prazo, explicitação da metodologia de trabalho, que deverá seguir padrões internacionalmente reconhecidos em termos de medidas preventivas de desastres, de transparência, responsabilidade, bem como incluir uma perspectiva de desenvolvimento das atividades empresarias da companhia que seja respeitoso aos direitos humanos, inclusive no tocante ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O plano deverá ser submetido ao juízo e aprovado, após manifestação das partes, no prazo que for judicialmente determinado;
> (i.3) implementação do plano aprovado na empresa, com a apresentação de relatórios periódicos em juízo, os quais permitam às partes debater em contraditório e, ao juízo, decidir acerca da efetividade das providências adotadas, alterando-as, se for o caso
> [...]
> iv. Determine a manutenção da intervenção até que o interventor ateste e a auditoria independente certifique a total reestruturação das políticas e práticas internas da Vale, em termos de prevenção de desastres, em um patamar hábil a autossustentarse no longo prazo. Alcançado esse patamar, requer a manutenção da supervisão judicial pelo período mínimo de 24 (vinte e quatro) meses, de modo a evitar
> retrocessos

Esta interpretação, que coloca os litígios irradiados como uma hipótese legal de admissão do pedido genérico e dá maior fluidez ao trabalho dos atores processuais e do

[449] Disponível em: https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/2020/inicial-acp-vale-anm-cvm.pdf. Último acesso em: 18/12/2023.

magistrado, é respaldada por um princípio conhecido do processo civil individual, mas que tem suas origens no processo civil coletivo: a primazia da solução do mérito. Em razão do inerente interesse público primário presente nas ações coletivas, deve o órgão julgador sempre priorizar a decisão de mérito, fazendo o possível para que a demanda seja efetivamente julgada e a lide resolvida, ideia que se apresenta, por exemplo, em institutos como o regime da coisa julgada "secundum eventos probationis" nos direitos difusos e coletivos em sentido estrito[450]. Em verdade, não se trata apenas de buscar a simples resolução do mérito. Isto porque o princípio em comento ganha também uma dimensão qualitativa, vez que importa não só alcançar a decisão de mérito, mas também garantir que esta seja a melhor decisão possível[451].

Deveras, embora, de regra, entenda-se a primazia da resolução do mérito como um mandato de otimização, cremos que também podemos compreendê-lo como um postulado normativo. Ou seja, não apenas como uma norma jurídica que visa regular condutas humanas (no caso, a conduta do julgador), mas como uma norma que regula a aplicação de outras normas. Nesse sentido, a primazia do mérito implica na necessidade de interpretar o ordenamento jurídico da forma com que garanta a mais ampla e efetiva tutela dos direitos coletivos em sentido amplo. Ideia esta que, sem dúvida, respalda a nossa interpretação inicial. Pois muito melhor a efetiva proteção e realização dos direitos coletivos lesados pelo problema estrutural, que o processo possa seguir de maneira dinâmica, sem estar preso ás necessidades de um pedido determinado e específico, que limita a atividade jurisdicional.

Por fim, no que tange ao tema da preclusão, ele é enfrentado por Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim em sua obra conjunta[452]. Os autores, de início, deixam claro que, em virtude do modelo experimentalista que deve guiar o processo coletivo estrutural, torna-se utópico pensar que as decisões estruturais devam seguir o rígido esquema de estabilidade, a qual inviabiliza qualquer alteração no decidido. No entanto, também reconhecem que, dentro do esquema do Direito positivo brasileiro, é inviável desejar que tais decisões sejam completamente imunes à preclusão e à autoridade da coisa julgada. Dessa forma, o que defendem não é a exclusão de tais institutos, mas sim uma nova compreensão baseada na ideia de que é possível existir graus de estabilidade distintos a diferentes decisões.

---

[450]DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit. P. 119/121.

[451] Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo.* Op. Cit. P. 159.

[452] ARENHART, Sergio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Felix. *Curso de processo estrutural* [livro eletrônico]. Op. Cit. P. n.p.

Para os autores, a ideia de que a preclusão implicaria em uma perene indiscutibilidade da decisão não seria compatível com a realidade jurídica. Isso porque existem diferentes modelos de estabilidade admitidos pela lei e pela jurisprudência. Esta afirmativa é feita em vista: **a)** ao reconhecimento que a coisa julgada e a preclusão não são um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para se alcançar certos fins, de maneira que poderiam ceder espaço quando em conflito com outros valores constitucionais, como ocorre quando os tribunais acolhem a tese da "relativização da coisa julgada"; **b)** a existência de regramentos legais próprios, que diferem na regra geral de estabilidade, como nos casos de estabilização da tutela provisória satisfativa (304 do CPC) ou da relativa vinculação do assistente processual à "justiça da decisão" quando este intervêm na demanda (art. 123 do CPC).

Adota-se, nesse diapasão, a teoria proposta por a Antonio do Passo Cabral. O autor propõe uma revisão da concepção clássica acerca da coisa julgada e da preclusão, indo além da visão tradicional do assunto, de maneira que ambos deveriam ser tratados dentro de uma "nova teoria da estabilidade". Dessa forma, seria necessário superar a ideia de que os espaços de estabilidade são linearmente superpostos à dimensão temporal do processo, projetando-se para o passado a partir de uma única "fonte" ou "momento originante". Em seu lugar, o autor sugere que a estabilidade deveria ser entendida como uma continuidade tendencial produzida por uma cadeia de vínculos. Ou seja, inexistiria um único evento do qual decorreria a estabilidade, mas uma cadeia de vínculos formado por posições jurídicas em uma relação reflexiva em que cada ponto da cadeia contribui para a estabilidade final adquirida. Essa concepção permitiria, inclusive, abrir a cadeia de estabilidade para o futuro, seja para abarcar (em seu efeito negativo), fatos posteriores, seja para facilitar a reabertura do debate estabilizado, vez que rejeita o formato de imutabilidade ou inalterabilidade[453].

Nas palavras do autor:

> No modelo aqui proposto, baseado em cadeias de vínculos abertos, faz, portanto, que os espaços de estabilidade não-lineares projetem-se não apenas para o passado, mas também para o futuro. Esta característica decorre da abertura constante das cadeias de vínculos, e tem repercussão tanto na concepção dos efeitos (negativo e positivo) das estabilidades, quanto no procedimento de quebra. De fato, por um lado, s então há absorção das preclusões na coisa julgada, seu efeito negativo permite a exclusão (por inadmissibilidade) das posições jurídicas posteriores contrárias à posição estável. Além disso, no paradigma da segurança como continuidade, há possibilidade de alteração do espaço de estabilidade, e então a retomada de um debate estabilizado não é impossível (porque rejeitado o formado de imutabilidade ou inalterabilidade), mas

[453]CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2014. P. 354/356.

> algo natural ao sistema. Ganha-se um movimento ao longo da linha temporal, o que autoriza considerar não apenas marcos temporais fixo no passado, mas também as expectativas legítimas e as prognoses futuras. Então, assim como nem todos os atos pretéritos estão incluídos na cadeia de vínculos, nem todos os aos futuros estão excluídos dos espaços de estabilidade. Não há mais os maniqueísmos do "antes" e "depois" e o modelo assume uma repercussão interprocessual das preclusões relevante para o tráfego jurídico[454].

Inclusive, a posição aqui expressa encontra amparo em recente enunciado aprovado na III Jornada de Direito Processual Civil, realizada em 2023. O enunciado 225 prevê que nos processos coletivos estruturais admite-se ao legitimado formular um pedido de elaboração e implementação de plano de recomposição institucional, seja pelo réu ou por terceiro, o qual, após as devidas oitivas dos interessados, será homologado e se tornará a meta da intervenção promovida pelo Judiciário. Veja, portanto, que se autoriza que o pedido se limite ao requerimento da elaboração do plano de reforma estrutural (com a devida fundamentação da demanda), cujo exato conteúdo e limites precisos serão definidos posteriormente, no decorre da demanda, sob o crivo de um processo dialógico e participativo. Dessa forma, relativiza-se a exigência do pedido determinado, exatamente na linha aqui estabelecida[455].

Dentro desta perspectiva, defende-se que as decisões estruturais deveriam ser inseridas e interpretadas no âmbito do inc. I do art. 505 do CPC. Tal dispositivo cria uma exceção à proibição contida no "caput" quanto ao reexame de questões já decididas no processo. O juiz poderá proferir nova decisão, revisando a provisão anterior, sempre que se tratar de uma relação jurídica de trato continuado em que sobrevenha modificação no estado de fato ou direito. Faz-se referência aqui as sentenças submetidas a cláusula "rebus sic standibus", aquelas que, embora sejam dotadas de estabilidade, admitem que haja nova apreciação acerca da matéria sobre a qual versam, em razão da peculiar característica da relação jurídica de direito material: a sua modificabilidade. Nesse sentido, vale destacar, não se trata propriamente de alterar a decisão anterior, mas sim de proferir nova decisão sobre o mesmo fato ou direito em razão da superveniência de uma alteração no quadro fático, ou jurídico[456].

Deveras, não é preciso fazer grande esforço para enquadrar os litígios estruturais nessa hipótese. Temos uma lesão coletiva que se protrai no tempo, que se coloca como uma situação

---

[454] Ibidem. P. 358.
[455] III Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2023. P. 59.
[456] DIDIER JE., Fredie. BRAGA, Paulo Sarna. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela.* 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2016. P. 626/630.

fática continuada, a qual legitima a aplicação da cláusula "rebus sic standibus" nas decisões estruturais, permitindo que, alterado o problema, haja a revisão das medidas estruturais.

Portanto, como se vê, não existe uma verdadeira incompatibilidade entre o modelo do processo coletivo estrutural e ordenamento jurídico processual, sendo plenamente possível harmonizá-los a fim de permitir a melhor tutela dos litígios estruturais.

4. A nossa visão sobre o processo estrutural para o controle de políticas públicas: o enfoque democrático e de soluções dialógicas.

Trabalhamos até o momento com o conceito nuclear do processo coletivo estrutural, bem como, com algumas de suas características essenciais. Com efeito, é inegável que esse novo modelo processual se demonstra como uma alternativa apta a garantir a tutela adequada das lides que envolvem e derivam de políticas públicas. No entanto, cremos que devemos ir além no que tange a matéria. Em nossa opinião, não obstante o fato de os conflitos decorrente da omissão ou insuficiência na execução de uma política pública se apresentem como litígios coletivos estruturais, eles exigem atenção a certos fatores especiais.

As políticas públicas possuem um regramento próprio na Constituição, de maneira que, se é verdade que o processo coletivo estrutural envolve a aplicação direta de valores constitucionais, é preciso que esse regime principiológico particular seja respeitado. Nesse sentido, chamamos especial atenção à incidência do princípio democrático. O art. 1º da Constituição expressa de maneira clara que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. A democracia, portanto, está no centro da própria concepção do ordenamento jurídico brasileiro pós-1988 e, não por outro motivo, é elencada como princípio constitucional sensível (art. 34, inc. VII, alínea "a", CR) e protegida, mesmo que não expressamente, enquanto cláusula pétrea (art. 60, §4º, inc. II e III, CR). Desse modo, deve ser ela entendida como verdadeiro metaprincípio, o qual rege, em especial, as políticas públicas, vez que estas, como já explorado, são instrumentos para a realização das próprias normas constitucionais.

Com efeito, a noção de democracia dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito não se limita somente a uma dimensão formal, expressando um conjunto de regras e procedimentos para o exercício do poder estatal. Ao contrário, ela engloba uma dimensão material, garantindo que todos os cidadãos terão a possibilidade de influir na vida estatal. Nesse sentido, são elementos essenciais ao princípio democrático tanto a existência de mecanismos

participativos e representativos na fiscalização e no exercício do poder estatal quanto a garantia de direitos processuais de participação nos processos coletivos de deliberação.[457]

No mesmo sentido escreve José Afonso da Silva. Como afirma o autor, a realização de um Estado Democrático não se limita apenas na simples formação de instituições representativas, mas na participação efetiva e operante do povo na coisa pública, de maneira a tornar o princípio democrático uma garantia dos direitos fundamentais. Argumenta o autor que a utilização da expressão "Estado Democrático de Direito" no art. 1º da Constituição tem grandes implicações em nossa organização constitucional. Isto porque o adjetivo "democrático" qualifica o próprio Estado brasileiro, de maneira que os valores da democracia irradiam os seus efeitos não só sobre a ordem jurídica, mas sobre todos os elementos do Estado. Assim, a democracia que se busca realizar é aquela participativa, com um crescente envolvimento do povo no processo decisório e nas formações dos atos de governo[458].

Nesse sentido comenta José Joaquim Gomes Canotilho. Muito embora o autor escreva sobre o assunto sob a ótica do ordenamento jurídico português, não vemos óbice para transportar as suas ponderações à realidade brasileira:

> A interpretação do postulado essencial do princípio democrático de que "todo poder vem do povo" reconduzia-se, na teoria clássica, à exigência da organização do estado segundo os princípios democráticos. Excepcionalmente, admitia-se que o postulado da organização democrática fosse extensivo aos partidos políticos em virtude da importância deste para a formação da vontade democrática. O princípio democrático, aponta, porém, no sentido constitucional, para um processo de democratização extensivo a diferentes aspectos da vida econômica social e cultural. A Revisão de 1994 (4ª Revisão) tornou explicita esta extensão aos próprios partidos políticos exigindo a observância de regras democráticas na formação dos órgãos dirigentes (CRP, art. 51.º/5). O controlo da gestão (art. 54.ªº/*b*), a gestão democrática das escolas (art. 77.º), a liberdade interna da impressa (art. 38.º/*a*), a participação na administração local (art. 233.º), são exemplos de atendimento do princípio democrático como participo informados do Estado e da sociedade. A democracia é, no sentido constitucional, *democratização da democracia*[459].

Deveras, não faltam no texto constitucional e infraconstitucional, a previsão de mecanismos de participação social na elaboração, implementação e fiscalização das políticas públicas. São alguns exemplos: o art. 198, inciso III, o art. 204, inciso II, art. 206, inciso VI, art. 216-A, inciso X, todos da Constituição, os arts.6º e 7º da Lei n. 8.842/94 (Política Nacional

---

457 SARLET, *IN*GO Wolfgang. MAR*IN*ONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. P. 276.
458 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. Cit. P. 117/119.
459 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito *Constitucional e teoria da constituição* Op. Cit. P.289/290.

do Idoso) e o art. 88 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O constituinte e o legislador buscam (corretamente) agregar a sociedade civil no ciclo das políticas públicas, seja pela participação direta ou indireta dos cidadãos, dando voz à suas preocupações e necessidades, legitimando a própria atuação estatal.

A ordem jurídica nacional, portanto, prima pela participação social no processo de formação das políticas públicas. Esta é a regra do nosso sistema, que os grupos interessados possam não só ter ciência, mas voz ativa na condução da máquina pública. Esta concepção já vem influenciado a certo tempo a construção da própria teoria do Direito Administrativo, incentivando ideias de uma gestão do interesse público marcada por um maior grau de participação popular[460] (o que alguns chamam de "Estado em rede"[461]).

Dito isso, não há motivo para que o Poder Judiciário não busque a realização do princípio democrático, mesmo que de maneira mitigada, no seu campo de atuação. Embora possamos defender a existência de uma nova concepção acerca da divisão de poderes no Direito Constitucional contemporâneo – o qual legitima uma atuação mais contundente do Poder Judiciário em favor dos direitos fundamentais – é inegável que persistem certos atritos que poderiam ser atenuados a partir de uma democratização dos processos judiciais. Afinal, grande parte dos desafios e críticas que se faz à intervenção judicial no âmbito das políticas públicas tem a sua origem em uma eventual usurpação pelos magistrados e atores processuais de uma decisão que deveria ser, em sua essência, coletiva.

Quando enfrentamos a questão da legitimidade democrática da intervenção judicial das políticas, a resposta que se dá, de regra, é um apelo a função contramajoritária do Poder Judiciário. É nesse sentido que argumenta Luís Roberto Barroso. Para o autor, uma das justificativas que permitiria aos magistrados anular decisões tomadas por agentes públicos eleitos e respaldados pelo sufrágio popular seria o conteúdo do próprio princípio democrático. Isto porque, muito além de se resumir ao princípio majoritário, a democracia também pressupõe a proteção de valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Assim, o bom exercício da jurisdição, em especial para realização das normas constitucionais, seria, antes de tudo, uma garantia para o regime democrático e não um

[460] Sobre o assunto: OLIVREIRA, Gustavo Just*i*no de. *Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In*. Cadernos da Escola de Direito e Relações *I*nternacionais da UniBrasil, vol. 07, n. 07, jan./dez/, 2007.
[461] MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo.* 12 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. P. 92.

risco (inobstante o autor reconheça a necessidade de uma deferência por parte do Poder Judiciário aos órgãos eleitos, em especial em casos sem respostas certas)[462].

Sem desconsiderar o mérito do argumento, ele não nos parece suficiente.

Adotando o conceito de legitimidade elaborada por Jeremy Waldron, podemos dizer que uma decisão é legítima quando ela tem a capacidade de gerar respaldo para a implementação das leis e da política, inclusive por parte daqueles que a ela se opuseram com base em razões substanciais. Nesse sentido, a legitimidade de uma decisão judicial pode ter duas bases. A primeira, quando um número considerável de pessoas concorda com a sua substância, com os valores emanados pela decisão (legitimidade em sua dimensão substancial). Posição que se adequa à tese de Barroso, vez que se invocaria o valor democrático para angariar suporte a decisão do tribunal. A segunda, quando a decisão é fruto de um procedimento justo, em que os seus opositores e defensores tenham a oportunidade de apresentar suas posições e que estas sejam respeitadas[463]. Para nós, essa é a melhor forma de se buscar a legitimação da atuação jurisdicional, vez que coloca dentro do processo o próprio jogo democrático.

Com efeito, nos parece certo de que, sem prejuízo de outras formas de legitimação das decisões judiciais, a aplicação do princípio democrático deve ser realizada sob o aspecto procedimental. Dessa maneira, dialogamos aqui com a teoria da democracia procedimental de Habermas. O autor se baseia sobre uma teoria discursiva acerca da democracia, a qual prega que a formação democrática da opinião e da vontade está associada a uma institucionalização de procedimentos e pressupostos comunicativos correspondentes, bem como à interseção entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas geradas de maneira informal. A legitimidade da decisão política, portanto, reside no seu processo de formação, na qualidade das redes de comunicações de esferas públicas e políticas. É por meio dessas redes de comunicação em que são formadas arenas em que se torna possível a formação de um discurso racionalizado que chegará à decisão final. A decisão deliberativa assume a sua legitimidade da estrutura discursiva em que se baseia, esta formada por diferentes discursos públicos que promovem a integração social em relação a qualidade racional dos seus resultados[464].

