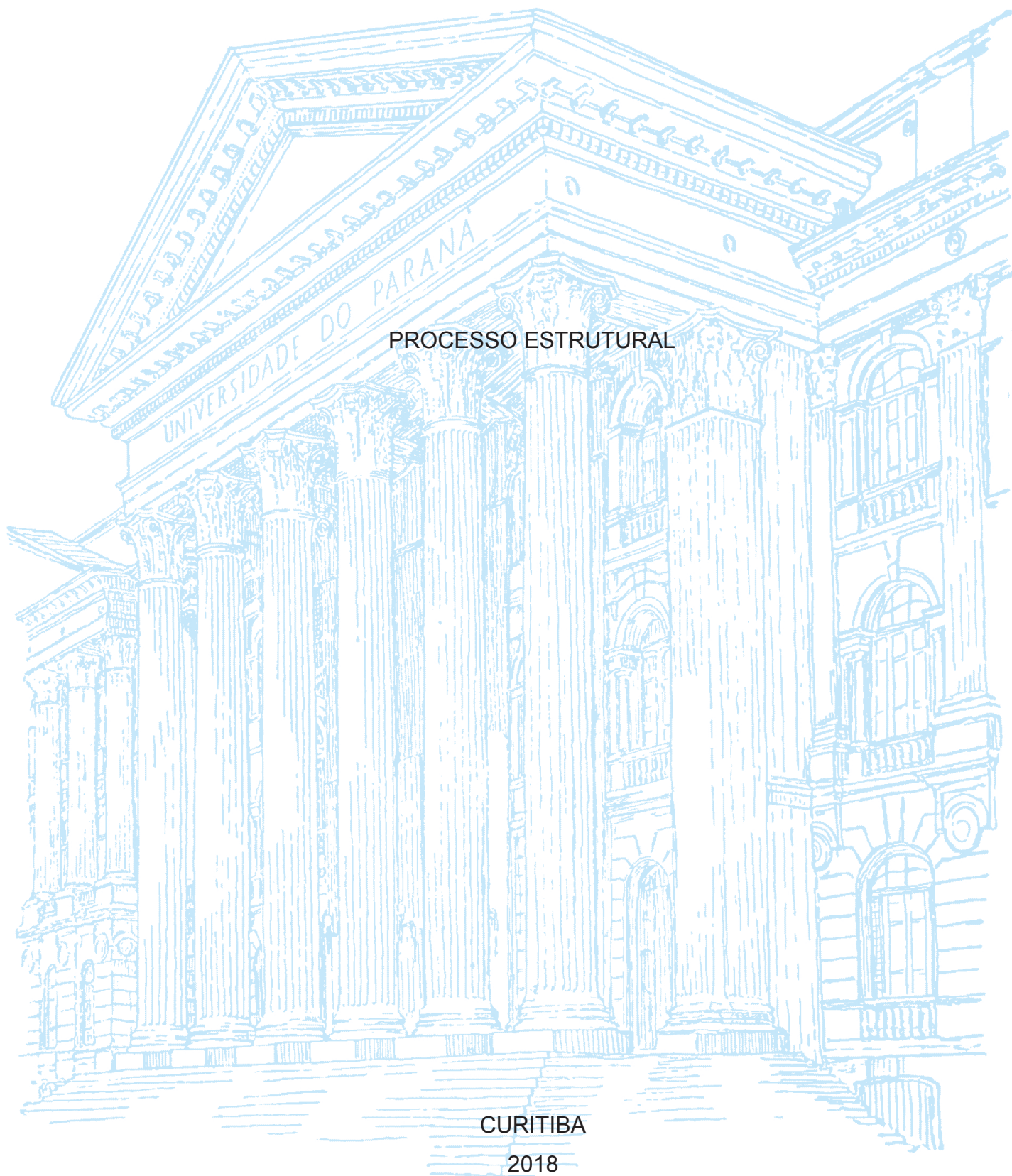


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNO DE LIMA PICOLI

PROCESSO ESTRUTURAL



CURITIBA

2018

BRUNO DE LIMA PICOLI

PROCESSO ESTRUTURAL

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a Área de Concentração em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA
2018

P598p

Picoli, Bruno de Lima

Processo estrutural / Bruno de Lima Picoli;
orientador: Sérgio Cruz Arenhart. – Curitiba, 2018.
110 p.

Bibliografia: p. 104-110.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito. Curitiba, 2018.

1. Processo civil. 2. Políticas públicas. 3. Poder
judiciário. I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Título.

CDU 347.91

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Bruno de Lima Picoli**, sob o título "**Processo Estrutural**", após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:


Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart - 9,00 (nove inteiros)


Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima - 9,00 (nove inteiros)

Prof. Dr. Marco Félix Jobim - 9,00 (nove inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Bruno de Lima Picoli**.