Com um elevado poder de síntese, resume-se a teoria de Habermas:

---

[462] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade* democrática. Op. Cit. P. 17.
[463] WALTRON, Jeremy. *Control de constitucionlidad y legitimidad política*. *In* Dikaion, vol. 27, n. 1, jan., 2018.. P.16/ 20.
[464] HABERMAS. Jürgen. *Facticidade e validade*. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021.P. 369/389

> Segundo a concepção da democracia deliberativa, de modo algum a influência da sociedade civil sobre procedimentos e pressupostos comunicacionais deve expor o processo de governo e de administração às vozes populistas de cidadãos ativistas, mas, ao contrário, contribuir para uma racionalização discursiva das decisões. Esse conceito de racionalização merece uma observação mais detalhadas. Racionalização é menos do que legitimação, mas mais do que constituição de poder. Legitimação poderia, afinal, ser também uma mera confirmação posterior. Porém, a racionalização por meio da discussão procedimentalmente controlada contribuiu também para a própria programação do poder político e para formar seus conteúdos. Somente o próprio sistema político poder tomar as decisões coletivamente obrigatórias e então implementá-las, ou seja, agir, em sentido clássico. As estruturas de comunicação da esfera pública formam, por sua vez, algo parecido a uma "rede ampla de sensores", que não podem governar por si mesmos, mas reagem a opiniões e problemas socialmente disseminados. Poder comunicativa, por si mesmo, não pode exercer dominação, mas pode dar certos direcionamentos ao processo do exercício político da dominação através de sua influência no âmbito da sociedade civil[465].

Essa ideia de democracia dialógica não é estranha ao processo. Pelo contrário, é possível encontrá-la na própria essência daquilo que consideramos como o conteúdo do princípio do devido processo legal e do contraditório. E sequer poderia ser diferente. Como afirma Piero Calamandrei, existe um certo paralelismo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. Afirma o autor que a dialética da democracia parlamentar se faz sentir na estrutura do processo, o qual reflete os valores do sistema político em que está inserido[466]. Assim, é inegável dizer que o processo já se amolda, de certa forma, a proposta da democracia procedimental de Habermas. Porém, pensamos que é preciso ir além, justamente por nos inspirarmos nas ideias de justiça pamprocessual e de devido processo legal coletivo (que já comentamos). Em suas feições tradicionais, a democracia do processo diz respeito apenas às suas partes. Porém, especialmente quando falamos de litígios estruturais, a democracia deve dizer respeito também às partes extraprocessuais.

---

[465] REESE-DCHÄUFER, Walter. *Compreender Habermas.* Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. P. 95.

[466] Nesse sentido comenta Pietro Calamandrei : « Em realidade, a dialética do processo é a dialética da democracia parlamentar. De certo modo (e *cum grano salis*), a pluralidade das partes na contenda judicial se assemelha à pluralidade das partes na luta política. Aquele pr*in*cípio de *I*niciativa e de responsabilidade das partes, que elva o nome de princípio dispositivo, por força do qual, no processo civil, qualquer parte, com a bondade de suas razões com a habilidade com a qual sabe fazê-lo serem compreendidas, pode ser o artífice da própria vitória (*faber est suae quisque fortunae*), tem muitos pontos de semelhança, com a dialética política dos governos parlamentares, nos quais cada partido, com a bondade do seu programa (e também, *In*felizmente, com a habilidade de sua propaganda), pode ser artífice da própria vitória eleitoral, e, portanto, da própria ascensão ao governo. A democracia é um regime em movimento, em contínuo esforço de conquista: um sistema d*in*âmico, animado por um contemos estímulo de melhora, e de superar o adversário na bondade dos programas e na eficácia persuasiva deles mesmos (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Unônoma do* México. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 87/88.)

É preciso, utilizando-nos da expressão de Boaventura de Sousa Santos, promover uma "revolução democrática da justiça". Significa dizer, o Poder Judiciário deve reconhecer o papel de relevância que assume no Estado contemporâneo enquanto um agente de transformação social, em especial no combate as injustiças estruturais. Para tanto, muito mais que respaldar uma atuação contundente em pró da efetivação dos direitos humanos, é preciso democratizar a justiça. Uma ideia que passa por repensar mecanismos não só procedimentais, mas também de acesso à justiça e de conduta judiciária[467]. É neste contexto que o processo coletivo estrutural deve se manifestar, enquanto uma saída democrática as tensões entre os Poderes e aos conflitos sociais dentro do Estado democrático de Direito. Deve ele buscar a implementações dos procedimentos necessários a garantir não só a justiça, mas a legitimidade das soluções.

4.1. O Poder Judiciário como um "fórum público" para tomada de decisões acerca de políticas públicas: o processo estrutural na proposta de Susan Surtm

O processo coletivo estrutural está apto a implementar essa "reforma democrática" que defendemos. Isto porque, em razão de sua maior flexibilidade, sua visão macroscópica da lide e sua abertura a intervenções atípicas de terceiros, ele se apresenta como um campo fértil para formas de tomada de decisão e condução do processo distintas do modelo tradicional. Em verdade, podemos afirmar que o processo coletivo estrutural, em razão de sua própria essência, se coloca como uma espécie de modelo de gestão de interesses. Ou seja, ele não busca apenas aplicar uma norma ou uma decisão judicial, mas sim a concretização de diferentes valores constitucionais e direitos fundamentais em um caso concreto. Ele não se funda, pois, em uma simples adjudicação de direitos, mas sim na realização de uma justiça distributiva, em que se considera diferentes fatores reais e diferentes interesses[468].

Assim, sendo processo coletivo estrutural uma expressão de litigância de Direito Público (cujas características já trabalhamos), ele desafia o "modus operandi" tradicional da atividade jurisdicional. A construção de um remédio estrutural é, de regra, muito diferente, do que a construção da solução para um litígio individual, o qual se pauta em um processo bipolar e adversarial. Já indicamos inúmeras características peculiares da abordagem estrutural: o foco do processo é prospectivo; há uma grande ênfase na colaboração das partes; busca-se

[467] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça.* 3 ED. São Paulo: Cortez, 2011. P. 33/40 e 102/109.
[468] BARROS, Marcus Aurélio de. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira.* Op. Cit. P. 68/69.

implementar a alteração ou a correção de um estado de coisas; etc. Com efeito, em razão do próprio modelo experimentalista em que se deve basear os remédios estruturais, não há uma única forma de conduzir o processo. Isto se reflete nos diferentes modelos de remédios estruturais que se apresentam em cada ordenamento jurídico. Por exemplo, o modelo do ECI não é semelhante ao modelo dos compromissos significativos, embora a finalidade dos dois seja a mesma, buscar respostas para lidar com problemas estruturais.

Inobstante, acreditamos que, dentro da proposta de um processo coletivo estrutural fundado em bases de uma democracia procedimental, em especial no que tange aos litígios envolvendo políticas públicas, o melhor modelo a ser seguido é aquele apresentado por Susan Sturm, o qual ela denomina de "modelo deliberativo". Nele o papel do Poder Judiciário é estruturar um processo deliberativo em que os "stakeholders" (as partes que possuem interesse na lide) possam desenvolver uma solução consensual partir de um diálogo racional, bem como avaliar a adequação do processo e dos remédios aplicados[469].

Segundo a autora, esse arquétipo de atuação judicial seria capaz de cumprir com todas as exigências para construção de uma "boa" solução estrutural: quais sejam[470]:

A) A existência, dentro do processo de tomada de decisão, de uma oportunidade para a participação daqueles que serão afetados ou responsáveis pelo remédio estrutural. Esta participação deve garantir que: **i.** os indivíduos, grupos e organização diretamente atingidas, responsáveis ou em posição para impedir ou obstar a implementação da reforma estrutural estejam envolvidas no processo; **ii.** os representantes dos grupos e organizações interessados sejam responsabilizáveis frente às coletividades que representam; **iii.** as formas de interação entre os indivíduos, grupos e organizações possam promover a cooperação, educação e consenso; **iv.** o processo respeite integridade das instituições governamentais; **v.** mitiguem eventuais diferenças de poder existente entre os participantes;

---

[469] STURM, Susan. *A normative Theory of Public law* remedies. *In* The Georgetown Law Journal. Vol. 79, 1991. P. 1427/1428.

[470] Ibidem. P. 1410/1411 No mesmo sentido Siri Gloppen: The success or failure of social rights litigation depend on (a) the ability of groups whose rights are violated to articulate their claims and voice them *In*to the legal system – or have the rights claimed on their behalf; (b) the responsiveness of the courts at various levels towards the social claims that are voiced; (c) the capability of the judges – that is, their ability to find adequate means to give legal effect to social rights; and (d) whether the social rights judgments that are handed down have authority *In* the sense that they are accepted, complied with and implemented through legislation and policy." (GLOPPEN, Siri, *Social Rights litigation as transformation: south African perspectives*. Chr. Michelsen *In*stitute, CMI Working Papwe Wp, 2005. P. 03/04.)

B) A salvaguarda a imparcialidade do julgador, permitindo que a decisão seja justa e baseada em fatos.

C) A promoção de um processo de decisão racional, significa dizer, o processo de diálogo deve ser formulado com base em uma análise racional, sendo o processo e as decisões lastradas em argumentos lógicos e razoáveis. Dentro desta perspectiva, deve se garantir que o processo de decisão tome em consideração toda a gama de perspectivas e considerações que podem afetar a efetividade, praticidade e justiça de uma proposta.

D) A produção de um remédio que seja racionalmente calculado para produzir a observância com a norma de Direito objeto que se deseja dar aplicabilidade.

Este modelo dialógico foi denominado por Stephen C. Yeazell de "town meeting", dentro do qual o juiz fomenta a comunicação com a sociedade, realizando eventos públicos para permitir a participação do maior número de interessados[471]. Como comenta Edilson Vitorelli[472], esta proposta ajuda a contornar o problema inerente aos litígios do tipo irradiado (do qual os litígios estruturais fazem parte): a multiplicidade de pessoas por eles impactados. A promoção de uma intensa comunicação formal (entre as partes do processo) e informal (com as partes fora do processo) não só amplia a visão sobre as diferentes circunstâncias fáticas envolvidas, permitindo verificar a razoabilidade e praticidade da decisão, como também mitiga a mutabilidade natural desses litígios, permitindo uma reanálise constante.

Ademais, o enfoque em um processo negociado se justificaria pela procura em diminuir a própria necessidade intervenção judiciais sobre o litígio. Neste sentido, de acordo com Abram Chayes, as partes são incentivadas a negociar, especialmente quanto à elaboração do plano para solução do problema estrutural, em razão de diferentes fatores: **a)** cada parte reconhece que deverá oferecer uma resposta ou ceder frente às demandas da outra parte, pois, caso o contrário, qualquer questão não resolvida será submetida ao exame judicial, podendo resultar em uma decisão menos aceitável ou proveitosa do que poderia ser atingida através do diálogo; **b)** é, de regra, vantajoso às partes, considerando as implicações e o escopo do processo, chegar a uma solução consensual, ao revés da resposta ser impositivamente fixada pelo juiz; **c)** a manutenção de um diálogo constante, com a apresentação de propostas, respostas e discussões

[471] PYEAZELL. Stephen C. *Intervention and the ideia of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. In* CLA Law Review, vo. 25, 1977.
[472] VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: Teoria e prática.* Op. Cit. P. 328/439.

nos autos (e não a mera formulação de contra-argumentos defensivos a tese da parte contrária) permite um controle maior das partes no resultado prático final do processo[473].

Vale ressaltar, nesse diapasão, que a necessidade de se promover tanto a participação social dos interessados quanto um modelo de atuação dialógico foram recentemente reconhecidas como características intrínsecas do processo coletivo estrutural na III Jornada de Direito Processual Civil, realizada em 2023.

O enunciado 220 estabelece expressamente que "é necessária a adoção de medidas para a cooperação do Estado e da sociedade civil na construção de soluções para a controvérsia estrutural, mediante participação dos potenciais atingidos e beneficiários da medida estruturante.". Conforme consta de sua justificativa, a existência de um problema estrutural acaba por demandar um processo mais aderente à realidade dos interessados resolvendo a raiz do problema e não somente lidando com suas consequências. Assim, os sujeitos processuais devem assegurar a participação e cooperação de todos aqueles que podem ser potencialmente atingidos pelas medidas a serem adotadas no âmbito do plano de reforma estrutural[474]. Ideia que ressona com o que foi defendido no decorrer deste trabalho.

Por sua vez, o enunciado 221 prevê que "a atuação dialógica e cooperativa do magistrado e demais sujeitos processuais é característica essencial do processo estrutural.". Novamente, a justificativa ofertada caminha no mesmo sentido das ideias aqui apresentadas, especialmente com a concepção do Poder Judiciário como um "fórum público" aqui defendida. Conforme se argumentou, os princípios da cooperação e do contraditório efetivo (art. 6º a 10 do CPC) devem ser alicerces para interpretação de toda a ordem jurídica em vigor, pautando o comportamento de todos os envolvido no processo. Dessa maneira, somente poderá ser denominada de "estrutural" aquela decisão que deriva de um contraditório forte e de uma intensa cooperação, judicial e extrajudicial, nacional e internacional[475].

Deveras, observe que há aqui uma mudança substancial da postura do juiz. Diferentemente de estratégias como o ECI, que vê o Poder Judiciário como o grande ator ativo da condução da reforma estrutural, o modelo dialógico coloca o enfoque nos atores sociais. Assim sendo, ele se aproxima mais da proposta sul-africana de compromissos significativos. O

[473] CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation.* Op. cit. P. 1299.
[474] III Jornada de Direito Processual Civil: enunciados aprovados. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2023 P. 56.
[475] Ibidem. P. 57.

Poder Judiciário se transforma, em um "fórum público"[476], cabendo ao magistrado garantir a integridade do processo comunicativo instaurado. Significa dizer, ele funciona como um supervisor dos diálogos, cabendo-lhe diligenciar para que: **a)** seja guardada a devida representatividade de todos os grupos, evitando a "abstratização" dos interesses coletivos em jogo[477]; **b)** todos os grupos que possam ser afetados tenham, ao mínimo, a possibilidade de participar, especialmente quando se tratam de grupos que não seriam ouvidos nos processos políticos comuns; **c)** as posições de cada grupo sejam razoavelmente consideradas, de maneira proporcional ao seu grau de interesse no litígio; **d)** impedir que eventuais diferenças quanto o poder econômico ou político influam na tomada da decisão[478]; **e)** superar os entraves que apareçam na discussão, aplicando sanções como forma de levar as partes a conversar, bem como

[476] De acordo com Matheus Casimiro, no âmbito dos processos estruturais o Poder Judiciário exerce uma função muito além da adjudicadora. Ele funciona como verdadeiro fórum de protestos, possibilitando que o grupo publicize o problema estrutural enfrenando, obtendo respaldo jurídico para a sua causa. Nesse sentido, mesmo no caso em que os resultados concretos da atuação judicial não se demonstrem tão efetivos, podemos falar em um efeito "simbólico" do exercício da atividade judiciária. É possível que o processo sirva para fortalecer movimentos sociais, aumento a consciência acerca do problema e o engajamento de diferentes grupos com os mesmos, além de fortalecer a narrativa de grupos minoritários ou oprimidos. Para o citado autor, a visão do Poder Judiciário como um "fórum de protestos", ajuda na expansão de uma democracia participativa, mitigando justamente a crítica democrática a *In*tervenção nas políticas públicas. (CASIMIRO, Matheus. *O judiciário como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. P. 929/932.)

[477] Sobre o assunto, comenta Sérgio Cruz Arenhart em uma forte crítica ao regime jurídico do processo coletivo brasileiro: "É curioso notar como o processo coletivo – e particularmente, o processo coletivo brasileiro – "abstrai" as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou *In*dividual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela coletiva culmina por "perssoalizar" os direitos *In*dividuais de massa e os direitos metaindividuais, de certa forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses *In*teresses, a partir de então, como se fossem direitos *In*dividuais. A opção do direito nacional pela legitimação *ex lege* atribuída a *In*stituições normalmente afastada da controvérsia (v.g., o Mistério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados e os Municípios) acaba por conceber um processo, muitas vezes "deslocado" da realidade. É comum que a pretensão deduzida no processo não represente exatamente a tutela que a sociedade deseja ou aquela que necessita". (ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de Interesses concorrentes.* Op. Cit. P. 1126.)

[478] Aqui temos novamente uma interessante posição exarada no enunciado 228 da III Jornada de Direito Processual Civil. Segundo tal enunciado, o juiz pode declarar formalmente a condição de vulnerabilidade processual da parte ou de grupo de pessoas nos processos coletivos estruturais, de ofício ou mediante requerimento. Na oportunidade, deverá o juiz também indicar a aplicação de institutos voltados a garantia a igualdades entre as partes. Veja que aqui se está a primar, justamente, pela igualdade material entre os envolvidos no litígio, de maneira a permitir que possam ser ouvidos em igualdade de condições, levando a um nivelamento de suas posições dentro do judiciário, permitindo que o processo seja conduzido de maneira mais eficaz e isonômica.

propondo soluções diretas nos casos em que se verifique, de forma razoável, que a continuidade dos diálogos não conseguirá atingir qualquer resultado[479][480].

Vemos, neste sentido, grande mérito na proposta de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira para se utilizar do procedimento de recuperação judicial prevista na Lei n. 11.101/2005[481]. O processo judicial de recuperação judicial, assim como o procedimento padrão para os processos coletivos estruturais aqui exposto, é bifásico. Primeiro, se verifica admissibilidade do pleito de recuperação, em concordância com as exigências legais. Há, em suma, a averiguação se a empresa se encontra em estado de insolvência jurídica e de que cumpre os requisitos que indicam a sua viabilidade econômica no mercado para fazer jus

---

[479] Fazemos essas propostas com base nas características que a doutrina menciona como essenciais para a efetividade de soluções baseados em um compromisso significa entre as partes. Lilian Chenwi e Kate Tissington, por exemplo, elencam os seguintes elementos: "*residentes or communities must be treated as partners in decision-mking, instead of having Information about decision passes down to them; engagement must be done with residents for communities both Individually and collectively; the engagement process should preferably be managed by careful and sensitive people; engagement should preferably facilitate the engagement process in every possible way. Structures must be put in place that are staffed by competent and sensitive council workers who are skilled in engagement; dependable and meaningful lines of communication must be maintained. There must be open communication channels; the engagement must be a two-way communication process, where both parties listen and try to understand the other's perspective; both sides must act reasonably and in good faith; the process must nr be done in secret; complete and accurate accounts of the process of engagement must be provided. These accounts must at least Include the reasonable efforts of the municipality in the engagement; the engagement process must be structured, coordinate, consistent and comprehensive, especially where large numbers of people might be affected. Thus, engagement needs to be developed as a structured long-term process; unplanned engagement may be appropriate in a small municipality where the possible eviction forms part of a development process; the parties must be proactive and not only defensive. They must show some resourcefulness in seeking a solution* (CHENWI, Lilian. TISSINGTON, Kate. *Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing.* Op. cit. P. 22). Tradução livre: "residentes ou as comunidades devem ser tratados como parceiros na tomada de decisões, em vez de lhes ser transmitida informação sobre as decisões; o envolvimento deve ser feito com os residentes e as comunidades, tanto individual como coletivamente; o processo de envolvimento deve ser gerido, de preferência, por pessoas cuidadosas e sensíveis; o envolvimento deve, de preferência, facilitar o processo de envolvimento de todas as formas possíveis. Devem ser criadas estruturas com trabalhadores municipais competentes e sensíveis, com aptidões para o envolvimento; devem ser mantidas linhas de comunicação fiáveis e significativas. Devem existir canais de comunicação abertos; o envolvimento deve ser um processo de comunicação bidirecional, em que ambas as partes ouvem e tentam compreender a perspectiva da outra; ambas as partes devem agir de forma razoável e de boa fé; o processo não deve ser feito em segredo; devem ser fornecidas contas completas e precisas do processo de envolvimento. Estes relatos devem, pelo menos, incluir os esforços razoáveis do município no envolvimento; o processo de envolvimento deve ser estruturado, coordenado, coerente e abrangente, especialmente quando um grande número de pessoas pode ser afetado. Assim, o envolvimento deve ser desenvolvido como um processo estruturado a longo prazo; um envolvimento não planeado pode ser adequado num pequeno município onde o possível despejo faz parte de um processo de desenvolvimento; as partes devem ser proativas e não apenas defensivas. As partes devem ser proativas e não apenas defensivas; devem mostrar algum engenho na procura de uma solução"

[480] Em sentido semelhante escreve Brian Ray. O autor indica as características fundamentais para que um compromisso significativo seja eficiente. Primeiro, é preciso que o dialogo seja visto como um processo interativo, o qual deve ser manejado pelos tribunais, inclusive, com a possibilidade de o Poder Judiciário decidir sobre questões quando as partes não consigam chegar a um acordo. Segundo, os tribunais devem estar dispostos a aplicam sanções as partes que não se disponham a participar de maneira significativa no diálogo. Por fim, os tribunais devem manter a sua jurisdição sobre o caso, para garantir que o processo comunicativo funcione. (RAY, Brian. *Engagement's possibilities and limits as socioeconomic rights remedy*. *In* Washington University Global Studies Law Review, vol. 09, n. 03, 2010. P. 413/417).

[481] DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit.

às medidas de soerguimento. Já na segunda fase há a formação da Assembleia Geral de Credores, formada por todos os titulares de créditos em face à empresa em soerguimento. Será a esta Assembleia Geral a quem deverá se apresentar o plano de recuperação judicial, o qual será discutido entre as classes de credores e, ao final, aprovado ou reprovado.

Chama-se, assim, atenção especial a tal Assembleia Geral. Como indica a doutrina, ela é um instrumento hábil a trazer credores e devedor ao um necessário foro de negociação, sem o qual os métodos de superação da crise financeira poderiam se mostrar ineficientes. A sua função é essencialmente ser um foro de negociação de forma transparente, onde seja possível uma coordenação dos interesses envolvidos, com regras que equilibram as forças e possam estabelecer a vontade da maioria[482]. Trata-se, pois, de um órgão que busca viabilizar a participação da coletividade de credores no decorrer de todo o processo de recuperação judicial (inclusive em eventual falência). Por meio dela se pode tomar decisões estratégias, além de permitir a formação e expressão da vontade coletiva do grupo a partir das vontades individuais manifestadas em seu seio, segundo suas regras de funcionamento[483].

A instalação de uma assembleia-geral durante a segunda fase do processo estrutural poderia ser útil como uma forma de alcançar um elevado grau de participação social e impedir um tumulto desnecessário no andamento no processo. Neste diapasão, poderia se alcançar tal resultado lançando-se de instrumentos como aqueles previsto no art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/99, o qual, versando sobre as ações de controle abstrato de constitucionalidade (ações que nada mais são do que uma espécie de processo coletivo especial[484]), autoriza a realização de audiências públicas e a tomada de depoimentos de terceiros. Quiçá poder-se-ia aplicar de maneira analógica as próprias disposições da Lei n. 11.101/2003, em uma visão ampliada do microssistema de tutela coletiva.

Em todo caso, o uso de um método baseado em uma assembleia geral, ou outros semelhantes, os quais coloquem o enfoque da discussão nas mãos daqueles não só interessados, mas afetados pelo litígio coletivo, teria o respaldo do princípio maior do devido processo legal coletivo. Em verdade, serviria para atenuar as tenções geradas sobre a separação dos poderes em razão da intervenção judicial no âmbito das políticas públicas. O Poder Judiciário não deixa de lado o manto de "interventor" ou de "administrador ad hoc*"*, e se torna um agente equalizador das vozes e interesses que circundam a volta

[482]BEZERRA FILHO, Manoel Just*in*o. [et. al]. *Recuperação empresarial e falência*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 154/156

[483] SCALZILLI, João Pedro. SP*IN*ELLI, Luís Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na lei 11.101/2003.* 3 ed. São Paulo: Almedina, 2018. P. 285.

[484] ALMEIDA, Gregório Assagra de. MELLO NETO. Luís Philippe Vieira de. *Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova summa divisio adotada na CF/88 (Título II*, Capítulo I). *In* Rev. TST, vol. 78, n. 03, jul./set., 2011. P. 87

do problema estrutural, dando um canal para que diálogos possam ser travados de maneira regrada, continuada e progressiva, além de conferir efetividade as soluções encontradas.

5. Podemos falar em processo coletivo estrutural no Brasil?

A grande questão que se coloca sobre nós ao nos aproximamos do encerramento deste trabalho é quanto à viabilidade de se aplicar o processo coletivo estrutural no Brasil. É inegável que a teoria nos indica a necessidade da construção de um novo paradigma processual; em especial, de um novo modelo de tutela coletiva capaz de solucionar os litígios complexos que decorrem das políticas públicas. No entanto, a mera menção a princípios, teses abstratas e experiências estrangeiras, de nada servem se o modelo do processo coletivo estrutural não for compatível com o Direito positivo brasileiro. Afinal, mesmo que filiado a correntes pós-positivistas, este trabalho ainda tem como seu objeto de estudo as normas jurídicas que formam o ordenamento nacional. Assim sendo, iremos enfrentar tal problemas em duas etapas. Primeiro, examinaremos se as normas positivadas são compatíveis com o processo coletivo estrutural. Segundo, analisaremos a aplicação do processo coletivo estrutural na jurisprudência.

Adiantando desde já nossa posição, deixamos claro que acreditamos que o Direito positivo brasileiro está apto a implementar o processo coletivo estrutural. Já indicamos anteriormente que não há uma incompatibilidade entre o sistema processual, em especial, o microssistema de processo coletivo, e o processo coletivo estrutural. Pelo contrário, a teoria processo coletivo estrutural se constrói sobre os pilares erguidos pela teoria do processo coletivo geral. Princípios como a primazia do exame do mérito, a atipicidade e a máxima efetividade são peças-chaves para operar o processo coletivo estrutural. Por meio deles, podemos perfeitamente encontrar harmonia entre as peculiaridades desta nova espécie de tutela coletiva e institutos crassos ao processo em geral. Assim, não é necessária uma nova legislação para trazer a ideia de reforma estrutural ao seio do controle de políticas públicas (o que mais importa, parece, é uma mudança de mentalidade do operador do Direito). Porém, certo é que, se houvesse uma normatização do tema, ela não seria negativa, trazendo mais segurança jurídica e facilitando que se lance mão do processo coletivo estrutural no dia a dia.

5.1. Propostos legislativas para implementação do processo coletivo estrutural

A preocupação em adequar a legislação processual às necessidades dos litígios envolvendo ou derivados da execução e planejamento de políticas públicas não é recente. Na

seara legislativa, podemos citar como exemplo o PL n. 8085/2014, de autoria do então deputado federal Paulo Teixeira. O objetivo desse projeto é criar um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, o PL traz uma série de disposições interessantes. Primeiro, elege como princípios fundantes da atuação judicial, entre outros, a proporcionalidade, o equilíbrio orçamentário e o mínimo existencial (at. 2º, *caput*). Além disso, deixa expresso que o processo judicial para controle de políticas pública será, necessariamente, estrutural, policentrico, dialógico, colaborativo, flexível, devendo prever o adequado acompanhamento das decisões (art. 2º, parágrafo único). A lei também cria um procedimento segmentado. Há uma fase preliminar, voltada a angariar informações acerca das circunstâncias da política pública "subjudice" - momento em que se admitiria a realização de audiências públicas e a participação ampla de *amicus curiae* (art. 6º a 10). Em seguida, o magistrado fixaria um juízo de admissibilidade e razoabilidade do pedido da atuação da Administração Pública, abrindo prazo para o contraditório (art. 14 a 17). Na decisão de mérito, o projeto permite que o juiz determine, independentemente do pedido do autor, o cumprimento de decisões de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, as quais poderão, inclusive, ser objeto de alteração, de ofício ou a requerimento, na fase de execução para melhor se adaptar ao caso concreto (18 e 20).

Mais recentemente, novos projetos para alteração da LACP, um dos lastros centrais do microssistema de tutela coletiva, trouxeram em seu âmago algumas modificações voltadas a atender as exigências impostas pela crescente complexidade e as peculiaridades dos litígios coletivos contemporâneos. Trata-se dos PL's 4778/20, 4441/20 e 1641/21. Embora os citados projetos não mencionem em seu corpo expressamente sobre o processo coletivo estrutural, cada um traz diferentes elementos que poderiam servir para viabilizar e facilitar a implementação desse modelo de tutela processual diferenciada.

De início, o PL 4778/2020 mostra-se o mais pobre sobre o assunto. Há importante menção em seu art. 13 acerca da ampla possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais entre as partes do processo, cuja validade deve ser controlada pelo magistrado. Trata-se de previsão salutar, deixando claro a viabilidade de se proceder a uma adequação procedimental pela via consensual, abrindo espaço para um grau mais elevado de flexibilização do processo em pró das necessidades concretas do litígio. Nesse sentido, o art. 16 do PL traz abertura para participação de "amicus curie" em todas as espécies de ação coletiva, recomendando de maneira direta a realização de ao menos uma audiência pública (medidas

interessantes no sentido de aumentar o modelo democrático defendido nesse trabalho). Por fim, o seu art. 23 admite uso de provas por amostragem, o que mostraria como meio viável de fazer prova de um problema estrutural coletivo (muitas vezes difundido no corpo social) e a eventual fiscalização da implementação de um plano de reforma estrutural.

A despeito de contar com tais disposições, o referido projeto padece de certa timidez frente ao escopo dos PL's 4441/20 e 1.612/21.

Primeiramente. o PL 4441/20 é, certamente, um dos mais audazes do que tange a trazer à tona um modelo semelhante ao do processo coletivo estrutural. De proêmio, há uma elevada preocupação em garantir a devida representação dos grupos afligidos ou eventualmente interessados no litígio (de novo, o que coaduna com o modelo democrático aqui defendido) e garantia de seus direitos à ciência do processo e participação. A atenção dada a este ponto é vista, por exemplo, nos arts. 6º, §1º, e 7º, §3º, os quais dispõe sobre a necessidade de adequada legitimação pelo autor coletivo – o que pressupõe, nos termos do PL, a afinidade de interesses com a coletividade substituída e a aderência à situação litigiosa do grupo –, bem como sobre a fixação de competência de acordo com fatores de proximidade da residência dos membros do grupo e das necessidades de publicidade e divulgação dos atos processuais. Em consonância, o art. 10 estabelece sobre a ampla publicidade a ser dada à ação coletiva, permitindo, inclusive, o uso da rede mundial de computadores, rádios, jornais, entre outros meios.

Ademais, vale trazer atenção às disposições dos arts. 18, 19 e 22 do referido PL.

O art. 18 versa sobre a intervenção de terceiros, admitindo a participação do "amicus curie" e prevendo, pela primeira vez em um texto normativo, a participação da Defensoria como "custo vulnerabilis". No entanto, parece-nos de maior relevância os §§6 e 7º de tal dispositivo, os quais permitem que o juiz admita no processo outros sujeitos que demonstrem interesse relevante e utilidade na sua atuação para a solução da lide, os quais poderão adotar a posição processual que melhor atenda ao interesse por eles tutelados. Trata-se de norma salutar em um processo de feições democrática e representativa, que vai além dos limites comuns do "amicus curie" e amplia o escopo da participação social do processo.

Por sua vez, o art. 19, cujo texto dispõe sobre a decisão de saneamento, prevê que o juiz, ao sanear o feito, poderá delimitar os grupos titulares do direito objeto do processo, definir poderes dos sujeitos intervenientes, bem como definir as regras de participação dos membros do grupo nos autos em audiências públicas ou durante os demais atos processuais. Novamente,

trata-se de disposição que visa amplificar a ideia de "representatividade pelo processo" que consideramos inerente ao processo coletivo.

Já o art. 22 traz disposição interessante em seu §3º, prescrevendo que o juiz poderá fracionar o julgamento de mérito, ou estabelecer condicionamentos à eficácia da sentença, se tais providências permitem uma solução mais eficiente do litígio. Assim, por meio de tal norma se viabiliza o modelo "padrão" de processo coletivo estrutural antes defendido, em que se segmenta o processo em diferentes fases, enfrentando o problema estrutural em partes, promovendo, com cada avanço, uma decisão parcial de mérito.

Por derradeiro, o PL 4441/20 ainda inova ao trazer um capítulo voltado especificamente à autocomposição coletiva. Neste âmbito, é de grande relevância o seu art. 28, o qual propõe que qualquer negociação ou celebração de instrumento de autocomposição deva ser conduzido com transparência, bem como lançar mão de consultas públicas, reuniões, audiências públicas ou qualquer outra forma de participação dos colegitimados e interessados. Esta disposição é complementada pelo art. 41, o qual admite a celebração de negócios jurídicos processuais antes e durante o processo, inclusive para o cumprimento de sentença e da execução. Ambos os dispositivos têm um importante papel em pavimentar a via consensual para devida solução de litígios coletivos, mas não só. Em especial no que tange ao art. 28, ele coloca em evidência que a solução consensual deve ser pautada na devida consideração e intervenção dos grupos interessados e não apenas na atuação dos legitimados coletivos.

Já no que tange ao PL. 1641/21, há também uma série de previsões de interessantes sob a ótica do processo coletivo estrutural. A começar por seu art. 2º, este elenca os princípios que regeriam o processo coletivo, em especial: a participação social – a qual deve ser feita pela designação de consultas, audiências públicas e outras formas de participação –; o efetivo diálogo entre juiz, as partes e os demais Poderes do Estado e a sociedade na busca da solução plural e adequada especialmente para casos complexos e estruturais; a flexibilidade do processo e pragmatismo, devendo se reconsiderar todas as consequências práticas e jurídicas das decisões judicias e soluções consensuais. Deveras, veja que já há aqui menção aos litígios estruturais (embora não ao processo estrutural), havendo ênfase na feição adaptável do processo coletivo, como por nós defendido sob o prisma do princípio da máxima efetividade.

De mais a mais, novamente vemos preocupação com a devida representação do grupo pelo autor coletivo e a aderência deste à realidade fática (art. 7º, §1), bem como com a fixação da competência de acordo com a melhor tutela do litígio (art. 8º, §2º). Uma interessante

disposição quanto ao processo coletivo estrutural, está na expressa admissão da alteração do pedido e da causa de pedir em razão de circunstância superveniente, independentemente da anuência do demandado, contida no art. 13, parágrafo único. Como já sabemos, trata-se de uma característica fundamental do processo voltado aos litígios estruturais, marcados por um elevado grau de mutabilidade. No mais, também chama a atenção o art. 14, o qual prevê que, antes mesmo de oportunizar a defesa ao demandado, o juiz deverá, nas causas complexas, especialmente que versem sobre políticas públicas, requisitar informações da autoridade responsável, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de controle responsável; não só, poderá designar audiência especial para buscar de autocomposição das partes.

Há ainda disposições em consonância com o PL 4441/20, no qual se permite: a ampla intervenção do "amicus curie" (art. 20) – havendo também disposição em favor da Defensoria Pública enquanto "custo vulnerabilis" (art. 21); a identificação dos grupos titulares do direito discutido, inclusive, com a possibilidade de controle acerca da necessidade de ampliação do rol de autores nos casos da existência de inúmeros subgrupos (art. 22, §1º). Ademais, temos importante previsão no art. 25, §2º do PL, no qual se admite, frente às peculiaridades do caso e as dificuldades fáticas ou financeiras para produção de provas, tanto a solicitação da colaboração de órgãos públicos, universidades e entidades de pesquisa, quanto da utilização de financiamento por meio de recursos advindos de fundos públicos municipais, estaduais ou federais que possuam entre o seu objeto ou atribuição o custeio de perícias em processos coletivos. Por fim, temos o art. 26, §5º, que, ao normatizar sobre a sentença coletiva, dispõe de maneira expressa que poderá ela determinar a alteração em estrutura institucional, pública ou privada, de natureza cultural, econômica ou social, a fim de adequar seu funcionamento aos parâmetros legais e constitucionais. Ou seja, legitima uma decisão estrutural.

Feita essa breve análise, não há dúvida de que todos os projetos (especialmente o PL 8085/2014, bem como os PL's 4441/20 e 1641/21) trariam grandes avanços ao processo coletivo, com inúmeros instrumentos que facilitariam a implementação do processo coletivo estrutural. No entanto, ressaltamos o ponto anteriormente explicitado, não nos parece que sejam necessáro promover modificações ao sistema processual existente para viabilizar o processo coletivo estrutural. Eventuais alterações poderão ser extremamente salutares, porém, o Direito positivo brasileiro já está apto a receber a operar o processo coletivo estrutural.

5.2.Caminhos para implementar o processo coletivo estrutural pelo Direito positivo

Já indicamos anteriormente que é possível lançar mão de regras já previstas no nosso ordenamento jurídico para instrumentalizar e dar efetividade ao processo coletivo estrutural. São normas que podem ser invocadas nesse sentido: **a)** art. 324, inc. II, do CPC, o qual permite a formulação de um pedido genérico; **b)** art. 356, inc. II, do CPC, o qual versa sobre o julgamento antecipado parcial de mérito, o que permitiria segmentar a discussão da lide em diferentes fases; **c)** art. 505, inc. I, do CPC, o qual autoriza a revisão de questões já decididas, em razão de se submeterem a uma cláusula "rebus sic standibus"; **d)** o art. 139, inc.. IV, V e VI, do CPC. os quais concedem poderes ao juiz para adotar todas as medidas necessárias à efetivação de suas decisões e à adequada tutela do direito (como a dilação de prazos, alterar a ordem de produção de provas, adoção de medidas executivas atípicas etc.), além de permitirem que esse recorra a meios consensuais de solução do conflito a qualquer tempo.