A Comissão Julgadora, do mesmo modo, delibera recomendar ao Colegiado do Programa a dispensa de vinte e três créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.

Curitiba, 02 de abril de 2018.



AGRADECIMENTOS

Registro, inicialmente, minha gratidão ao professor Dr. Sérgio Cruz Arenhart, pela sempre presente orientação e pelo encorajamento, desde os estudos na graduação, em desenvolver vida acadêmica. Seus brilhantes ensinamentos e contínuo apoio constituem os alicerces deste trabalho.

Aos professores Drs. Edilson Vitorelli e Marco Félix Jobim, cujas obras constituem grandes marcos teóricos no estudo dos processos estruturais na doutrina brasileira, honradamente agradeço pela disposição em participarem da banca de avaliação do trabalho.

Ao prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, agradeço pelos ensinamentos, interlocução e apoio que se mantêm desde a graduação.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, Drs. Elton Venturi, César Serbena, Manoel Eduardo Camargo e Gomes, Luiz Fernando Lopes Pereira, Sérgio Said Staut Júnior, cujas valiosas lições enriqueceram este trabalho. Aos colegas do PPGD-UFPR e do Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Civil Comparado, Paulo, Ramon, Fernando, Fernanda, Thaís, Rogéria, Marcella, Ricardo, Maurício, Fred, Jordão e Thiago, agradeço pelas amizades e contribuições à pesquisa realizada.

Ao Desembargador Luiz Cezar Nicolau, agradeço pela confiança depositada, constante paciência para com as necessidades impostas pelos estudos no Mestrado, e profícua contribuição em meu desenvolvimento profissional e intelectual.

Agradeço, por fim, aos meus pais, Elizabeth e Antonio, e à Luana, que comigo compartilharam os ônus deste projeto, e nada obstante prestaram incondicional apoio e suporte emocional, sem os quais este estudo não seria possível.

RESUMO

O objetivo geral deste trabalho é examinar o fenômeno da adjudicação de litígios complexos ou irradiados. Os objetivos específicos são, em suma, demonstrar a inaptidão do modelo processual tradicional para lidar com conflitos dessa sorte, e indicar a via dos processos coletivos estruturais como meio próprio e adequado à solução de litígios de elevada complexidade e conflitualidade, assinalando-se, por fim, como potencializar boas decisões judiciais nesse contexto. Para tanto, o trabalho examina o conceito de modelo processual tradicional, suas implicações e bases ideológicas; o conceito de processo estrutural e suas repercussões sobre os institutos e princípios do processo civil clássico, especialmente os conceitos de parte, titularidade do direito, preclusão, coisa julgada e princípio da demanda; as objeções doutrinárias à adjudicação de litígios complexos (especialmente no tocante a políticas públicas), a partir dos argumentos pautados na falta de capacidade institucional e falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário; bem como o conceito de diálogos institucionais e o potencial epistêmico do engajamento no diálogo. Concebe-se, ao final, o dever de diálogo ampliado como norte da atuação jurisdicional no contexto dos processos estruturais.

Palavras-chave: Processo Coletivo; Processos Estruturais; Litígios Complexos; Políticas Públicas; Diálogos Institucionais

ABSTRACT

The main objective of the present master thesis is to examine the complex litigation phenomenon. The specific objectives are, in short, to demonstrate the inability of the dispute resolution model to deal with complex social conflicts, mainly public law litigation, and to indicate the *structural suit* model as the proper way to adjudicate these cases, indicating, at end, how to potentially reach satisfactory social results through *structural injunctions*. Therefore, the dissertation examines the dispute resolution model, its social and political foundations and its consequences; the public law litigation model and its implications on civil procedure; the objections opposed to *judicial review*; and dialogic theory of judicial review as a way to potentially overcome capacity and legitimacy issues. Finally, we conceive the *duty to dialogue* as the core of adjudication in structural cases.

Keywords: Class Actions; Structural Injunctions; Complex Litigation; Policy; Dialogic theory