Além disso, existem ainda outros caminhos por nós não explorados, mas que também parecem legítimos para permitir a condução do processo coletivo estrutural. Nesse sentido, alguns autores defendem a possibilidade de se trabalhar com medidas estruturais dentro do regime jurídico da tutela das prestações de fazer (art. 497 e ss. do CPC). Isto porque tal espécie de execução permitiria, por sua própria natureza, uma maior flexibilidade, na medida em que a tutela poderia ser adaptada ou moldada às exigências do caso concreto sob a alcunha da busca pela "tutela pelo resultado prático equivalente"[485].

Sobre o assunto vale destacar o escrito por Sérgio Shimura sobre a ideia de "tutela específica" no processo coletivo. Como destaca o autor, além de ser ela o meio preferencial para sanar as lesões aos direitos essencialmente coletivos (e, se nos é permitido opinar, os direitos individuais homogêneos também), ela implica na busca de respostas diversificadas de acordo com a situação jurídica assegurada pelo direito material, de modo mais rente e fiel possível àquilo que é assegurado pela lei. Dessa sorte, a tutela específica permite o manejo de uma ampla gama de remédios e providências a fim de atingir o resultado prático desejado[486]. Ideia esta estampada no art. 83 do CDC, o qual, certamente, pode servir de lastro para adoção de medidas estruturais atípicas, em pró da devida tutela dos direitos metaindividuais.

---

[485] PINTO, Henrique Alves Pinto. *A condução de decisões estruturais pelo código de processo civil de 2015: breve análise teórica e pragmática. In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. P. 563

[486] SHIMURA, Sérgio; *Tutela coletiva e sua efetividade.* Op. Cit. P. 105.

Nesse sentido, para nós, a aplicação do processo coletivo estrutural em muito se beneficia do chamado "princípio da adaptabilidade", o qual se traduz justamente na possibilidade que é dada ao juiz para conformar o processo ao caso concreto[487]. Em verdade, trata-se de um verdadeiro dever de adequação do processo ao direito material, o qual deriva diretamente do acesso à justiça em sua dimensão substancial[488].

Como já indicamos, adota-se hoje uma concepção instrumental do processo, ou seja, as formas processuais não são um fim em si mesmo, mas são meios a realização do direito material. Dentro deste prisma, o direito ao acesso à justiça exige que a tutela seja efetiva, adequada e eficaz[489], o que passa, necessariamente, pela existência um procedimento adequado ao bem da vida. Ora, se a previsão pela ordem jurídica de um direito material é desacompanhada de um procedimento adequado para sua concretização, temos, basicamente, a previsão de um direito meramente potencial, irrealizável. Isto porque, se lesado ou ameaçado, não existiriam meios capazes de tutelar tal direito eficazmente em juízo.

Assim sendo, se reconhece plenamente a existência de um direito subjetivo ao processo adequado[490]. Trata-se de verdadeiro direito fundamental e, assim, dotado de aplicabilidade imediata por imposição do §2º do mesmo dispositivo constitucional. Logo, a simples falta de regras processuais não pode ser obstáculo a sua concretização, cabendo, na ausência de lei expressa, ao juiz suprir a omissão[491].

Sobre o assunto, transcrevem-se os apontamentos de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. e Daniel Mitidiero[492], acerca do que chamam de "direito ao processo justo":

> Neste momento importará o direito ao procedimento, compreendido como via capaz de garantir os direitos à participação e à efetividade do direito material. Vale dizer: como direito ao processo justo (art. 5.º, LIV, da CF). Objetiva-se demonstrar que o autor tem o direito de participar de forma plena no processo – influindo sobre o convencimento do juiz, atuando para obter a tutela do direito e controlando a racionalidade da atividade estatal – e, por consequência, o direito ao procedimento

---

[487] DIDIER JR. Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. P. 06. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf Último acesso em 22/10/2022.

[488] MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. Op. Cit. P. 275.

[489] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* Op. cit. P. 303 e 302.

[490] MED*IN*A, José Miguel Garcia. Curso de direito processual civil moderno. Op. cit. P. 274.

[491] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* Op. cit. P. 306.

[492] MAR*IN*ONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil [livro eletrônico*]: teoria geral do processo civil. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 336/339 e 347/351.

> idôneo às necessidades do direito material.[...] A aferição do direito de participação no caso concreto deve ser feita a partir da tutela jurisdicional do direito almejada, sendo esse o seu parâmetro de adequação.[...] para que o autor possa participar adequadamente, atuando de modo a realmente poder exigir a efetiva tutela do direito material, há a necessidade de que o procedimento aberto à participação seja estruturado de maneira idônea. Ou melhor, não basta imaginar que a proclamação do direito de ação e do direito à participação é suficiente para legitimar a proibição da tutela privada e do monopólio estatal de distribuição de justiça. É preciso que o autor possa se valer das técnicas processuais hábeis à efetiva tutela do direito material [...] não há como admitir, no Estado Constitucional, que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva possa se limitar ao ato que instaura o processo, como se esse direito fundamental pudesse ser apenas o direito de propor a ação ou de pedir a tutela jurisdicional. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é o direito de agir em juízo em busca da tutela jurisdicional efetiva do direito material, e isso está a quilômetros de distância dos antigos conceitos de direito de ir a juízo e de direito de pedir a tutela jurisdicional.

O CPC de 2015 deu grandes passos no sentido de dar vasão as necessidades do direito material dentro do processo. A nova sistemática processual se demonstra mais flexível, sendo dotado de uma série de "cláusulas gerais" que dão ao juiz e as próprias partes a oportunidade de construírem um processo único e ajustado ao caso concreto. Portanto, é possível dizer que houve uma verdadeira mudança substancial sobre aquilo que se entendia como "procedimento comum". Isto porque se percebeu que o legislador jamais seria capaz de prever todas as hipóteses de litígios que exigiriam técnicas diferenciais, motivo pelo qual ocorreu um distanciamento de um modelo processual calcado em uma inflexibilidade procedimental e na tipificação restrita dos procedimentos especiais[493].

Nesse ínterim, traz-se a lume uma série de dispositivos que exemplificam essa compreensão mais aberta acerca do procedimento jurisdicional: **a)** o art. 139, inc. IV e VI, do CPC que versam sobre o poder do juiz de determinar todas as medidas necessárias para garantir o cumprimento das ordens judiciais e o poder de dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de provas, de forma a adequar o processo às necessidades do conflito; **b)** o art. 190 do CPC, que versa sobre os negócios jurídicos processuais; **c)** o art. 191 do CPC, que estabelece a possibilidade de calendarização dos atos processuais; **d)** o art. 327, §2º, do CPC, que prescreve o chamado "livre trâmite das técnicas especiais"; **e)** o art. 357, §3º, do CPC, que versa sobre a audiência conjunta de saneamento do processo.

Assim sendo, é plenamente possível afirmar que o processo comum não é um conjunto de atos estanques e imutáveis, mas consiste em um modelo procedimental modular e que pode

[493] DIDIER JR. Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais, dos procedimentos às técnicas*. Op. Cit. P. 91.

ser adaptado conforme as exigências do direito material[494] Assim, vence-se o paradigma da legalidade rígida, adotando-se plenamente a tônica da flexibilidade dos atos processuais. Dessa maneira, rejeita-se a ideia de uma atipicidade fechada dos procedimentos especiais e os seus instrumentos; as técnicas especiais devem servir como uma "moldura", permitindo que sejam aplicadas a casos não previstos originalmente pelo legislador, mas no âmbito dos quais se mostram plenamente aptos a concretizar o direito a um processo adequado[495].

Em todo caso, não se trata de conceder um poder arbitrário ao juiz ou às partes para transfigurarem o processo civil. As adequações procedimentais devem sempre ter em vista a melhor tutela do direito material, devendo se mostrar proporcionais (adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito) e razoáveis ao caso concreto. Não só, o uso do princípio da adaptabilidade procedimental deve ser utilizado de maneira pontual, como uma verdadeira "ultima ratio", a qual se lança mão como último recurso para garantir a realização dos preceitos fundamentais que regem a atuação jurisdicional.

Além disso, nunca se poderá promover qualquer alteração em prejuízo direto às garantias fundamentais das partes no processo. Segundo Fredie Didier Jr, ao se lançar mão do princípio da adaptabilidade é imperioso que o juiz sempre avise previamente às partes, não só para garantir a higidez do contraditório, mas para que não sejam surpreendidas por um desvio inesperado da rota do processo[496]. No mesmo sentido, Fernando Gajardoni[497] lembra alguns requisitos fundamentais que devem ser observados em qualquer caso de flexibilização procedimental, a saber: a) finalidade: a flexibilização só é autorizada quando servir à tutela imprescindível do direito material, à proteção à parte hipossuficiente ou para garantir a utilidade do procedimento; b) contraditório útil: antes de decidir o juiz deve permitir que as partes se manifestem, participando da construção da decisão e argumentando contra ou a favor das mudanças; c) motivação idônea, cumprindo com o art. 93, inc. IX, da Constituição

---

494 CERQUEIRA, Társis Silva de. *A nova face do procedimento comum do novo código de processo civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de Interpretação do art. 327, §2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. In* Revista de processo, São Paulo, vol. 273, 2017. P. 105.

495 DIDIER JR. Fredie. CABRAL, Antonio do Passo. Cunha, LEONARDO Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais, dos procedimentos às técnicas*. Op. cit P. 90/96.

496 DIDIER JR. FREDIE. *Sobre dois importantes, e esquecidos, prIncípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.* P. 06. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf Último acesso em 22/10/2022.

497 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. P. 104/111.

Dito isto, parece-nos que os atuais desafios que se lançam sobre o controle judicial das políticas públicas justificam que se lance mão do princípio da adaptabilidade para suprir o *déficit* experienciado na tutela judicial justa e eficiente desse tipo de litígio. Não estamos diante de uma situação ordinária, mas sim de hipótese extrema, em que se coloca em xeque os direitos fundamentais da população e a própria efetividade da atividade jurisdicional. Desta maneira, a opção por deixar as coisas como estão é pior do que permitir que o juiz promova as alterações procedimentais necessárias à devida e legitima resolução dos litígios, mesmo sem expressa previsão legal. Com efeito, cabe sempre lembrar que não se trata de permitir que o juiz atue à revelia do ordenamento jurídico. A adequação do processo neste caso deriva diretamente da aplicação da Constituição, dando concretização ao princípio do acesso à justiça, interpretando o CPC sobre um filtro constitucional. Está, portanto, amparada em toda teoria instrumental e constitucional do processo a que já fizemos referência acima.

5.3.A jurisprudência

Talvez a jurisprudência seja o campo mais fértil para o processo coletivo estrutural.

O primeiro exemplo que pode ser mencionado é o julgamento da ADPF 347. Foi em sede desta ação de controle de constitucionalidade, a qual versava sobre a situação do sistema carcerário brasileiro, em que o STF lançou mão, pela primeira vez, do ECI. A ação havia sido proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em razão da falha generalizada na política penitenciária brasileira, a qual dava origem a uma série de violações sistemáticas e coletivas aos direitos fundamentais da população carcerária. Vale ressaltar que desde o início o processo foi dotado de contornos estruturais. Da leitura da inicial percebe a argumentação em favor de uma intervenção judicial que se utiliza de remédios mais flexíveis e dialógicos. Em verdade, a parte autora chega a abordar, inclusive, os grandes desafios que envolvem o controle judicial de políticas públicas: a falta de legitimidade de democrática e a falta de capacidade técnica (eficiência) por parte dos magistrados para decidir sobre o assunto.

Destaca-se o seguinte trecho da inicial:

> Porém, tanto a questão da capacidade institucional, como o respeito ao espaço legítimo de deliberação democrática, indica que, em casos como o presente, a melhor solução para o estado de coisas inconstitucional é alcançada por meio de técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e cooperação entre os diversos poderes estatais. Foi o que se deu em casos referidos no item anterior, julgados por outros

> tribunais constitucionais e internacionais: ao invés de a solução para o problema constitucional diagnosticado vir pronta do tribunal, atribuiu-se ao governo a possibilidade de formulação de plano para a sua superação, com prazo certo e recursos assegurados. Os planos, nessa hipótese, devem ser aprovados pelo Judiciário, que depois monitora a sua implementação, contando para tanto com a assessoria de entidade independente dotada da necessária expertise, e se beneficiando também da participação da sociedade civil durante o processo[498].

De fato. O STF abraçou a ideia da dos remédios estruturais, declarando, em sede de julgamento de medida liminar, a compatibilidade do ECI com o ordenamento jurídico nacional. Conforme restou consignado pelo voto do Min. Marco Aurélio, os problemas estruturais exigem uma postura diferenciado do Poder Judiciário, demandando que este atue no sentido de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem o alcance de uma solução. Assim, a atuação do tribunal se volta a tirar o Poder Público da inicia, incentivando os debates sobre a edição e aplicação de políticas públicas, coordenando ações e monitorando resultados. Destaca-se os seguintes trechos do voto da medida liminar[499]:

> Com relação aos problemas causados pela chamada "cultura do encarceramento", do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo. Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes. [...]
>
> Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático. No caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na sub-representação parlamentar como na impopularidade desses indivíduos. A primeira decorre do fato de os condenados criminalmente ficarem impedidos de votar e serem votados. Têm os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal). Então, não gozam de representação política direta [...]
>
> Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição

---

[498] ‘’P. 21. Acesso em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjeto*In*cidente=4783560. Último acesso em: 29/09/2023.

[499] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Órgão julgador: Tribunal pleno, Mi*n*. Relator: Mauro Aurélio, data do julgamento: 09/09/2015 data de publicação: 19/02/2016. P. 10 et seq.

> dos presos, de grupo social. minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática. No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso. Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias.

Recentemente, houve o julgamento definitivo do feito. É interessantíssimo analisar o acórdão proferido, vez que muitas de suas conclusões caminham exatamente no sentido das teses levantadas neste trabalho. O primeiro ponto de interesse é, com certeza o voto vista do Min. Luíz Roberto Barroso, no âmbito do qual consta um tópico específico para tratar do processo coletivo estrutural em que o Ministro disserta sobre a natureza e características essenciais do instituo. Nesse sentido, nota-se há a eleição dos seguintes elementos como notas centrais (na visão do Ministro) do processo coletivo estrutural: **a)** caráter bifásico do feito; **b)** flexibilidade processual; **c)** dialogicidade como regra; **d)** coletividade e multipolaridade; **e)** complexidade da solução[500]. Observa-se que o tema foi inclusive objeto de elucidação na ementa do julgado, o qual elencou três ideias principais ao processo coletivo estrutural:

> III. CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS
> 3. Os processos estruturais têm por objeto uma falha crônica no funcionamento das instituições estatais, que causa ou perpetua a violação a direitos fundamentais. A sua solução geralmente envolve a necessidade de reformulação de políticas públicas.
> 4. Tais processos comportam solução bifásica, dialógica e flexível, envolvendo: uma primeira etapa, de reconhecimento do estado de desconformidade constitucional e dos fins a serem buscados; e uma segunda etapa, de detalhamento das medidas, homologação e monitoramento da execução da decisão.
> 5. A promoção do diálogo interinstitucional e social legitima a intervenção judicial em matéria de política pública, incorporando a participação dos demais Poderes, de especialistas e da comunidade na construção da solução, em atenção às distintas capacidades institucionais de cada um

[500] BRASIl. ADPF 347, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 04/10/2023, Data de Publicação 19/12/2023. P.122/123. Acesso em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256. Último acesso em: 10/12/2023.

As medidas impostas pelo STF ao Poder Público também refletem a ideia do processo coletivo estrutural. Além de haver determinações no que tange a atuação do Poder Judiciário (indicando a necessidade dos juízes e tribunais realizarem as audiências de custódia, fundamentarem a não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, entre outras), o STF julgou procedente os pedidos formulados pela autora para: **a)** determinar que o Governo Federal elabore, no prazo de 06 meses um plano nacional para superação, em no máximo 03 anos, do ECI; **b)** para que os Estados e Distrito Federal elaborem e implementem planos próprios, nos moldes do plano da União e após a apresentação deste. Tais planos estruturais deverão ser elaborados com participação do CNJ, bem como submetidos a homologação no STF. Além disso, o tribunal ainda manteve a sua jurisdição, afirmando expressamente que a execução de cada plano será feita sob supervisão do STF e monitoramento do CNJ.

De lá para cá, a sua utilização tornou-se mais corrente. Recentemente a ECI foi novamente invocada pelo STF no bojo da ADPF 976 a fim de tratar da política nacional das pessoas em situação de rua. Com efeito, tal ação constitucional é um segundo um exemplo de uma boa condução de um processo coletivo estrutural, ao lado da ADPF 347. Veja que na ADPF 976, o STF, tão logo decidiu sobre a tutela provisória requerida pelos autores, determinou a adoção de uma série de medidas típicas da reforma estrutural, como: **a)** que o Poder Executivo federal formulasse um plano de ação e monitoramento para a implementação da política nacional as pessoas em situação de rua, em 120 dias; **b)** que os Poderes Excetivos Municipais e Distrital realizassem o diagnóstico pormenorizado da situação de seus respectivos territórios acerca da quantidade de pessoas em situação de rua e das políticas colocadas em ação para o seu atendimento, no prazo de 120 dias.

Além disso, os autores, bem como, os demais atores sociais que participam da ADPF 976, tem assumido uma postura muito mais ativa na condução do processo e na tentativa de realizar a sua promessa de promover uma reforma estrutural. No dia 27 de setembro de 2023 foi apresentado um embargo de declaração conjunto em que os atores processuais pleitearam a integração do acórdão que deferiu as tutelas provisórias acima mencionadas (entre outras). O pedido se substância, essencialmente, na construção de um modelo de retenção de jurisdição e de monitoramento, por meio do qual se possa buscar a implementação das medidas aplicadas pelo STF, garantindo a sua efetividade e continuidade da reforma estrutural.

Transcreve, o seguinte excerto dos embargos:

> Tais desideratos constantes do acórdão seriam melhor e mais adequada e imediatamente alcançados se fosse a decisão embargada integrada pelos seguintes elementos: i. a determinação que o plano a ser elaborado pelo Poder Executivo Federal deva ser homologado e monitorado pelo STF; ii. a imposição aos entes federais que atribuam prioridade absoluta às populações em situação de rua em suas políticas habitacionais; e iii. a determinação da adoção de medidas de busca ativa para inclusão da população em situação de rua no Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico)[501].

Como se pode observar, o processo coletivo estrutural vai sendo, paulatinamente, desenvolvido pela prática judiciária do STF. No entanto, ele não se limita apenas a jurisdição daquela corte. A teoria do processo estrutural já vem sendo referenciado também no STJ como um importante instrumento para a intervenção judicial no campo das políticas públicas.

Uma das primeiras referências ao processo coletivo estrutural na jurisprudência do STJ pode ser encontrada no REsp 1733412/SP [502].

O recurso especial fora interposto em sede de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo, a qual pretendia uma ampla reforma voltada a sanar irregularidades na prestação dos serviços públicos de saúde por um dado hospital municipal (um problema possivelmente estrutural). Assim sendo, o Ministério Público elaborou ao final de sua peça inicial a indicação de uma ampla lista de pedidos, formada por mais de 30 itens que deveriam ser objeto de correção em primeira instância[503]. A ação havia sido julgada improcedente, entendendo o juízo de primeiro grau que não haveria que se falar em omissão do Poder Público, inexistindo, justificativa para a intervenção judicial. Interposto o recurso, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença de improcedência.

Ao receber o recurso especial, o STJ reconheceu de pronto que a matéria se encaixava enquanto um litígio estrutural. Então, o Ministro Relator, Og Fernandes, conduziu o seu voto pontuando a origem histórica do processo estrutural e as suas linhas teóricas. Ele ressaltou a necessidade de uma mudança de concepção em relação a todos os atores envolvidos na condução da demanda, desde a formulação dos pedidos até o julgamento de mérito e a execução, a qual teria caráter diferenciado, com necessidade de acompanhamento reiterado do

---

[501] P. 21. Acesso em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjeto*In*cidente=4783560. Último acesso em: 29/09/2023.

[502] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.733.412/SP, relator M*In*istro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/9/2019, DJe de 20/9/2019

[503] O número de primeira *In*stância do processo: 0040900-80.2011.8.26.0053. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0003F3E0000&processo.foro=53&processo.numero=0040900-80.2011.8.26.0053 Último acesso em: 30/09/2023,

judiciário. Nesse inteirem, o STJ deixou claro que não havia que se falar em impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Para o Ministro Relator, a longa lista de pedidos seria benéfica, pois permitiria o diagnóstico do problema, permitindo ainda, o seu aprimoramento conforme houve o seguimento do processo e novos canais de comunicação fossem formados. Por fim, consignou-se que a busca por uma tutela molecular e estrutural a este tipo de lide seria preferível e incentivada ao revés de somente lhe tutelar em ações individuais, considerando as inúmeras consequências e ramificações do feito.

Além desse caso, é possível também citar também o Resp. n. 1.854.842/CE[504].

Tratava-se de recurso especial interposto em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual cujo objeto era um possível problema estrutural relativo à execução de medidas protetivas infantojuvenis. A ação originária discutia a manutenção de adolescente em instituições de acolhimento para além do teto permitido pela lei. A matéria já havia sido objeto em uma série de outras ações coletivas de mesma natureza, o que demonstrava a existência de um quadro de disfunção generalizado nos serviços de acolhimento da municipalidade. Porém, o juiz de primeira instância extinguiu o feito, rejeitando liminarmente o pedido, argumentando a existência de repetitividade da matéria e que já existiria sentenças proferidas em casos semelhantes resolvendo a questão.

Dessa feita, ao conhecer do Resp., o STJ reformou a decisão de primeiro grau, determinando a continuidade do feito. A Ministra Relatora, Nancy Andrighi, ressaltou que uma questão como a discutida na ação não poderia comportar um julgamento prematuro. Antes de tudo, ela deveria ser examinada sob diferentes óticas, desde a perspectiva do Poder Público e as suas limitações institucionais até a visão das famílias afetadas e da sociedade em geral. Assim, reconheceu-se a existência de um litígio estrutural complexo e plural; porém, indo além, a Relatora indicou de maneira expressa a incapacidade da concepção clássica e tradicional do processo civil para dar a tutela adequada a estes conflitos. Dessa forma, fez-se um apelo à tutela estrutural da demanda, buscando não só resolver o problema de uma única família, mas de todos os jovens que se encontrem na mesma situação, sob pena de se negar uma tutela jurídica minimamente adequada a um problema de magnitude social, política e cultural.

É de se notar, portanto, que o processo coletivo estrutural já vem encontrando respaldo nas decisões de nossos tribunais. Em especial, sua aplicação ocorre em casos envolvendo o

[504] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.854.842/CE, relatora M*In*istra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 4/6/2020.

controle judicial de políticas públicas. Trata-se de um fato que atesta sua capacidade, ao menos aos olhos da jurisprudência, de remediar muitos das dificuldades no exercício da jurisdição nestes casos, atenuando o conflito entre os Poderes e permitindo o avanço no que tange a implementação de políticas públicas amplas, que tragam benefícios a toda a sociedade e não somente a beneficiários individuais. No entanto, a análise dos casos apresentados também nos indica que a implementação processo coletivo estrutural ainda encontra em sua infância. Há ainda uma certa dificuldade em se valer de medidas estruturais e utilizá-las em seu potencial máximo (não pela falta de respaldo normativo positivo, mas pela falta de prática e sistematização geral da matéria). Inobstante, é inegável que há amplo espaço para se discutir o processo coletivo estrutural no Brasil e expandir suas bases teóricas.

6. Estudo de caso: ACP da Lagoa da Conceição

Chegamos ao final de nossa pesquisa nos propondo a realizar um estudo de caso a fim de examinar a efetiva potencialidade do processo coletivo estrutural em tutelar de maneira adequada e eficaz os litígios envolvendo políticas públicas. Existem inúmeros exemplos em que o modelo do processo coletivo estrutural foi utilizado e demonstrou-se capaz de produzir resultados positivos. Podemos citar os seguintes casos:

> **(A)** A ação civil pública do carvão (processo n. 93.8000533-4)[505]: tratou-se de ação coletiva ajuízada na Justiça Federal de Santa Catarina, a qual buscava a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental em uma região degradada pela atividade de mineração de carvão no Município de Criciúma. A sentença de primeira instância condenou os réus (o que incluiu as mineradoras, a União e o Estado de Santa Catarina) a apresentar em 06 meses um plano de recuperação da área atingida, a ser executado em cronograma estabelecido mês a mês, em um prazo de 03 anos. A despeito dos recursos interpostos (que não lograram alterar substancialmente a decisão, apenas redistribuindo e individualizando a responsabilidade de cada réu), iniciou-se o cumprimento de sentença em vista da concessão de tutela provisória. Tal fase executória se deu em 04 etapas: na primeira, houve obtenção das informações necessárias para subsidiar a adoção das medidas adequadas para concretizar a decisão judicial; na segundo fase, houve o desenho das

[505] ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão.* Op. Cit. P. 216.

medidas a serem tomadas, bem como a padronização dos objetivos a serem atingidos; na terceira etapa, houve a apresentação dos projetos de recuperação pelos réus, com a formação de um grupo de assessoramento técnico do juízo (composto por representantes técnicos de todas as partes), o qual tinha por principal função a propositura de métodos, técnicas e estratégias de recuperação ambiental; na quarta fase houve o início da execução dos cronogramas apresentados pelos réus, sendo que cerca de 73% da área degrada já contavam com um cronograma de atividades a ser executado até o ano de 2020.

(B) A ação civil pública das barragens (processo n. 1005310-84.2019.4.01.3800): tratou-se de uma ação coletiva promovida pelo Ministério Público Federal em face da União e da Agência Nacional de Mineração (ANM). O seu objetivo era promover uma reestruturação da atividade de fiscalização de barragens no Brasil por meio da apresentação pelos réus de um plano de ação específica, com duração mínima de 10 anos, a ser executado sob fiscalização judicial. A demanda foi uma reação aos sequenciais desastre ambientais e humanos ligados aos rompimentos de barragens, em especial o caso de Brumadinho e Mariana, alegando-se a existência de um verdadeiro problema estrutural no que tange a atuação do Poder Público no monitoramento e fiscalização da segurança das barragens de mineração. Nesse sentido, a ação, desde seus primórdios, foi construída para se desenvolver enquanto um processo coletivo estrutural. Veja que consta expressamente entre seus fundamentos jurídicos um tópico voltado especificamente ao processo coletivo estrutural, sendo que os pedidos formulados são tipicamente estruturais, como, por exemplo, o requerimento para a concessão de tutela provisória no sentido de obrigar os réus a apresentar um plano de reestruturação de suas atividades no prazo de 180 dias. Deveras, o decorrer do processo foi marcado por um amplo diálogo e cooperação entre as partes. Tão logo recebida a inicial, foi marcado data para audiência de conciliação entre as partes, no âmbito da qual a ANM concordou, com aval da União e do Ministério Público Federal, com a apresentação de um cronograma para o início das atividades de fiscalização das barragens (pedido que havia sido feito em sede de cautelar pelo Parquet). Já em uma segunda audiência (após a ANM ter cumprido com a apresentação do cronograma) vislumbrou-se a possibilidade de uma solução consensual entre as partes, iniciando-se um processo de negociação que resultou na elaboração de um acordo estrutural. Entre as cláusulas

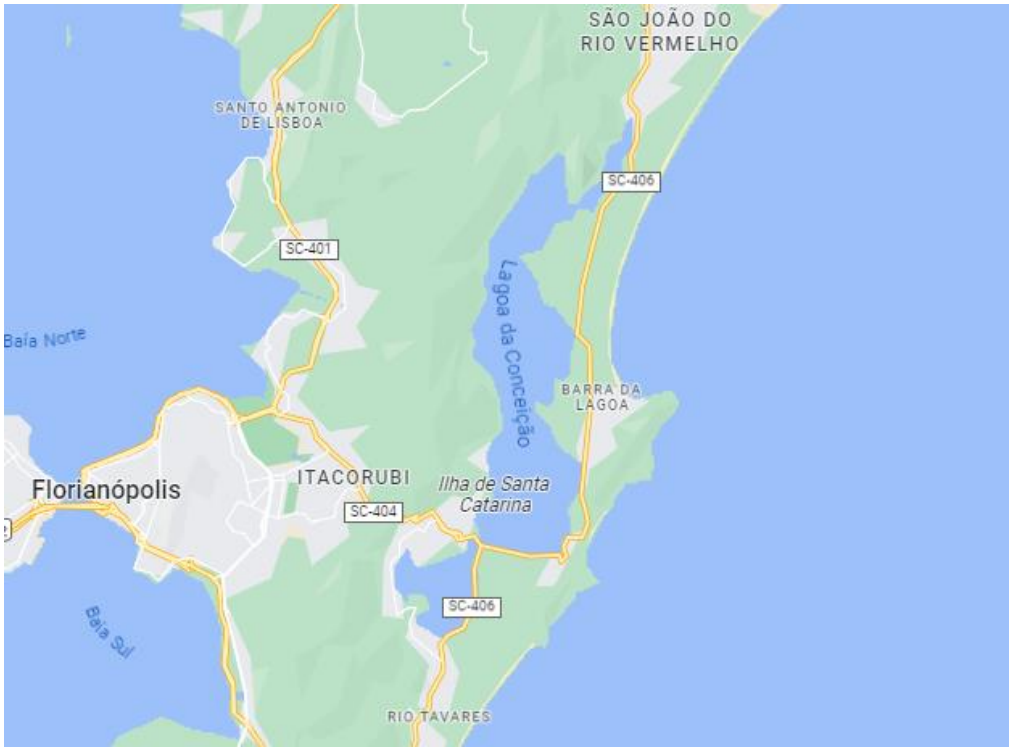
do acordo constou expressamente (cláusula sexta) a elaboração de um plano de reestruturação sob responsabilidade da própria ANM, tendo a União se comprometido a verter em favor da autarquia todos os recursos humanos e materiais necessárias para sua execução. Hoje, o processo foi baixado definitivamente, estando o acordo em plena execução.

(C) Ação civil pública climática (processo n. 5048951-39.2020.4.04.7000): trata-se de uma hipótese de uma "litigância climática", um novo tipo de demanda judicial, o qual busca exigir o cumprimento do direito fundamental "à estabilidade climática", por meio da imposição ao Estado e à particulares de obrigações relativas à gestão de riscos climáticos e mitigação ou reparação dos efeitos da mudança do clima. Este tipo de demanda tem fundamento tanto nas normas nacionais que impõe a proteção ao meio ambiente quanto nas normas internacionais de combate às mudanças climáticas, em especial, o aquecimento global. Como se vê, este tipo de litígio acaba tendo feições complexas, vez que implica, em muitos casos, em pedidos para forçar as esferas estatais ou organismo particulares a implementar políticas de: diminuição da emissão de gases de efeito estufa; avaliação de risco e adoção das medidas necessárias para prevenir danos futuros; responsabiliza relativos aos danos causados pelas mudanças climáticas. Portanto, tratam-se de ações que, no mais das vezes, exigem a criação de verdadeiras estruturas de gerência ambiental e reformulação da atuação de atores estais e particulares, o que as aproxima do processo coletivo estrutural. Este é justamente o foco da ação civil pública ora comentada, a qual foi proposta pelo Instituto de Estudos da Amazônia em face a União, objetivando a condenação desta a cumprir com sua obrigação jurídica de fazer consubstanciada no Plano de Ação para Prevenção e controle do Desmatamento na Amazônia Legal, vinculado à Política Nacional sobre a Mudança Climática, a fim de que o índice de desmatamento no ano de 2020 não ultrapasse a taxa de 3.925 Km^2. Veja que pedido é em si estrutural, vez que embora genérico em sua superfície, implica em uma verdadeira estruturação do Estado brasileiro para cumpri-lo, com alocação de recursos orçamentários humanos e informacionais.

Não obstante esses exemplo, decidimos aqui nos debruçar em detalhe sobre um caso específico, qual seja, a ação civil pública n. 5012843-56.2021.4.04.7200[506], em tramite perante a primeira instância da Justiça Federal de Santa Catarina, cujo objeto versa sobre a falha na gestão socioambiental da Lagoa da Conceição no Município de Florianópolis. Embora se trate de uma ação que ainda está em andamento (não havendo resultado final), cremos que há uma série de pontos de interesse que tornam relevante o seu estudo. Em especial, destacamos desde já: **a)** ela foi construída, desde sua inicial, para ser um processo coletivo estrutural; **b)** foram requeridas, expressamente, a aplicação de medidas de natureza estrutural, inclusive, a elaboração de um plano judicial para enfrentamento do problema a longo prazo; **c)** foi criado um órgão especial de gestão democrática e integrada, com participação da sociedade civil e do Poder Público, para acompanhar a solução do problema.

6.1.O contexto fático

FIGURA 02 – Lago da Conceição, Florianópolis - SC



GOOGLE MAPS, 2023

[506] Para fins de facilitar a pesquisa por parte do leitor, preparamos uma pasta compartilhada que conta com a integralidade do processo até novembro de 2023: https://drive.google.com/drive/folders/1mxby3IDKO71Sxz7GKdnoP7T5VF9RBQIo?usp=drive_link. Último acesso em: 11/11/2023.

A bacia hidrográfica da Lagoa da Conceição (denominado, doravante, somente de Lagoa da Conceição) corresponde a um complexo de ecossistemas associados e localizados em um extenso ambiente lagunar, o qual se conecta ao mar por meio do canal da Barra da Lagoa. Geograficamente, a Lagoa da Conceição está situada na porção leste do Município de Florianópolis- SC, na ilha de Santa Catarina, no Oceano Atlântico. Trata-se um complexo ecossistema de interface oceano/terra de grande importância ambiental e social.

Do ponto de vista ecológico, sua relevância decorrente do fato de a Lagoa da Conceição prover uma ampla gama de serviços ecológicos essenciais, bem como por abrigar diferentes espécimes da fauna e da flora local. Dentro de seus limites temos dois espaços territoriais especialmente protegidos na forma de unidades de conservação de proteção integral: o Parque Natural Municipal das Dunas da Lagoa da Conceição e o Parque Estadual do Rio Vermelho. Por sua vez, do ponto de vista social, o seu entorno é pontuado por inúmeros sítios arqueológicos ligados à ocupação histórica da região pelos povos Sambaquis, Itararés e Carijós. Além disso, também estão presentes diversas comunidades de pescadores tradicionais, sendo que a Costa da Lagoa foi tombada como Patrimonio Histórico Natural de Florianópolis. Temos, pois, um local de grande interesse ao patrimônio público (em seu sentido mais amplo) e que traz, consigo uma confluência de diferentes interesses.

Ocorre que, desde a década de 90, a Lagoa da Conceição vem sofrendo um processo de degradação ecológica, com perda da qualidade ambiental e dos potenciais de uso ambiental de seus recursos. A região enfrenta um sério problema ligado à poluição cumulativa, notadamente no tocando ao descarte de dejetos e esgoto sem o devido tratamento (com o incremento da presença de material orgânico na água,) associado ao desmatamento, destruição de nascentes, canalização da água e a ocupação irregular de áreas de preservação permanente.

Um dos fatores por trás deste estado de coisas seria uma gestão sanitária e ambiental ineficaz por parte das autoridades públicas. A situação ambiental da Lagoa da Conceição é objeto de inúmeras ações coletivas, as quais, ao longo dos anos, buscaram a condenação do Poder Público a adoção de medida para prevenir e recuperar os danos ambientais causados. Cita-se, como exemplo, a ação civil pública n. 0007539-94.2003.4.04.7200, movida pelo Ministério Público Federal em prejuízo do Município de Florianópolis, objetivando a proteção do entorno da Lagoa da Conceição, com levantamento de todas as ocupações localizados em faixa de marinha. Também podemos citar a ação civil pública n. 5020003-06.2019.4.04.7200,

movida pelo Ministério Público Federal, que tem como objeto o devido licenciamento ambiental das estações sanitárias localizadas na região.

Mais recentemente, em janeiro de 2021 ocorreu o rompimento da barragem da lagoa de evaporizarão (a qual era utilizada como local de lançamento do afluente tratado pela Estação de Tratamento de Esgotos da Lagoa da Conceição), gerida pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN). O episódio liberou toneladas de sedimentos e material orgânico na Lagoa da Conceição. Não só, além dos impactos ecológicos decorrentes do desastre, também houve sérios impactos humanos. O rompimento ocasionou a inundação da Servidão Manoel Luiz Duarte, contabilizando cerca de 80 pessoas atingidas.

O fato ensejou a propositura de uma ação civil público por parte do Ministério Público Federal (processo n. 5004793-41.2021.4.04.7200), embasada, especialmente, na omissão do Poder Público em levantar dados sobre a dimensão dos danos ambientais causados, bem como a falta de adoção de medidas para sua mitigação. Segundo documentação anexa ao processo, o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA) já requeria a tomada de providências acerca da barragem desde 2016, vez que ela não mais tinha capacidade para atender a demanda decorrente do crescimento da população urbana. No entanto, a CASAN não teria tomado providencias adequadas, mesmo sendo devidamente cientificada.

Como se observa, o quadro fático prévio a propositura da ação civil pública em análise (processo n. 5012843-56.2021.4.04.7200) demonstra uma situação de desorganização estrutural relativa às políticas ambientais voltadas a preservação e uso sustentável da Lagoa da Conceição. Inobstante a existência de diferentes entidades públicas diretamente envolvidas na tutela ambiental (em virtude da convergência de interesses de todos os níveis federais), inclusive com diferentes grupos de trabalho e órgãos de participação social, não havia uma gestão ecológica coordenada e eficaz. Tudo isto desaguava na existência de inúmeros litígios ambientais, cada qual vetorizado em ações coletivas diferentes, revolvendo-se acerca de assuntos conexos, qual seja, a situação de degradação ambiental da região.