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	ADJUDICAÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS NO CONTEXTO DO MODELO PROCESSUAL TRADICIONAL.....	12
1.2	CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL TRADICIONAL.....	16
1.2.1	A bipolarização no processo.....	16
1.2.2	A essência retrospectiva e episódica da tutela.....	18
1.2.3	A interdependência entre direito e tutela	19
1.2.4	O controle das partes sobre o processo	19
1.3	BASES IDEOLÓGICAS DO PROCESSO TRADICIONAL.....	20
1.4	PROCESSO E PARADIGMA INDIVIDUALISTA.....	23
1.5	INFLUÊNCIAS DO MODELO TRADICIONAL SOBRE OS PROCESSOS COLETIVOS	26
1.6	CONCLUSÕES PARCIAIS	28
2	OBJEÇÕES AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	31
2.1	OBJEÇÕES DE ORDEM DEMOCRÁTICA.....	33
2.2	OBJEÇÕES PAUTADAS NA CAPACIDADE INSTITUCIONAL.....	37
2.3	LIMITES DAS OBJEÇÕES AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	41
2.4	A DELIBERAÇÃO SOBRE VALORES PÚBLICOS NO CENÁRIO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	44
2.4.1	DIÁLOGOS ENDÓGENOS	45
2.4.2	DIÁLOGOS EXÓGENOS.....	48
2.5	CONCLUSÕES PARCIAIS	49
3	PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL.....	51
3.1	ORIGENS HISTÓRICAS DA STRUCTURAL INJUNCTION – O CASO BROWN V. BOARD OF EDUCATION.....	52
3.2	A QUESTÃO CONCEITUAL.....	57
3.2.1	Conceito Teleológico	57
3.2.2	Conceito Morfológico	61
3.2.2.1	O arranjo de partes no litígio estrutural	62
3.2.2.2	Objeto e natureza da tutela – prospecção e continuidade.....	64
3.2.3	O CONCEITO DE PROCESSO ESTRUTURAL	66

3.3	IMPLICAÇÕES DO MODELO PROCESSUAL ESTRUTURAL	66
3.3.1	A titularidade dos direitos.....	66
3.3.2	Representação e participação	70
3.3.2.1	Participação direta e representatividade adequada.....	71
3.3.2.2	Pluralização da representação	74
3.3.3	FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL.....	75
3.3.3.1	A relativização do princípio da demanda.....	76
3.3.3.2	Preclusão, coisa julgada e estabilização	78
3.4	CONCLUSÕES PARCIAIS	80
4	A REFORMA ESTRUTURAL POR MEIO DO PROCESSO JUDICIAL – ESTRATÉGIAS, RISCOS E POSSIBILIDADES	82
4.1	MUDANÇAS SOCIAIS ATRAVÉS DA ADJUDICAÇÃO	82
4.2	ESTRATÉGIAS DE DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO ESTRUTURAL	86
4.2.1	Estratégia impositiva.....	86
4.2.2	Estratégia deferente	88
4.2.3	Estratégia deliberativa ou de “ <i>town meeting</i> ”.....	91
4.3	O DEVER DE DIÁLOGO AMPLIADO COMO NORTE DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL NOS PROCESSOS ESTRUTURAIIS.....	95
4.3.1	Implicações do dever de diálogo ampliado sobre a tipologia dos processos estruturais.....	98
	CONSIDERAÇÕES FINAIS – PROCESSOS ESTRUTURAIIS NO CONTEXO JURÍDICO BRASILEIRO.....	101
	REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

Embora lidemos quotidianamente com litígios que, bem vistos, guardam características de elevada complexidade e conflitualidade, cujas pretensões exercem tensão sobre interesses múltiplos e que em muito excedem os limites da lide, tendemos a tratar judicialmente dessa sorte de conflito social com pueril irresponsabilidade, ignorando seu contexto e suas intrincadas consequências nos campos econômico, político e social.¹

Demandas judiciais nas quais se intenciona o controle de políticas públicas são exemplos clássicos dessa problemática: não raras são as ocasiões em que o Poder Judiciário, ao se deparar com quadros de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, decorrentes ações e/ou omissões difusas e recorrentes do próprio Poder Público, decide questões como se *meramente individuais* fossem, sem que se desenvolvam quaisquer remédios para romper com o ciclo de *falha estrutural* presente².

Este trabalho tem por objetivo geral o exame do fenômeno da judicialização de litígios complexos (ou irradiados)³ através dos processos estruturais. Os objetivos específicos consistem em, primeiramente, apresentar os caracteres do modelo processual clássico como ferramenta de deliberação sobre conflitos sociais desse gênero, para identificar as razões de sua inadequação; secundamente, com específica atenção às políticas públicas, sumarizar as objeções ao *judicial review* e os limites destas críticas; e, por fim, indicar o modelo processual estrutural como via própria à solução destas lides, traçando seus contornos essenciais, suas formas de desenvolvimento, e as razões pelas quais esta forma adjudicatória se revela potencialmente mais adequada à resolução de litígios policêntricos.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho com o exame do paradigma processual posto, aqui denominado “modelo processual tradicional”, traçando-se suas características essenciais, suas origens político-ideológicas, e as razões de suas limitações frente a litígios complexos.

¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 02, 2015. p. 2.

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 155-214.

³ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

No capítulo segundo, diante da ampla relevância assumida pelos litígios de interesse público como espécie de litígio estrutural, examinaremos os argumentos *contrários* à adjudicação de políticas públicas, aqui subdivididos, centralmente, em duas ordens de questionamentos: primeiramente, se o Judiciário detém legitimidade democrática para intervir em atos políticos⁴ e, secundamente, se guarda suficiente capacidade institucional para assim proceder⁵.