6.2. A ação civil pública

Percebendo tal contexto verdadeiramente caótico, as associações ONG Costa Legal, Associação Florianopolitana das Entidades Comunitárias – UFECO e Associação Pachamama, (com assistência do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de

Risco e do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica, ambos da UFSC), ajuizaram uma ação civil pública de natureza estrutural na Justiça Federal de primeira instância de Santa Catarina. A inicial descreveu de maneira expressa a existência de um problema estrutural consistente na incapacidade das entidades públicas de formularem uma gestão e uma governança adequada para proteção, controle, monitoramento e fiscalização da qualidade ambiental da Lagoa da Conceição, o que tem como consequência o colapso da integridade de tal ecossistêmica e violação de direitos fundamentais.

Segundo a própria petição vestibular, as autoras argumentam a necessidade da tomada de medidas estruturais em razão:

(A) Da existência de diversas ações judiciais sobre o mesmo problema (a proteção ambiental da Lagoa da Conceição), mas cujas decisões, proferidas de maneira isolada e não sistemática, não se mostraram suficientes para resolver a situação;

(B) Da falta de coordenação e efetividade dos órgãos públicos responsáveis, com sobreposição de competência e existência de órgãos e grupos de trabalho pouco efetivos.

(C) Da ineficiência e morosidade da atuação do Poder Público no âmbito administrativo, comprovado, especialmente, em razão: **i.** do elevado índice de incidência da prescrição intercorrente nos processos administrativos voltados a apuração da prática de ilícitos ambientais; **ii.** o reconhecimento pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina acerca da falta de controle sobre os processos administrativos de cobrança de multa por infrações ambientais; **iii.** a manifesta inércia do IMA para fiscalizar as estações de tratamento de esgoto da região.

(D) Da ocorrência do desastre do rompimento da barragem de evaporizarão da CASAN.

A ação civil pública foi proposta em face do Estado de Santa Catarina, do Município de Florianópolis, a Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina (ARESC), o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA), a Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis (FLORAM) e a CASAN. Além disso, foi solicitada a intimação da União, da IBAMA, do ICMBio e do IPHAN para fins de manifestarem acerca de sua participação na causa, tendo em vista a existência de potencial interesse federal na demanda.

No que tange aos pedidos, as autoras formularam uma ampla lista de medidas a serem adotas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, é interessante notar como se estruturaram os

pedidos de maneira a permitir um enfrentamento escalonado e segmentado da lide, em consonância com o que se esperaria de um processo estrutural. Analisemos:

1º. De início, além de requerer-se a produção de informações pelos órgãos públicos envolvidos (não só aqueles presentes no polo passivo da demanda, mas outros como o Conselho Estadual do Meio ambiente e a Diretoria de Licenciamento Ambiental do FLORAM, entre outros), os autores pediram a instituição liminar de uma Câmara Judicial de Proteção da Lagoa da Conceição (CJ- PLC), com a finalidade de assessorar o juízo na adoção das medidas estruturais necessárias, a ser composta por membros do Poder Público e da sociedade civil.

2º Em seguida, requereu-se, afora a citação dos réus, a formulação de um Plano Judicial de Proteção da lagoa da Conceição (PJ-PLC), a ser elaborado com base nos subsídios produzidos pela CJ-PLC e das informações trazidas aos autos. O PJ-PLC deveria conter as medidas necessárias para proteção ecológica da área, com, no mínimo: **i.** a designação de um guardião dos direitos e interesses da própria Lagoa de Conceição, com poderes para proteger o seu valor intrínseco e garantir sua existência; **ii.** o diagnóstico e identificação dos problemas existentes, com base em estudos que foram feitos ou a serem realizados; **iii.** o estabelecimento de diretrizes e prioridades que considerem o problema de efetivação dos direitos humanos; **iv.** a definição de ações e medidas específica a serem implementadas pelos demandados; **v.** a definição de cronograma de prazos e metas a serem atingidas; **vi.** a indicação de valores necessários para o atendimento de medidas a serem implementados e as respectivas fontes de custeio; **vii.** a promoção de audiências públicas; **viii**. a elaboração de sítio na web para promover a publicidade do plano; **ix.** o monitoramento da implementação das medidas e dos seus resultados mediante a apresentação de relatórios ao Poder Judiciário; **x.** a avaliação dos resultados, com a adoção de outras medidas a serem aplicadas, conforme o caso.

3º Na linha do apresentado, pediu-se o julgamento parcial do mérito nos termos do art. 356 do CPC, especialmente no que tange aos pedidos relativos ao CJ-PLC e a PJ-PLC, estando esses em condições de imediato julgamento, de maneira a permitir seu cumprimento em execução judicial. Isto, sem prejuízo da possibilidade de, conforme a avaliação dos dados coletados na implementação do PJ-PLC, promover-se a adequação e revisão do necessário.

4º Por fim, requereu-se como resultado final da demandando o julgamento de total procedência da ação civil pública afim de: primeiro, para confirmar todas as medidas tomadas ao longo do processo, homologando judicialmente os resultados, com base nas evidências colhidas, após a apresentação do Relatório Final no âmbito do PJ-PLC; segundo, para

determinar a instituição e manutenção de uma Cãmara Permanente de proteção da Lagoa da Conceição, condenando os réus a prover os meios e recursos necessários para funcionamento da Câmara.

Apresentados os esquemas propostos para o litígio pelas autoras, podemos examinar agora o seu desenvolvimento.

Logo de início o juízo federal competente proferiu decisão a liminar pleiteada. Na decisão, reconheceu-se a expressamente a existência de um problema estrutural envolvendo a gestão socioambiental da Lagoa da Conceição e a necessidade de adoção de medidas de natureza estrutural tendo em vista a ineficiência das típicas tutelas mandamentais concedidas até então em outras ações judiciais. Assim sendo, foi determina a criação da CJ-PLC com a finalidade de assessorar aquele juízo na adoção de medidas estruturais necessárias para garantir a integridade ecológico da região através de uma governança judicial socioecológica, a ser composta com a participação dos réus e interessados. Por fim, intimou-se as partes para formulação de um regimento interno e para que fosse definido a sua composição.

Contra tal decisão foi interposto um agravo de instrumento pelo Estado de Santa Catarina, o qual se opunha a tal medida, alegando a falta de respaldo jurídico-positivo para sua aplicação e incompatibilidade com o esquema constitucional de Separação de Poderes. O Tribunal Regional da 2ª Região conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento. Ocorre que a instituição da CJ-PLC não foi rejeitada como pretendia o Estado, isso porque o Tribunal não concordou com a alegação de que a medida seria incompatível com a ordem jurídica. No entanto, decidiu que: **a)** a CJ-PLC não se equipara a um órgão público, não possuindo, portanto, poder decisório e capacidade de impor obrigações; **b)** a CJ-PLC tem caráter meramente consultivo, não podendo ela implicar qualquer tipo de custos ao Poder Público.

No decorrer do processo tivemos a intervenção de diferentes entidades, seja para prestar informação, seja para participar como parte da demanda ou demonstrar seu interesse em integrar a CJ-PLC. Nesse sentido a Associação Nacional dos Atingidos por Barragens (ANAB) peticionou a sua entrada no feito como litisconsorte ativo, o que foi deferido pelo juízo. O mesmo requerimento foi feito pelo Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público Estadual de Santa Catarina (MPSC). Por sua vez, o IBAMA, o ICMBio e o IPHAN declararam não ter interesse em participar da demanda, no entanto, tanto o IPHAN quanto o ICMBio informaram estarem disponíveis para participarem da formação da CJ-PLC. Ademais, foram prestadas informações pelo IPHAN, IBAMA, Defesa Civil de Santa Catara, a ARESC, a

CASAN e o IMAN acerca das medidas de proteção ambiental e cultural da Lagoa da Conceição. Por fim, o processo contou com parecer oferecido pelo jurista Marco Félix Jobim.

Continuando com a marcha processual, os réus apresentaram contestação. De uma maneira geral, os entes públicos que compõem o polo passivo da ação se insurgiram contra a demanda, alegando que ela representaria uma afronta a separação constitucional de Poderes e invasão das competências próprias da Administração Pública. Realizamos uma síntese dos argumentos lançados por cada réu em suas peças defensivas:

(A) O Estado de Santa Catarina: preliminarmente, argumentou sua ilegitimidade no polo passivo da demanda, em razão da demanda não envolver, tecnicamente, matéria diretamente submetida a competência estadual. No mérito, fez um ataque geral ao processo coletivo estrutural, argumentando a ausência de qualquer fundamentação legal para a sua aplicação. Não só, aduziu que a existência de outras ações civis públicas com objetos conexos já exauria completamente a matéria, tornando aquela ação supérflua. Por fim, invocou a Separação de Poderes como óbice ao pedido.

(B) A CASAN: apresentou defesa em linhas semelhantes ao Estado, argumetando que a aquela ação civil pública representaria, nada mais nada menos, do que uma tentativa de usurpar as funções dos organismos consultivos e deliberativos estatais extrajudiciais existentes, promovendo uma judicialização da vida.

(C) O IMA: preliminarmente, alegou a falta de interesse de agir para propor a demanda, vez que não existiria resistência dos órgãos públicos a promoção de uma tutela ambiental adequada da Lagoa da Conceição, bem como em razão da falta de previsão legal do pedido. No que tange ao mérito, pleiteou a improcedência da demanda sobre as bases da ausência de qualquer omissão do Poder Público.

(D) O Município de Florianópolis e o FLORAM: preliminarmente, arguiu-se a fata de interesse de agir em decorrência do exato cumprimento dos seus deveres legais por parte do Poder Público, inexistindo justificativa para criação de órgão externo ou a implementação de plano judicial para proteção da Lagoa da Conceição. Em relação ao mérito, argumentaram a afronta a Separação de Poderes e a autonomia do Poder Executivo municipal.

(E) A ARESC: invocou, quanto ao mérito, a discricionariedade inerente as decisões de regulação dos serviços públicas, argumentando que o mérito administrativo de seus atos não poderia ser controlado pelo Poder Judiciário.

Não obstante todos os argumentos apresentados, o juízo afastou as defesas preliminares, marcando data para realização de audiência com o fim de decidir sobre a composição e estrutura da CJ-PLC. No âmbito de tal audiência, houve o acordo das partes quanta a composição e regime interno da Câmara decorrendo de ampla discussão sobre o tema, tendo sido a solução final homologada em juízo. Assim, foi instituída a CJ-PCJ com poderes sugestivos para auxiliar o juízo na adoção de medidas estruturais para resolução do litígio. A sua composição foi acordada da seguinte maneira: **a)** representantes do Poder Público: o Município de Florianópolis, o FLORAM, o Estado de Santa Catarina, o IMA, o CASAN, a ARESC, a União, o IBAMA, o ICMBio e o IPHAN; **b)** representantes da sociedade civil: as associações autoras em conjunto com a comunidade acadêmica (representantes dos grupos de pesquisa da UFSC), 01 entidade representante de moradores, 01 entidade representante dos pescadores, 01 entidade de defesa do meio ambiente, 01 entidade representante as populações tradicionais, 01 entidade representante do segmento empresarial local; **c)** o MPF e o MPSC.

Foram expedidos editais para selecionar os representantes da sociedade civil, tendo sido criado um sitio eletrônico para promover a publicidade de seus atos. Na sequência foi criado um grupo de trabalho dentro da CJ-PLC para diagnosticar as condições ambientais da Lagoa da Conceição. Nesse sentido, no dia 04 de maio de 2023 foi realizada audiência que em foi aberto prazo de 05 dias para juntada de estudo técnico coordenado pela UFSC, bem como prazo de 45 dias para que o grupo de trabalho se manifesta-se sobre: **a)** necessidade de aprimoramento do monitoramento da qualidade da água; **b)** andamento dos cumprimentos de sentença que versam sobre a ocupação da orla da Lagoa; **c)** dados acerca dos impactos relativos as alterações do Planto Diretor do Município de Florianópolis sobre a saúde do ecossistema.

O último andamento processual foi a intimação das partes para realização de audiência no dia 30 de novembro para dar continuidade as discussões.

6.3. Análise crítica da ação

A ação civil pública em exame possui vários pontos interessantes à nossa pesquisa. Inicia-se pelo fato de que a ação foi construída, desde seus primórdios, enquanto uma ação estrutural, de maneira expressa. Chama especial atenção a formulação dos pedidos feitos na demanda. Observa-se que se optou por seguir um modelo semelhante àquele proposto neste trabalho enquanto um modelo “geral” do processo coletivo estrutural.

Veja, temos o pedido para o uso das decisões parciais de mérito como uma forma de dividir a ação em diferentes estágios. Há claramente um primeiro momento no processo voltado a definição das medidas estruturais a serem aplicadas no caso concreto a partir do diagnóstico da situação e a coleta de dados. Trata-se de uma fase prévia a própria elaboração do plano de reforma estrutural (o PJ-PLC), que visa descobrir quais seriam as ações necessárias e mais adequadas a solucionar o problema enfrentado, dentro de um juízo prognóstico e proporcionalidade. Em seguida, verifica-se um seguindo momento processual, posterior a homologação do plano de reforma estrutural, relativo à sua implementação, em que há a coleta de dados acerca da sua efetividade e há a promoção das revisões pertinentes.

De mais a mais, surge como uma proposta extremamente interessante a instituição de uma Câmara Judicial própria, a fim de auxiliar o juízo a coordenar o litígio. Há aqui uma providência que se coaduna com a nossa proposta acerca de como o processo coletivo estrutural deveria ser aplicado ao controle de políticas públicas. A CJ-PLC é um órgão criada justamente para permitir um amplo diálogo sobre o litígio, suas causas e consequências entre os diferentes entes e grupos com interesse na demanda. Nesse sentido, a CJ-PLC funciona não só como uma forma de retirar do juiz o peso a responsabilidade exclusiva pela condução e solução do litígio estrutural (escapando, portanto, da necessidade de um "juiz Hércules"), mas também de aprimorar a participação social no feito, com representantes de diferentes "stakeholders", de maneira a promover-se uma resolução consensualmente construída.

Inegável pois, o aprimoramento quanto ao aspecto democrático da atuação jurisdicional. Veja que o juiz não age como o detentor único e exclusivo do poder decisório sobre o futuro da lide, destinatário final da prova. Ao contrário, o juiz coloca em enfoque a atuação da CJ-PCJ, entrando em cena para resolver apenas aqueles pontos em que o consenso não pode ser alcançado e para conceder às medidas acordadas a força e executoriedade decorrente de um provimento judicial. Trata-se, claramente, de uma alternativa muito mais interessante do que a o modelo clássico de atuação jurisdicional, dentro do qual há a imposição, por meio de uma sentença, de uma condenação consubstanciado em uma série de mandamentos individuais ao Poder Público, por parte do juiz. Aqui os órgãos públicos podem influir, em um ambiente informal e dialógico, diretamente quando a elaboração das medidas a serem aplicadas o que, sem dúvida nenhuma, trazem a essas um ganho em efetividade.

Neste diapasão, é interessante também o fato de que há ampla participação da comunidade acadêmica, em especial de grupos de pesquisa especializados, para a condução do

feito. Com efeito, esse tipo de atuação jurisdicional, a qual conta com a assistência de especialistas sobre o tema, muitas vezes oriundos de instituições públicas (cuja finalidade precípua é formal profissionais para auxiliar no desenvolvimento nacional), deve ser a regra no processo coletivo estrutural que tutela conflitos decorrentes de políticas públicas, em razão da sua qualificação enquanto litígios coletivos complexos. Há, sem dúvida nenhuma, um enorme incremento na qualidade das decisões tomadas, podendo o juízo e a CJ-PLC.

Por fim, é preciso destacar a postura dos entes públicos que figuraram no polo passivo da ação. Se a ação civil pública em exame foi, até o momento, um excelente exemplo de como se deve conduzir e estruturar um processo coletivo estrutural, a postura dos réus deixou a desejar, em um certo sentido. Por óbvio que a advocacia pública buscará afastar os ônus decorrentes da sucumbência, bem como proteger os interesses dos entes públicos na demanda. Não se espera que os réus tomem uma posição apenas passiva, se limitando a acatar os pedidos da inicial. No entanto, busca-se uma atuação pautada pela boa-fé e pela colaboração processual. É preciso que tais entes estejam abertos ao diálogo e a participação das instâncias decisórios e dialógicas que se formem no processo. Nesse sentido, a despeito de terem se irresignado contra a propositura da ação, os réus engajaram ativamente com a criação da CJ-PLC (embora no sentido de limitar seu âmbito de atuação), de maneira que se espera que, no futuro, estejam abertos a participar e a acatar as propostas que surgirem desse fórum de discussão.

Destarte, muito embora não possamos dizer sobre a verdadeira efetividade da ação civil pública em exame para solucionar o problema estrutural a qual se propôs a enfrentar, é certo que se trata de um paradigma digno de nota. Podemos dizer que, ao menos, serve de um claro exemplo de que é plenamente possível implementar o processo coletivo estrutural no Brasil hoje. Não só, demonstra que existem alternativas viáveis ao modelo tradicional com que tutelados os conflitos nascidos da formulação e execução de políticas públicas. Porém, a ação civil pública também deixa muito claro um seguindo aspecto, qual seja, de que ainda temos muito que desenvolver no que tange a postura e a conduta dos atores processuais para alcançar tudo aquilo que esperamos do processo coletivo estrutural. Em verdade, muito além de mudar a mentalidade dos atores judiciais, temos que nos aprofundar no estudo desse instituo, aprimorando-o e fortalecendo. As sementes do processo coletivo estrutural estão, sem dúvida, plantadas em nosso ordenamento jurídico, resta a nós cuidá-las.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal pergunta que este trabalho buscava responder era se o processo coletivo estrutural seria um instrumento hábil a tutelar os litígios coletivos que envolvem ou derivam da implementação ou formulação de políticas públicas. A tese de que partimos é de que o processo coletivo estrutural, enquanto uma forma de tutela processual diferenciada, seria capaz de fazer frente aos inerentes desafios do controle judicial de políticas públicas. Mais especificamente, seria ele capaz de atenuar as adversidades relativas à falta de legitimidade democrática e à falta de capacidade técnica dos tribunais para realizar este tipo de intervenção jurisdicional no âmbito de atuação precípua dos demais Poderes.

Deveras, como forma de substanciar tal tese, enfrentamos paulatinamente uma série de questões diretamente envolvidas ao nosso tema principal. Estruturamos o nosso trabalho em três capítulos principais (além de um capítulo inicial, voltado a dar ao leitor uma ideia das bases teóricas que influenciariam o nosso pensamento no decorrer de toda pesquisa), cada qual voltado a uma matéria central. O primeiro deles (Capítulo II), debruçou-se sobre a tutela coletiva, tendo como seu lastro central a pergunta: **A que se presta a tutela coletiva no Brasil? É ela adequada para lidar com os litígios coletivos contemporâneos?** O segundo (Capítulo III) teve como enfoque o controle judicial das políticas públicas, esmiuçando seus contornos e peculiaridades, de maneira a tentar responder a seguinte pergunta: **A forma com que tratamos das políticas públicas mostram-se suficiente para resolver tais litígios?** Por fim, no terceiro e final capítulo (Capítulo IV) adentramos propriamente no tópico do processo coletivo estrutural, desejando solver a pergunta: **O que é e como se aplica o processo estrutural?**

Feita esta recapitulação de nossas premissas e da forma com que conduzimos a nossa pesquisa, podemos sintetizar as conclusões alcançadas em cada capítulo e, de maneira reflexiva, propor uma resposta para a nossa pergunta central.

Primeiramente, na etapa inicial deste trabalho, apontamos que a tutela coletiva, de uma maneira geral (não só limitada à sua vertente processual: o processo coletivo), forma um verdadeiro microssistema próprio, dotado de uma principiologia ímpar, distinta do processo civil individual. Surgem como pontos de interesse princípios como: a não taxatividade, a atipicidade, a máxima efetividade e o devido processo legal coletivo. Nesse sentido, a razão de ser deste microssistema, a qual justifica a sua existência autônoma na sistemática processual

brasileira, é o seu objeto, ou seja, os interesses que deseja tutelar. Com efeito, não nos referimos aqui penas aos direitos coletivos em sentido amplo (direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos), cujas características demandam uma tutela molecular, especial de dimensões diferencias – em que a legitimidade ativa é, de regra, extraordinária e os efeitos da coisa julgada excedem às partes do processual – a fim de garantir a efetividade do próprio direito ao acesso à justiça em sua dimensão substancial (art. 5 inc. XXXV, CR). Em verdade, entendemos que a tutela coletiva tem um objeto mais amplo, qual seja, a realização da cidadania e a concretização dos valores constitucionais. Assim, a tutela coletiva nasce como um instrumento que busca permitir que a coletividade interfira e participe ativamente na condução das decisões estatais, indo além da ideia de "participação no processo" para englobar também a noção de "participação pelo processo".

Neste diapasão, para que a tutela coletiva possa alcançar toda a sua potencialidade, ela não pode ser instrumentalizada e teorizada sob a ótica de categorias abstratas previstas em lei. Ela deve considerar os reais interesses e a dinâmica que se desenrolam em cada caso. Justamente por isso que se adere ao pensamento de Edilson Vitorelli no sentido de que a tutela coletiva brasileira deva ser analisada sob a ótica de uma classificação de "litígios coletivos" e não apenas de "direitos". Pensar desta maneira permite que a tutela coletiva de adeque a cada litígio, compreendendo as dificuldades envolvidas em cada um, desenvolvendo técnicas e instrumentos específicos a fim de maximizar a resposta judicial e a satisfação de todos os direitos afeados. É assim que entra em cena a proposta do mencionado autor em dividir os litígios coletivos em três categorias: de difusão global, de difusão local e de difusão irradiada. A qualificação de cada litígio leva em conta a sua complexidade e conflituosidade, ou seja, a dificuldade de encontrar uma solução adequada ao caso e o grau de divergência existente entre os interesses dos grupos potencialmente envolvidos. Os litígios de difusão global seriam os menos conflituosos e complexos, enquanto os litígios irradiados seriam aqueles dotados de maior complexidade e conflituosidade, envolvendo uma série de grupos sociais, cada qual atingido de maneira distinta pelas consequências do problema coletivo, formando, uma verdadeira teia de posições e interesses interconectados.

Ocorre que, a despeito dos seus desenvolvimentos teóricos, a tutela coletiva, em especial, o processo coletivo, ainda está muito calcado na principiologia e em um modelo de atuação voltado a solução de litígios individuais. Em razão deste fato, o processo coletivo acaba por encontra-se despreparado para lidar com os litígios coletivos contemporâneos. A chegada

da pós-modernidade a partir da segunda metade do século XX trouxe consigo uma nova realidade social. Experienciamos hoje a chamada sociedade de riscos, sociedade do medo ou sociedade líquida; a infinidade de terminologias que são utilizadas serve para nos indicar a principal característica de nossa época, as constantes transformações sociais, as quais inserem um constante elemento de instabilidade as relações humanas associado a existência de novos perigos de ordem difusa, global, incalculáveis e não compensáveis, oriundos das próprias forças produtivas e expansivas da humanidade. Assim sendo, os litígios coletivos da contemporaneidade são dotados de uma complexidade sem igual, as quais desafiam as linhas gerais do processo coletivo tradicional. Surge, portanto, a necessidade de se adaptar o processo coletivo, tomá-lo mais flexível, capaz de fazer frentes às exigências desses novos litígios.

Deveras, estabelecida a perspectiva crítica que devemos ter acerca do modelo de tutela coletiva brasileiro, passamos a segunda etapa de nosso trabalho, o estudo do controle das políticas públicas. O primeiro tópico que enfrentamos foi acerca da natureza das últimas. Nesse sentido, demonstramos que, dentro de um Estado Social e Democrático de Direito, em que cabe ao Poder Público mais do que uma simples postura abstencionista, devendo ser ator ativo na realização dos direitos fundamentais, as políticas públicas devem ser vistas como verdadeiros instrumentos de concretização das promessas constitucionais. Trata-se de derivados necessários da ordem constitucional, motivo pelo qual não podem ser consideradas meras "faculdades", submetidas a livre vontade dos agentes públicos. Em verdade, o termo "política", tem o efeito deletério de transmitir a ideia de quais as políticas públicas estarão inseridas dentro de um campo de competências a salvo de qualquer controle. Isto não é verdade. As políticas públicas se inserem dentro da classe dos atos discricionários, significa dizer, assegura-se um campo de escolha aos agentes públicos, dentro do qual atuam de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade ao interesse público, mas isso não significa que tal escolha é arbitrária. O exercício da discricionariedade é sempre vinculado ao melhor atendimento do interesse público, ideia que está inserida no conceito de "função pública". Logo, quando a Constituição elege certos objetivos sociais a serem alcançados; o legislador e o administrador devem buscar a implementação dos meios proporcionais e idôneos a realizá-los, não podendo se omitir, agir aquém ou de maneira insuficiente frente a ordem constitucional.

Esta dissertação sobre a natureza das políticas pública nos demonstra desde já a viabilidade jurídica do seu controle por parte do Poder Judiciário. Muito já foi escrito sobre o tema, motivo pelo qual nos concentramos em elencar os principais argumentos em pró da realização desta intervenção judicial. Em síntese, podemos levantar três pontos centrais.

Primeiro, o controle das políticas públicas justifica-se diante da própria força normativa reconhecida ao texto constitucional, característica central das teorias constitucionais modernas, em especial, o neoconstitucionalismo. Nesse interim, a ordem jurídica desenvolveu uma série de instrumentos para combater as omissões no cumprimento dos comandos constitucionais, tais quais: a ADO, o MI e a ADPF. Desta sorte, não se pode escusar a atuação omissiva ou insuficiente do Poder Público no campo das políticas públicas, sendo da lógica do aparato normativo brasileiro a possibilidade de seu controle. Segundo, mesmo que se reconheceu um grau de discricionariedade ao agente público, sendo inegável a existência de um "mérito administrativo" não sindicalizável, é certo que existirá sempre um piso mínimo de garantias que o Poder Público deverá proporcionar. Trata-se do chamado "mínimo existência", o qual não se limita tão somente ao mínimo vital, mas tem repercussões no campo social, econômico e cultural. Como se trata das condições mais básicas para que o ser humano viva com dignidade, o mínimo existencial está fora da discricionariedade administrativa, vez que retira sua validade diretamente do supra princípio do ordenamento nacional: a dignidade da pessoa humana. Terceiro, e por fim, o controle das políticas públicas encontra respaldo no próprio direito fundamental ao acesso à justiça. Existindo uma situação de violação de direito em razão da falta de ação ou ação inadequada do Poder Público, não pode o Poder Judiciário simplesmente negar a sua atuação jurisdicional. Cabe-lhe não só conhecer o direito, mas tomar todas as medidas para assegurar uma tutela efetiva e adequada ao bem da vida.

Isto posto, é certo que, embora legítimo, o controle judicial das políticas públicas não está imune a críticas. Existem, efetivamente, uma série de desafios e peculiaridades que envolvem essa temática que não podem ser desconsiderados, vez que se trata de obstáculos legítimos a consecução de uma tutela adequada aos litígios derivados de políticas públicas. São eles: **a)** o ativismo judicial[507] ; **b)** a falta de legitimidade democrática e de capacidade técnica dos magistrados para lidar com questões de macro justiça, em que se exige a solução de questões ligadas a tomada de decisões coletivas, de múltiplas ramificações; **c)** as limitações orçamentárias do Poder Público, geralmente mencionadas sobre a alcunha "cláusula da reserva

[507] Em verdade, a expressão se tornou, de certa maneira, vazia de sentido, vez que é utilizado de maneira muito mais política e idealizada do que para transmitir uma crítica efetiva. Porém, com base em um exame científico, podemos dizer que o ativismo judicial se consubstancia na conduta do magistrado que decide de maneira alheia ao Direito positivo, tendo como objetivo levar a cabo agendas políticas ou valores/interesses pessoais, utilizando-se das normas jurídicas (em especial da Constituição), como uma carta em branco para justificar suas decisões. Deveras, muito embora o ativismo judicial não seja sinônimo de controle judicial de políticas públicas, muito menos esteja presente na maioria dos casos, há sempre um risco potencializado de que ocorra, especialmente em lides que envolvam importantes pautas sociais;

do possível", um problema real dentro de um país de dimensões continentais, mas de recursos escassos como o Brasil. As decisões judiciais não criam novas recursos públicos, podendo, em muitos casos, colocar mais estresse sobre os já vazios cofres públicos, desviando verbas que deveriam ser aplicadas em outras árias, de maneira a causar uma "desorganização administrativa"; **d)** as dificuldades inerentes do Poder Judiciário em realizar o exame das prognoses e fatos legislativos e administrativos, fatores necessários para o próprio controle da discricionariedade dos agentes públicos e proporcionalidade de suas medidas. Tal tipo de exame demanda uma intensa participação social e um contado com a realidade social, o que, com exceções ligadas a atuação do STF, não ocorre nos processos judiciais.

Diante desse cenário, é certo que o modelo tradicional de processo civil não é capaz de dar uma resposta adequada a este tipo de litígio. De início, as lides envolvendo políticas públicas se configuram como verdadeiros litígios complexos, exigindo técnicas de tutela coletiva especiais, considerando, especialmente, os diferentes núcleos de interesse que podem existir. Além disso, é certo que, em muitas situações, a atuação do Poder Judiciário se concentra em tão somente remediar as consequências da falha na estruturação ou implementação de uma política pública, não resolvendo a sua causa. De regra, os litígios decorrentes de políticas públicas são tutelados individualmente, de maneira pouco estruturada e não molecular, o qual acaba simplificando um complexo problema em uma simples discussão sobre a existência ou não de um direito frente ao Estado. Desta forma, uma tutela adequada de tal tipo de conflito exigiria um processo judicial prospectivo, flexível e aberto a participação social, que tome em conta tanto as necessidades dos jurisdicionados quanto as dificuldades reais da Administração Pública. Ideia que foge do paradigma tradicional de litigância individual, marcado pela bipolaridade do processo, ela contraposição das partes, pelo seu enfoque em fatos passado e pelo uso da indenização como principal remédio processual.

É tomando em conta ambas estas realidades; a da tutela coletiva brasileira e do controle judicial de política pública que enfrentamos, na parte final de nosso trabalho, a temática do processo coletivo estrutural. Este trata de uma nova espécie de tutela coletiva, o qual nasce justamente da necessidade de dar concretude a paradigmas fundamentais como: o direito a um processo justo, adequado e efetivo; o princípio do devido processo legal coletivo; os direitos fundamentais em sua feição objetiva, os quais, sendo dotados de uma mais-valia jurídica, implicam em obrigações do Estado de criar procedimentos e instituições.

Com efeito, podemos definir o processo coletivo estrutural como uma espécie de processo coletivo o qual tem como seu objeto um litígio estrutural, assim entendido aquele que tem a sua origem na falha de operação de uma organização estatal ou particular e que acaba gerando uma violação coletiva de direitos, enquadrando-se como uma espécie de litígios coletivos irradiados. A finalidade precípua do processo coletivo estrutural é promover uma reforma na organização, fazendo a passagem de um estado de coisas atual, ilícito, que se encontra em descompasso com o desejado, para um estado de coisas ideal. A realização desta passagem ocorre, de regra, por meio da elaboração de um plano de reforma estrutural A formulação desse plano deve se dar de maneira conjunta pelas partes, com a intervenção de terceiros e especialistas. A sua execução realiza-se de maneira prolongada no tempo, demandando um contínuo esforço fiscalizatório, havendo ampla possibilidade de que pontos já decididos sejam revisitados a fim de se adequar os entraves supervenientes.

Dentro deste prisma, é possível dizer que ele se configura como um "processo de interesse público", vez que se volta, em sua essência, a própria realização dos valores constitucionais. Neste diapasão, suas principais características sãos: **a)** flexibilidade procedimental, permitindo a adaptação do processo as necessidades do litígio subjacente; **b)** utilização de formas de intervenção de terceiro atípicas, permitindo uma maior participação social, com elevada preocupação quanto a representatividade dos grupos atingidos pelo conflito; **c)** a preponderância da consensualidade e da cooperação entre as partes na busca da solução pelo litígio, substituindo a lógica de uma tutela imposta verticalmente pelo juiz; **d)** multipolaridade, característica derivada do fato de os litígios estruturais serem policêntricos em sua essência, muito embora, o processo estrutural possa se desenvolver sem esta característica; **e)** aplicação mediante um procedimento bifásico, em que primeiro se constata a existência de um litígio estrutural e em seguida elabora-se um plano de reforma estrutural.

Efetivamente, podemos afirmar que não existe propriamente um único modelo de processo coletivo estrutural. É preferível, em verdade, falar em "medidas estruturais". Isso porque a reforma estrutural pode ser alcançada pelo uso de uma série de diferentes técnicas, cuja aplicabilidade dependerá do caso concreto (temos técnicas postergtórias, técnicas decisórias, técnicas executivas, entre outras). Além disso, falar em medidas estruturais também nos autoriza a visualizar que a sua aplicação não se restringe apenas a atuação jurisdicional, podendo ser usada, até mesmo com mais eficácia, no campo das soluções consensuais, como a mediação, termos de ajustamento de conduta etc. Portanto, o processo coletivo estrutural deve lançar mão de um modelo experimentalista. Significa que ele deve ter ínsito a si a ideia de um

contínuo aprimoramento das decisões judicias. Usa-se o chamado “método da lata de lixo”, que se promove soluções com base em juízo de probabilidade, adaptando-se e alterando a abordagem utilizada conforme os dados de seu resultado vão sendo coletados.

Não obstante, podemos desenvolver um “modelo padrão”, segundo o qual o processo coletivo estrutural deveria operar. Seguindo as proposições de diferentes autores, deverá se tratar de um procedimento escalado, divido em três distintas fases. Primeiro, a cognição judicial deverá se voltar ao reconhecimento da existência de um litígio estrutural e da responsabilidade do réu, com uma atividade probatória voltada ao passado. Na segunda etapa, o processo se debruçará sobre a eleição das medidas estruturais adequadas a solucionar o problema e elaboração do plano de reforma estrutural, voltando-se à realização de prognoses. Por fim, estabelecido o plano de reforma estrutural, segue para a sua implementação. Importante ressaltar que tal fase não será meramente executória, mas também será mesclada com uma atuação cognitiva do juiz. Isso porque será necessário que se promova uma revisão constante acerca da proporcionalidade e adequação das medidas que estão a serem implementadas. É preciso colher dados acerca de seus efeitos, analisá-los e promover as revisões que se mostrem indispensáveis. Assim, como se vê, o processo coletivo estrutural acaba por demandar que o operador do direito trabalhe com: **a)** um pedido inicial, muitas vezes genérico, substanciado no requerimento da adoção de pedidos estruturais; **b)** uma causa de pedir aberta; **c)** a relativização das preclusões judiciais, com a possibilidade de revisão de matérias já decidias. O que parece possível, em nossa opinião, seja, pela interpretação de normas processuais já existentes, seja lançando mão da inerente adaptabilidade do processo coletivo.

No que tange especificamente ao processo coletivo estrutural de controle de políticas públicas, parece-nos que ele deverá ser guiado, sobretudo, pelo princípio democrático em sua face substancial. Dessa forma, a atuação jurisdicional se afasta de um modelo meramente adjudicatório de direitos, para um modelo de gestão de interesses. O Poder Judiciário funcionará como um “fórum público”, em que os diversos grupos diretamente interessados poderão dialogar na busca de uma solução ao litígio estrutural. Trata-se de uma técnica de reforma estrutural inspirada nos compromissos significativos aplicados pela Corta Constitucional da África do Sul. Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário atuar de maneira a garantir a fluidez do diálogo, corrigindo eventuais distorções de poder existentes, garantindo a devida representação dos diferentes grupos de interesses, bem como, que a opinião de cada grupo será devidamente considerada, conforme o maior ou menor grau de impacto que possui no litígio.

Diante de todo o exposto, podemos, finalmente, nos voltar à nossa pergunta principal. Sob a nossa visão, o processo coletivo estrutural é, inegavelmente um excelente instrumento para a tutela jurisdicional adequada das políticas públicas. Em razão das características peculiares deste tipo de processo (seu enfoque na consensualidade, a utilização de meios atípicos de intervenção de terceiro etc.), especialmente, dentro da ideia do Poder Judiciário como um "fórum público", ele seria capaz de remediar diversos dos desafio que vimos anteriormente. Efetivamente, ele é apto a atenuar muitas das tensões que a intervenção jurisdicional no campo das políticas públicas produz no âmbito das relações entre os Poderes. Citamos algumas das vantagens trazidas pelo processo coletivo estrutural:

A) Há um distanciamento das típicas sentenças que impõe, de maneira unilateral, obrigações de fazer imediatas a Administração. Sem prejuízo da possibilidade da concessão de medidas cautelares para tratar da proteção de direitos em risco imediato de violação, o processo coletivo estrutural tem um escopo temporal mais alargado. São fixadas obrigações a serem cumpridas pelo Poder Público, mas cuja execução se dá de forma paulatina e flexível, o que permite que a Administração possa adequá-la a seus limites orçamentários e restrições materiais.