Esta análise perpassará pelo debate entre *teorias da supremacia* e *teorias do diálogo institucional*, examinando-se se há uma “última palavra” em matéria de direitos fundamentais e, em havendo, a qual dos Poderes incumbe este mister, e por quê; ou se, pelo contrário, há outros caminhos possíveis no campo da concretização de valores públicos para além do estrito isolamento institucional, e quais as vantagens dessa alternativa.⁶

A análise destas questões encerrará o curso da primeira parte deste trabalho – em que se pretende, em suma, apresentar o panorama geral das *objeções* e dos *limites* da atuação jurisdicional nessa seara.

A segunda parte deste trabalho, desenvolvida nos capítulos terceiro e quarto, partirá de premissa distinta - a de que, a despeito de maiores elucubrações, a intervenção judicial em litígios complexos é uma realidade posta, seja dizer, a despeito das presumíveis avaliações desaprovadoras, esta forma de atuação jurisdicional é antes um *fato*, uma realidade rotineira em nossas Cortes⁷, e, portanto, é imprescindível que se construam bases teóricas adequadas a esse mister, a fim de assegurar a legitimidade da atuação, a maximização da capacidade institucional e, sobretudo, a viabilidade e responsabilidade das decisões.

Expor-se-á, pois, no terceiro capítulo, o processo estrutural como forma de tutela jurisdicional própria à deliberação sobre litígios irradiados. Traçaremos, para tanto, suas origens históricas, seus caracteres essenciais - em oposição àqueles do modelo processual tradicional -, e quais suas principais repercussões nos institutos clássicos do processo civil.

⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, 2006.

⁵ SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Public Law and Legal Theory Working Paper** no 28, University of Chicago Law School, 2002.

⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁷ A mesma observação é indicada no contexto estadunidense em: CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976. p. 1282.

O quarto capítulo retomará a questão das *limitações* do Poder Judiciário em deliberar sobre litígios complexos, objetivando-se traçar possíveis estratégias para majorar o potencial das decisões estruturantes em produzir mudanças sociais relevantes. Indicaremos, para tanto, três possíveis modelos típico-ideais de processo estrutural – impositivo, deferente e deliberativo -, e, subsequentemente, partindo-se das conclusões parciais estabelecidas nos capítulos anteriores, será delineada a premissa necessária ao desenvolvimento legítimo, adequado e efetivo dos processos estruturais, indicando-se o *dever de diálogo ampliado* como norte condutor dessa forma de atuação judicial.

1 ADJUDICAÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS NO CONTEXTO DO MODELO PROCESSUAL TRADICIONAL

Identifica-se na literatura e cultura jurídicas um modelo arquetípico do processo judicial dominante sobre as concepções da forma e da função da jurisdição, que aqui se denominará *modelo de resolução de disputas* ou *modelo tradicional*⁸. No paradigma concebido, seja sob o viés público¹⁰ ou privado, a adjudicação¹¹ é formulada e dirigida à *solução de casos*, cujos traços assumem perfis eminentemente individualistas e patrimonialistas.

Este construto teórico volta seu olhar a litígios que bem podem ser anedotizados como um episódio em que duas pessoas, no Estado de Natureza, disputam sobre um determinado bem, e, ao atingirem o impasse, delegam a um terceiro imparcial a solução do litígio. As Cortes seriam a institucionalização deste terceiro, e a jurisdição o meio pelo qual a tarefa resolutive se exerce¹².

Essa representação simbólica, com distinções e refinamentos teóricos diversos, reflete a essência tanto da estrutura triádica representada na relação jurídica processual, quanto da função da jurisdição como meio de solução de conflitos¹³.

Um processo judicial civil é tradicionalmente pensado, destarte, como uma controvérsia privada e episódica entre autor e réu, abstratamente conformada na fórmula da “relação jurídica processual”, em que se contrapõem *dois interesses*

⁸ A nomenclatura “*dispute resolution model*” é proveniente da obra de Owen Fiss (**The Law as it could be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003. *passim*); ao passo que o vocábulo “traditional conception of adjudication” é extraído do escrito de Abram Chayes (Ob. Cit., *passim*).

⁹ Como é próprio das sistematizações arquetípicas, o conceito aqui retratado consiste em hipótese típica-ideal da forma e função assumidas pelo modelo processual civil vigente. Esta generalização, ao certo, não pretende corresponder *integralmente* à realidade. Inobstante, a relativa exageração dos atributos fornece apropriado método de exposição da essência do paradigma adjudicatório posto, ressalvas feitas às prováveis exceções em diversos tocantes.

¹⁰ Ainda que algumas obras atribuam escopo público à jurisdição, a feição individualista e bipolarizada da relação jurídica processual se mantém hígida. Ressalte-se, neste sentido, a lição de Chiovenda, segundo a qual “o processo civil [...] se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu)” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 5).

¹¹ O termo “*adjudicação*” será aqui empregado como sinônimo de *jurisdição*, aproximando-se da forma usualmente utilizada na literatura de língua inglesa (*adjudication*). Conquanto a terminologia comumente remeta a meio expropriatório tipificado em nossa codificação (art. 825, I, CPC), o uso da palavra “adjudicação” visa manter fidelidade para com o vocabulário proveniente dos marcos teóricos desta dissertação, em especial da obra de Owen Fiss.

¹² FISS, Owen. The Social and Political Foundations of Adjudication. In: **The Law as it could be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 51.

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. Vol. 1. p. 421-429. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

unitários, diametralmente opostos, a serem decididos numa lógica “o vencedor leva tudo”¹⁴⁻¹⁵.

Se este tipo de raciocínio serve com razoabilidade às lides clássicas, eminentemente individuais e patrimoniais, há fundadas dúvidas de que este modelo consiga efetivamente abarcar a totalidade dos problemas policêntricos contemporaneamente sindicados, especialmente no campo das políticas públicas.

Pensemos, a exemplo, em um problema que envolva *falta de leitos em hospital público*. Elevado número de indivíduos, efetivamente afetados por patologias graves, carece de adequadas instalações em nosocômio estatal, decidindo, então, demandar judicialmente em face do Estado. Algumas “soluções” podem ser vislumbradas ante a sistemática processual atual:

a) Cada indivíduo demanda por si só, em ações individuais. Neste caso, os mais prováveis resultados da demanda seriam:

a.1) a improcedência da ação, por entender o julgador que o indivíduo não é titular do direito pretendido. Tal resultado não representaria a melhor forma de concretização dos valores insculpidos em nossa Constituição, partindo-se dos pressupostos que o direito à saúde é garantia fundamental e que a patologia era grave e requeria tratamento urgente¹⁶;

a.2) a concessão da tutela antecipatória, determinando a imediata colocação do demandante em leito naquele estabelecimento. Neste caso, o julgador provavelmente estaria a empregar tratamento inadequado ao problema, pois sua decisão “fura a fila” de outros indivíduos que, igualmente, necessitavam de atendimento, talvez até com maior urgência. Ademais, a possibilidade de contradição nas diversas decisões individuais também seria elevada (vários juízes determinando a imediata colocação de jurisdicionados em leito hospitalar), tornando o conjunto das decisões insustentável e impraticável;

a.3) a concessão da tutela antecipatória, determinando ao Estado pagar a estadia do indivíduo em hospital particular da região. Neste caso, alguns

¹⁴ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976, p. 1282.

¹⁵ Como observa Chayes, embora existam formas legalmente previstas de terceiros intervirem na demanda a fim de proteger seus interesses, tais intercessões são tratadas tanto pelas partes, quanto pelas próprias cortes, como excepcionais e indesejadas. A intervenção de terceiros consiste, de fato, em forma de participação processual *excepcional* em nosso sistema (Ibidem, *passim*).

¹⁶ Não é pretensão deste trabalho debater sobre o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, não obstante sua relevância ao debate constitucional sobre a judicialização de políticas públicas. Centrar-nos-emos, por opção metodológica, no aspecto processual da concretização de valores constitucionais.

questionamentos poderiam ser levantados, afinal o tratamento do “último da fila” poderia ser priorizado sobre o do primeiro, pelo simples fato daquele ter exercido anteriormente o direito de ação. Também se corre o risco de que não existam leitos suficientes nos nosocômios privados, e, a *sustentabilidade* desta medida é bastante questionável a longo prazo: para quantos indivíduos e por quanto tempo permanecerá o Estado pagando diárias em hospitais particulares? Os custos de tal operação não podem ser ainda maiores? Há destinação orçamentária suficiente para tais demandas? Como coadunar o regime dispensado aos litigantes e não-litigantes?

b) Em uma segunda hipótese, todos os indivíduos demandariam conjuntamente, em litisconsórcio ou mediante ação coletiva-bipolarizada¹⁷. Neste caso, os resultados também seriam bastante duvidosos:

b.1) No caso de improcedência da demanda, vez mais os resultados práticos seriam inadequados ao compromisso constitucional com a proteção da saúde, pelas mesmas razões descritas em “a.1”;

b.2) Caso procedente a demanda ajuizada em litisconsórcio, estaria o magistrado a *priorizar* aqueles que demandaram judicialmente, em detrimento dos pacientes não litigantes, o que potencialmente ensejaria injustiças e tratamento desigual perante o direito (como já tratado no item a.2);

b.3) Caso procedente a ação coletiva, determinando-se *genericamente* que o Estado providencie leitos para todos os sujeitos naquela situação imediatamente, nada mais se estará a fazer do que *manter o status quo*. A mera sentença genérica, afinal, em nada altera a realidade. Sem que se estabeleça uma base sólida para o cumprimento da medida, o número de leitos continuará o mesmo. A fila continuará a mesma. E ainda que se determine que os leitos faltantes serão supridos por hospitais particulares, custeados pelo Estado, mencionada solução prioriza estritamente o *momentâneo*, olvidando de que os problemas atinentes à saúde são *perenes*. A probabilidade de ressurgimento dos mesmos dissídios, no médio-longo prazo, é considerável.