B) As dificuldades vivenciadas pela Administração são devidamente consideradas e incorporadas ao plano de reforma estrutural. Como as decisões judiciais principais (decisão-principiológica), as quais fixam as medidas a serem tomadas, não se submete a tradicional imutabilidade e inalterabilidade decorrente da coisa julgada, é possível que o juiz e as partes promovam as adaptações que se mostrem necessárias diante das eventualidades ou obstáculos que surjam pelo caminho. Assim, a mudança no contexto fático, como é comum neste tipo de litígio, não coloca em risco a atividade jurisdicional e não implica em ônus excessivo ao Poder Público, ao mesmo tempo que garante que a tutela será a mais coerente possível com o direito material e as reais necessidades dos jurisdicionados.

C) Há o incremento da legitimidade democrática da decisão por meio de uma intervenção ativa dos grupos interessados em juízo. Como já demonstramos, o processo coletivo estrutural é compatível com o uso de meios atípicos de intervenção de terceiros. Cabe, inclusive, ao magistrado a garantia da devida representatividade dos diferentes grupos sociais envolvidos. Assim sendo, a decisão judicial vai além do que a manifestação de um órgão judicial, ela representa a

conjugação das diferentes opiniões, pontos de vista e experiências de todos aqueles que participaram do processo. Além disso, por meio de tais mecanismos de participação pelo processo dá-se mais substância para a solução judicial, remediando uma eventual falta de capacidade técnica do tribunal.

D) Há uma melhor utilização dos recursos públicos. É inegável que o processo coletivo estrutural é muito mais trabalhoso que um processo individual comum, consumindo mais recursos materiais e tempo. No entanto, em uma escala macroscópica, ele permite a resolução molecular de um litígio coletivo que eclodiria em inúmeros conflitos individuais, os quais, sem dúvida nenhuma, acabariam chegando às portas dos tribunais. Assim, o processo coletivo estrutural não só garante o tratamento isonômico do direito de diferentes pessoas e grupos sociais, mas também se trata de uma alocação mais eficiente dos escassos recursos judiciais.

A nossa conclusão final, portanto, é que o processo coletivo estrutural pode ser usado para a tutela adequada dos litígios decorrentes de políticas públicas. Em verdade, trata-se, possivelmente, do campo em que ele mais brilhará. Gostaríamos, assim, de finalizar esse trabalho apontando que, a despeito de tudo que pesquisamos e de todas as nossas considerações; trata-se de um tema que ainda deve ser muito estudado. Não há dúvida que o processo coletivo estrutural ainda se encontra em sua infância, ao menos no que se refere à sua aplicação prática. Deveras, ainda será necessário enfrentar muitos outros problemas para que ele, efetivamente, torne-se um instrumento que cumpra com todas as expectativas que são colocadas sobre ele. O nosso trabalho é apenas uma pequena contribuição sobre ao assunto, mas esperamos que possa contribuir para o estudo de tão interessante instituto.

Referências:

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

AFRICA DO SUL Corte Constitucional da África do Sul. Occupiers of 51 Olivia Road and Others v City of Johannesburg and Others, 2008. Disponível: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf >. Último acesso em: 04/09/2023.

ÁFRICA DO SUL, Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others, 2009. Disponível em: < https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/16.html>. Último acesso em 05/08/2023

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentas**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da "summa divisio" direito público e direito privado por uma nova "suma divisio" constitucionalizada.** Belo Horizonte. Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direto processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação).** Dissertação (mestrado). Pontifica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. MELLO NETO. Luís Philippe Vieira de. **Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova summa divisio adotada na CF/88 (Título II, Capítulo I).** *In* Rev. TST, vol. 78, n. 03, jul./set., 2011.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. DEUS, Fernanda Barroso de. **Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado**. *In.* Revista de Processo, vol. 289. São Paulo: RT, 2019.

ALVARENGA, Samuel. **Crise do processo coletivo brasileiro: sentenças materialmente complexas contra a Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora DPlácito, 2018.

ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Landolfo. MASSON, Cleber. **Interesses difusos e coletivos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

ANDRADE. José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Edições Almeida, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. *In* Revista de Processo, São Paulo. Vol. 225, p. 389/410, nov., 2013.

AREHART. Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de Interesses concorrentes**. *In* _____. JOBEM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão**. *In* Processos estruturais. Arenhart, Sérgio Cruz. Jobim, Marco Félix. Osna, Gustavo. [org.]. 4 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento diferenciados, volume 03**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARENHART, Sério Cruz. OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 4 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ARENHART, Sergio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Felix. **Curso de processo estrutural [livro eletrônico].** 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARIZA. Libardo José. **The economic and social rights of prisoners and constitutional court Intervention In the penitentiary system In Colombia**. *In.* MALDONADO, Daniel Bonila. Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia. Nova York: Cambridge University Press, 2013.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 18 ed. São Paulo, 2018.

BANHOS, Sérigo Silveira. **Discricionariedade, orçamento, direitos fundamentais e Estado Constitucional**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil: terceira série**. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 240, 2005.

BARROS, Marcus Aurélio. **Dos litígios aos processos estruturais: novos horizontes par aa tutela coletiva brasileira.** 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácito, 2021.

BARROSO. Luiz Roberto**. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7 ed.. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In Revista da EMERJ, v. 04, n. 15, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução: Arthur Morão. Rio de Janeiro: Elfos Ed. Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução João Rezenda Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BECK, Urich. **Sociedade de risco: rumo a uma ou outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BERTALANFFY, Lugwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamento e aplicações**. 8 ed. Tradução: Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. [et. al]. **Recuperação empresarial e falência**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BONAVIDADES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** *In* _____. (org.) Política Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de processo civil**. 9 ed. São Paulo: Saraivajur, 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Unônoma do Méxic**o. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácito. 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. *In* Panóptica, ano 01, n. 06, 2006.

CAMBI, Eduardo. WRUBEL, VírgIna Telles Schiavo. **Litígios Complexos e processos estruturais**. *In* Revista de processo, São Paulo, vol. 295, p.55/84, set. 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por omissão ao" Estado de coisas Inconstitucional".** Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de janeiro, 2015.

CANARIS. Claus-Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3º ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBERNKIAN, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**.7 ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Vindicating the public interest through the courts**. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAPONI, Remo. **Il principio di proporzionalità nella giustiza civile : prime note sistematiche**. *In* Revista trimestrale di diritto procedura civile, vol. 65, n. 02, 2011.

CARVALHAES. Andreia Schneider Nunes. **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**. São Paulo Thomson Reuteurs Brasil, 2019.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. **Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática**. São Paulo: Contracorrente, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito tributário**. 30 ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASIMIRO, Matheus. **O judiciário como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais?** In ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómes. **Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema.** Sevilha: Universidad de Sevilla, 1979.

CASTRO, Marcus Faro de. **Direito e político**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo

Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

CERQUEIRA, Társis Silva de. **A nova face do procedimento comum do novo código de processo civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de Interpretação do art. 327, §2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC**. *In* Revista de processo, São Paulo, vol. 273, 2017.

CÉSAR, Rodriguez Garavito. FRANCO, Diana Rodriguez. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudos de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2018

CHAYES, Abram. **The role of the judge in the public law litigation**. *In* Grinover. Ada Pellegrini. Watanabe, Kazuo. Costa. Susana Henriques da [coord.]. O processo para solução de conflitos de Interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.

CHENWI, Lilian. TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right of housing**. University of Western Cape: Community Law Center, Maio, 2010.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. SANTOS, Ana Borges Coêlho. GRAÇA, Felipe Meneses. **A efetividade do estado de coisas Inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil.** *In* Revista brasileira de políticas pública, vol. 09, n. 02, ago., 2019.

CHUEIRI. Vera Karam. **Constituição Radical: uma ideia e uma prática**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, P. 25-36. 2013.

COLOMBIA, Corte Constitucional. SU.559/97. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Data de Julgamento: 06/11/1997. Data de Publicação: N.P. Disponível em:< https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm >. Último acesso em: 12/10/2023.

COLOMBIA, Corte Constitucional. T -068/10. Relator: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Data de Julgamento: 04/02/2010. Data de Publicação: N.p. Disponível em: < https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-068-10.htm >.

COLOMBIA, Corte Constitucional; T – 153/10. Relator: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Data de Julgamento: 05/02/2010. Data de Publicação: N.p. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-153-10.htm .

COLOMBIA, Corte Constitucional. T -025/044. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Data de Julgamento: 22/01/2004. Data de Publicação: 09/02/2004. Disponível em: < https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm >.

COSTA, Susana Henriques. FERNANDES. Débora Chaves MartInes. **Processo coletivo e controle judicial**. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de Interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

CRETELLA JR., J. **Teoria do ato de governo** *In*. Revista Informação Legislativa, vol. 24, n. 94, jul./set 1987.

CROSS, Frank B. LINDQUIST, Stefanie A. **The scientific study of judicial activism**. *In* Minn. L. Rev., v. 91, 2006.

CUNHA JR. Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: 2008.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácito, 2021.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf . Último: 03/11/22.

DIDIER JE., Fredie. BRAGA, Paulo Sarna. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2016.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Notas sobre as decisões estruturante**s. *In* Civil Procedure Review, vol. 08, n. 01, 2017.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes**. Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. *In* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 75, 2020.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIVER, Colin S. **The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions.** *In* **Virginia Law Review**, vol. 65, n. 01, 1979.

DOMINGO, Pilar. J**udicialization of politics or politicization of the judiciary: Recent trends in Latin America**. In Democratization, vol. 11, n. 01, feb., 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª tiragem. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FISS, Owen. **As formas de justiça.** *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de Interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

FISS, Owen. **Forms of Justice**. *In* Harvard Law Review, vol 92, n 1, 1979.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction [1976]** Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/ (último acesso: 23/06/2022).

FISS, Owen M. **The Supreme Court, 1978 Term**. *In* Harvard Law Review, vol. 92, n 1, 1979.

GAJARDONI, Fernando. **Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo.** São Paulo: Saraiva: 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade. 2 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo Figueiroa, **Justificación del rol de las cortes haciendo justicibables los derechos económicos, sociales y culturales, em particular, el derecho de protección de la salud**. *In* **Revista Chilena de Derecho**, vol 36, n. 3. Pontifícia Universidade Catolica de Chile, 2009a.

GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo Figueroa. **Jusicibilidad e los rerechos económicos sociales y culturales: dicuion teórica**. *In* **Revista chilena de derecho**, vol. 36, n 03, 2009b.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GINSBURG, Tom. **Judicialization of administrative governance: causes, consequences and limits**. *In* National Taiwan University Law Riew, vol. 03, n. 02, 2008.

GLOPPEN, Siri, **Social Rights litigation as transformation: south African perspectives**. Chr. Michelsen Institute, CMI Working Papwe Wp, 2005.

GRADVOHL, Miche André Bezerra. **Direito constitucional financeiro: Direitos Fundamentais e Orçamento Público**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas**. *In* Revista da faculdade de direito, Universidade de São Paulo. V. 82, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas no Brasil**. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de Interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. In. _____. Watanabe, Kazuo [org.]. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do antejprojeto, vol. II**. 10 ed. rev., atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código brasileira de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. I, Direito Material.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos Intérpretes da constituição, contribuição para a Interpretação pluralista e "procedimental".** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS. Jürgen. **Facticidade e validade**. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

HARARI, Yuval Noah**. Homo deus uma breve história do amanhã**. Tradução Paulo Geiger. 1 ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016.

HÉRNANDEZ,Clara Inés Vargas. **La garantia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentalesy labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas Incosntitucional"**. *In* Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Ano 1. n 1. Universidade de Talca, Chile, 2003.

HESSE, Konrad **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes: Por Alegre: Sérigo Antonio Fabris Editor, 1991.

HUNEEUS, Alexandra. COUSA, Javier A. SIEDER, Rachel. **Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America**. *In* Studies in law and society, Cabrige University Press, jun. 2010.

JEFFRIES JUNIOR., Jonh C. RUTHERGLEN, George A. **Structural Reform Revisited.** *In* **California Law Review**, vol. 95, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduação João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of" judicial activism".** *In* California Law Review, v. 92, n. 5, 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5 ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1998.

LAGE, Daniel Dore. BRUGGER, Andrey da Silva. **Estado de coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações**. *In* Revista Publicum, v. 03, n. 02, 2017.

LANDFRIED, Christine**. The judicialization of politics in Germany**. *In* International Political Science Review, vol. 15, 1994.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LAREZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Tradução de José Lamergo. Lisboa: Caloust Gulbenkian, 1997.

LIBERAL, José Roberto Bernardi. **Intervenção jurisdicional nas políticas públicas: mecanismos processuais de controle e efetivação**. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Em torno da "reserva do possível".** *In* SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti [org.]. Direitos fundamentais: orçamento e "reserve do possível". 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MAGALHÕES, Breno Baía. **O Estado de coisas Inconstitucional na ADPF e sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. *In* Revista Direito GV, vol. 15, n. 02, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos e conceito e legitimação para agir**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, vol. 1, teoria geral do processo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos [livro eletrônico].** 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria dos princípios formais**. *In* Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, jul./ago. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria Geral da Interpretação jurídica: considerações críticas à obra de Black.** In. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. vol. 3. ano 1. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. "**Políticas públicas" e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional.** *In* Revista de Direito Administrativo Constitucional, vol. 18, n. 71, Belo Horizonte, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos Interesses difusos em juízo**. 31 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Ato de governo**. In. Revista de Direito Administrativo, vol. 191, 1993.

MAGALHÃES, Breno Baía. **A Incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas Inconstitucional na ADPF 347**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, n. 14., n. 3, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidades do art. 43 da lei orgânica dos municípios do Estado De São Paulo**. *In*. Revista de Direito administrativo e Infraestrutura, vol. 11, Out - Dez / 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** .13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicia**l. *In. Revista Jurídica Virtual, vol. 1, n. 08.*

MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil no Brasil, entre a Constituição de 1988 e o código reformado*. *In* MARX NETO, Edgard Audomar [et. al.] [org.]. Processo civi contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense: 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade**. Código de processo civil comentado.** 16 ed. rev., atual. ampl. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÈTODO, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 6 ed. São Paulo: Editora JusPodivum, 2019.

NUNES, Dierle [et al.] **Processo estrutural e litigância de Interesse público**. *In* NUNES, Dierle. COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici [orgs.]. Processo coletivo,

desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito. Revista dos Tribunais**, 2016.

NUNES, Leonardo Silva. COTA, Samuel Paiva. FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. **Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos**. *In* Revista Jurídica Luso-Brasileira, n. 05, 2019

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** *In* Cadernos do programa de pós-graduação em Direito – PPGDIR/UFRGS, n. 02, vol. 04, 2004.

OLIVREIRA, Gustavo Justino de. **Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais**. In. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, vol. 07, n. 07, jan./dez/, 2007.

OSNA, Gustavo. **Nem « Tudo », nem « nada » - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos**. *In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo [org.]. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no "compromisso significativo"**. *In* Revista de Direito Ambiental, vol. 72, out/dez, 2013.

PRADE, Péricles. **Conceito de Interesses difusos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PINTO, Henrique Alves Pinto. A **condução de decisões estruturais pelo código de processo civil de 2015: breve análise teórica e pragmática.** *In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Tese (Doutorado em Direito). Facultad de Derecho de la Universidade de Buenos Aires, ArgentIna, Bueno Aires, 2013.

PYEAZELL. Stephen C. **Intervention and the ideia of litigation: a commentary on the Los Angeles school case**. *In* CLA Law Review, vo. 25, 1977.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. .2 ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

RAY, Brian. **Engagement's possibilities and limits as socioeconomic rights remedy**. *In* Washington University Global Studies Law Review, vol. 09, n. 03, 2010.

REESE-DCHÄUFER,Walter. **Compreender Habermas**. Traduação de Vilmar Schneider. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação.

SABEL, Charles F. SIMON, William H. **Destabilization rights, how public law litigation succeeds**. *In* Harvard Law Review, vol. 117, 2004.

SALLES, Carlos Alberto. **Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas**. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

SALLES, Carlos Alberto. **Processo civil de Interesse público**. *In* GRINOVER, Ada PellegrIni. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de Interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

SALLES, Carlos Alberto. **Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas**. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques [coord.]. O processo para solução de conflitos de Interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017.

SALLES, Carlos Alberto. **O processo para solução de conflitos de Interesse público**. *In* GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. COSTA, Susana Henriques da [coord.]. O processo para solução de conflitos de Interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Supremo Tribunal Federal e as prognoses do legislado**r. In. Cadernos de Programa de Pós-Graduação em Direito PPFGDir./UFRGS, vol. XV, n. 02, 2020.

SALES, Gustavo Fernandes. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo, D'Plácido, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET. Ingo Wolfgang. ZOCKUN. Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. In **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 3, n. 2, Curitiba, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva: 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** *In* SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luís Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falências: teoria e prática na lei 11.101/2003**. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SEN, AMARTYA. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEPÚLVEDA, Magdalena. GRAVITO, César Rodriguez. **Colombia: la corte constitucional y su constribución a la justiça social** .In Teoria u jurisprudencia de los derechos sociales: tendencias emergentes em el derecho Internacional y comparado. Editora Malcolm Langfor, 2013.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. LIMA, George Marmelstein. **Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil.** *In*. Revista de Investigações constitucionais, vol. 08, n 03, set./dez, 2021.

SHIMURA, Shimura. **Tutela coletiva e sua efetividade**. Editora Método, São Paulo, 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiro, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho [livro eletrônico].** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luís Bolzan de. **Estado Democrático de Direito**. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasi. 3 ed. São Paulo: Educação Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Fábio de. **Art. 2º**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasi. 3 ed. São Paulo: Educação Saraiva, 2018.

STURM, Susan. **A normative Theory of Public law remedies**. *In* The Georgetown Law Journal. Vol. 79, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 01: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 63 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TOURAINE, Alan. **Crítica da modernidade**. Tradução: Elia Ferreira Edel. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

VIEIRA JR, Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de Poderes, estado de coisas Inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** *In*. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro, 2015.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos [livro eletrônico]**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivum, 2022.

VOGT, Fernanda Costa. PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Novas técnicas decisórias nos processos estruturai**s. *In* ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. Processos estruturais. 4 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

WALTRON, Jeremy. **Control de constitucionlidad y legitimidad política**. In Dikaion, vol. 27, n. 1, jan., 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINE, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1**. 16 ed. reformulada e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodriguez. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de processo civil : cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 02**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

YOSHIDA, Consuelo. Yatsuda Moromizato. **Tutela dos Interesses difusos e coletivos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira., 2006.

ZANETI JR, Hermes. **Ativismo da lei e da constituição na tutela coletiva brasileira: processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada**. *In.* NUNES, Dierle. COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici. **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciado dos direitos fundamentais**. Porto Alegre- RS, Editora Di, 2019.

ZUFFELATO. Camilo. **Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais**. In GRINOVER, Ada PellegrIni. KAZUO. Watanabe. 2 ed. Rio de Janeiro, 2013.