É incontestável que este gênero de demanda não comporta grande dilação probatória apriorística. Em regra, a decisão que *efetivamente* solucionará o caso será pautada em cognição parcial e sumária – concedida a liminar, o caso estará, na

¹⁷ Refere-se aqui à ação coletiva-bipolarizada em oposição à ação coletiva-estrutural, conforme nomenclatura proposta por Marcella Pereira Ferraro (FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015).

prática, resolvido, ao menos no que toca à essência da pretensão. Denegada a tutela provisória, o caso também estará “resolvido”, embora da maneira mais deletéria do ponto de vista material. Efetivamente, o mais impetuoso óbice, como se verá no capítulo terceiro, é a própria maneira como as soluções jurisdicionais para litígios complexos são estruturadas.

A questão posta a exemplo poderia ser trocada, sem grandes rearranjos, por incontáveis demandas análogas: falta de vagas em escolas públicas¹⁸, demandas de medicamentos perante o sistema único de saúde¹⁹, superlotação carcerária, etc. O controle judicial de políticas públicas, em geral, traz os mesmos problemas supramencionados²⁰, que nada mais representam do que a inquietação dirigida a toda forma de intervenção do judiciário em estruturas que excedem a mera relação jurídica processual.

O impasse, com efeito, é intrínseco à fisionomia do processo civil tradicional: concebe-se um modelo abstrato, bipolarizado, de atuação pontual e retrospectiva, que ignora o contexto da vida prática que entorna a lide processual. Nosso arquétipo adjudicatório é incapaz de tratar os revezes sociais em sua integralidade, e, nesta medida, não raro *cria novos problemas* ou *exacerba os existentes*.

¹⁸ Edilson Vitorelli exemplifica, nessa seara, com o caso da judicialização das vagas em creche no Município de Campinas/SP: “Há vários casos que exemplificam a necessidade de adoção de um novo modelo para os litígios irradiados. Por exemplo, apenas em 2014, o Município de Campinas matriculou em creches 3.068 crianças em cumprimento de determinações judiciais proferidas em ações individuais. Essas milhares de ordens são apenas a continuidade de um fenômeno que já dura anos, sendo registradas 1.692 liminares em 2013, 1.547 em 2012 e 1.742 em 2011. Em quatro anos, portanto, o Poder Judiciário do estado de São Paulo foi sobrecarregado com mais de 8 mil processos idênticos e proferiu decisões para que crianças fossem matriculadas em estabelecimentos educacionais, independentemente de avaliação das estruturas disponíveis. O resultado, ao final do período, é a superlotação das salas de aula e a redução da qualidade do serviço prestado” (**O devido processo legal coletivo**: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 559).

¹⁹ Nesse sentido ressalta Barroso, ao abordar a judicialização de políticas públicas e suas falibilidades, que “exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos” (BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial.pdf>. Acesso em: 21.03.2018. p. 13).

²⁰ Como ressalta Marcella Pereira Ferraro, é possível se cogitar de falhas na prestação de serviços públicos pontualíssimas, em que, por alguma razão específica, apenas um indivíduo não está adequadamente tutelado. Nessa pontualíssima hipótese seria viável se cogitar de um litígio sobre política pública que não exceda os limites da relação jurídica processual (Ob. Cit., p. 7). Tal exceção, nada obstante, apenas *confirma a regra*. Os litígios sobre políticas públicas aqui discutidos, portanto, tratam das situações fáticas que *excedem* circunstâncias pontualíssimas, constituindo-se em conflitos policêntricos.

Neste contínuo, a fim de mais bem idealizar possíveis reformulações ao modelo adjudicatório tradicional do processo civil, evidenciar-se-á o paradigma posto em sua essência ideológica, os principais traços da fisionomia do modelo adjudicatório vigente e, para o fim de uma conclusão parcial, o que se concebe como *função hodierna* da jurisdição e quais as consequências deste construto teórico.

1.2 CARACTERÍSTICAS DO MODELO PROCESSUAL TRADICIONAL

Um dos cardeais pensadores críticos do processual posto à luz dos litígios de interesse público foi Abram Chayes, cujo trabalho “*The Role of the Judge in Public Law Litigation*”²¹ inspira as reflexões trazidas neste tópico²². O autor, no mencionado excerto, identifica cinco características da “concepção tradicional de adjudicação”, que expressam adequadamente os traços distintivos do paradigma posto: i) a bipolarização; ii) a preocupação retrospectiva; iii) a interdependência entre direito e remédio; iv) a atuação episódica; v) o controle das partes sobre o processo.

Embora a crítica do escritor se dirija ao sistema anglo-americano, os atributos por ele indicados apresentam correspondência, em grande medida, para com nossa estrutura adjudicatória. Traçar-se-ão, pois, ponderações acerca destes caracteres, a fim de melhor constituir a apreciação aqui pretendida.

1.2.1 A bipolarização no processo

Uma ação civil é pensada, tradicionalmente, como uma controvérsia privada entre autor e réu, abstratamente conformada na fórmula da “relação jurídica processual”. A arquitetura da relação jurídica processual é organizada a partir de *dois interesses unitários, diametralmente opostos*, a serem decididos numa lógica “o vencedor leva tudo”²³.

Embora existam formas legalmente previstas de terceiros intervirem na demanda a fim de proteger seus interesses, tais intercessões são tratadas tanto pelas

²¹ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976.

²² Embora o autor dirija sua crítica ao contexto dos litígios de interesse público, compreende-se neste trabalho que, em diversas circunstâncias, o modelo tradicional de processo também contém assimetrias para com as exigências impostas à adequada solução de litígios policêntricos privados. Essa circunstância, inobstante, em nada altera a linha argumentativa traçada. A questão dos litígios estruturais em ambientes essencialmente privados será melhor examinada no terceiro capítulo.

²³ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1282.

partes, quanto pelas próprias Cortes, como excepcionais e indesejadas²⁴. A intervenção de terceiros consiste, de fato, em forma de participação processual *excepcional* em nosso sistema.

A base deste modelo é o pensamento tipicamente oitocentista, de linhas individualistas e patrimonialistas, dominado pelos princípios da liberdade, propriedade privada e segurança jurídica²⁵, concebendo o procedimento civil como mero *assunto privado das partes*²⁶.

O binômio liberal clássico “liberdade-patrimônio” concede fundamento à lide, sendo a adjudicação pensada para a finalidade de administração e disposição de patrimônio individual²⁷, despreocupada com tutelas de ordem social e metaindividual²⁸. Não por outra razão é que a tutela pelo equivalente pecuniário consiste na *regra* do Estado liberal clássico²⁹.

A bipolaridade da relação jurídica processual, sem embargo, a medida que confrontada à complexidade e difusão das demandas sociais, evidencia suas limitações e impropriedades. A objeção feita tanto à tutela individual, quanto à coletiva, em suas acepções tradicionais, é que ambas cultivam uma *abstração polarizada* das relações sociais, pressupondo que, a uma, os interesses das partes devam ser diametralmente opostos, a duas, é necessário decretar um “vencedor” e um “perdedor”, e a três, os interesses passíveis de consideração são apenas aqueles trazidos ao processo.

A bipolarização da relação jurídica processual retrata alguns dos embargos apresentados no caso hipotético supramencionado. Ao se tratar uma demanda acerca de políticas públicas como um episódio contido na relação “A” contra “B”, incorre-se no risco de ignorar os interesses adjacentes (de terceiros e do próprio Estado enquanto conjunto) e criar severas contradições entre as diversas decisões.

E ainda que se trate de ação coletiva, como se verá, a decisão frugal, que meramente “declara” uma coletividade vencedora em face do Estado, possui parca

²⁴ SHAPIRO, David L. Some thoughts on intervention before courts, agencies and arbitrators. **Harvard Law Review**. Vol. 81. n. 4, fev-1968. p. 721.

²⁵ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 183, 2010. p. 182.

²⁶ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 27.

²⁷ MITIDIERO, Daniel. Ob. Cit., p. 184.

²⁸ Ibidem, p. 185.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 237.

capacidade de produzir efetivas alterações na realidade, e ainda que produza, são elevados os riscos de desacertos do ponto de vista econômico, atuarial, institucional, etc. É preciso, enfim, reflexionar para além do modelo vencedor-perdedor, para que se possa efetivamente tutelar da forma mais satisfatória os direitos provenientes de litígios complexos.

1.2.2 A essência retrospectiva e episódica da tutela

A controvérsia deduzida numa ação civil consiste, em regra, num *conjunto determinado de eventos* – se eles ocorreram, e quais são as consequências jurídicas desta ocorrência³⁰. O modelo adjudicatório foi construído, em essência, para ser *reativo*: a resposta jurisdicional é superveniente à violação e atua *estritamente* sobre ela.

É claro que, com isto, não se ignora a tutela inibitória, preconizada pela doutrina processual pátria e positivada no art. 497, parágrafo único do novo Código de Processo Civil. Entrementes, ainda na hipótese de seu emprego, a forma tradicional de atuação jurisdicional voltará seu foco a um *episódio* delimitado no tempo e espaço³¹.

Em ambas hipóteses, o impacto do julgamento está confinado às partes do processo. Se o autor individual ou coletivo tem sua pretensão julgada procedente, há uma *compensação* (mediante equivalente pecuniário ou uma performance específica do réu), e se o réu prevalece, nada se altera. O foco da adjudicação é *retrospectivo*, e ainda que se pense numa atuação prospectiva, a intervenção será eminentemente pontual e delimitada.

A atuação jurisdicional, ademais, visa em especial *retomar o status quo* anterior. Pressupõe-se um estado de coisas “bom”, negativamente afetado pela ação de determinado ator social. Por consequência, o escopo adjudicatório é limitado e se torna axiologicamente “neutro”, menos importando os resultados da decisão do que o ato de decidir em si considerado – há, afinal, uma presunção de justiça da situação anterior.

³⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976. p. 1282.

³¹ *Ibidem*, p. 1282-1283.

Estes caracteres espelham parte das preocupações acima expostas: a insustentabilidade das medidas particularistas a longo prazo; a eternização das mesmas demandas, perante os mesmos litigantes, ante a falta de preocupação prospectiva e não-episódica da tutela jurisdicional; a centralidade de solução das *consequências* em vez das *causas*; e a incapacidade da adjudicação em formular respostas criativas e efetivamente adequadas à concretização dos valores fundamentais.

1.2.3 A interdependência entre direito e tutela

Há certa derivação, mais ou menos lógica, entre violação e reparação, que substancia o modelo processual tradicional³². O autor obterá do réu o equivalente ao que este violou, nem mais, nem menos. A tutela jurídica tem, em suma, encargo eminentemente compensatório. Analogamente ocorrerá na tutela inibitória, cujo escopo se limita a *provável ato contrário ao direito*.

Esta interdependência traz significativos entraves à atuação jurisdicional voltada para além da falha transitória, afinal, a centralidade da *violação* nada menos estampa do que a *concentração nas consequências*.

Especialmente no campo das políticas públicas, é impraticável que se busque reparar as *causas* do problema com estritas vistas aos limites da transgressão pontual. A ofensa imediatamente vislumbrada, não raro, encobre violações sistemáticas, de proporções consideravelmente mais amplas.

A retificação das raízes do litígio complexo implica o desempenho criativo, proficiente e em constante transformação por parte do julgador, que por vezes atuará *aquém* ou *além* dos limites da violação específica.

1.2.4 O controle das partes sobre o processo

O modelo tradicional de processo é iniciado e controlado, primordialmente, pelas partes. O julgador, idealmente, é um “árbitro neutro”, que decide *segundo a lei* apenas se a *questão jurídica* for posta do modo apropriado pela parte, em

³² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976. p. 1282.

consonância com as formalidades impostas pelo sistema³³. A absoluta inércia do juiz, embora ineficaz hodiernamente, de certa forma corresponde ao retrato arquetípico que habita no ideário posto. O sistema de *civil law*, afinal, se construiu sobre as bases do magistrado “boca-da-lei”.

No cenário do controle judicial de políticas públicas, todavia, a possibilidade do estrito controle das partes sobre o processo é tanto mais ineficaz, eis que o escopo da atuação jurisdicional em muito sobrepuja os limites da estrita “declaração da lei”. Neste contexto, sobremaneira, ganham relevo os direitos fundamentais, em especial os de caráter social, que impõem ao julgador uma postura ativa no papel de concretização dos valores públicos constitucionais.

1.3 BASES IDEOLÓGICAS DO PROCESSO TRADICIONAL

A adequada compreensão do objeto ora estudado impõe a percepção de que, como mecanismo próprio e necessário à efetivação da função estatal e à preservação de seu poder, o processo civil deve ser lido a partir de sua inserção na realidade do Estado, para, subsequentemente, superar-se a *naturalização* própria às categorias estatais³⁴, desvelando os falseamentos de *sentido*, *racionalidade preponderante* e *objetivos* da atuação estatal³⁵ que se refletem na esfera processual.

O modelo tradicional de processo, comumente descrito a partir da noção de *relação jurídica processual*, é referido como relação triádica, estabelecida entre juiz e dois polos com interesses diametralmente opostos, com a finalidade de aquele solucionar, de modo imparcial, o litígio destes, mediante a declaração de *quem tem razão*.

Tal conformação, como é próprio às categorias do Estado, é corriqueiramente concebida com certa “naturalidade”, como se desde sempre existente³⁶, não raro como *única forma possível* de adjudicação.

³³ Ibidem, p. 1283.

³⁴ “O Estado impõe categorias de percepção da realidade ajustadas à própria realidade estatal, de modo que as instituições do Estado são percebidas pelos indivíduos como ‘naturais’, quer dizer, como existentes desde sempre – fazendo-os ignorar o seu caráter de produto arbitrário da própria história” (SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. **Estado e poder simbólico: a crítica de Pierre Bourdieu à concepção weberiana de Estado**. In: Reunião Brasileira de Antropologia, 25ª, 2006, Goiânia. *Anais...* Goiânia, 2006).

³⁵ LOJKINE, Jean. **O Estado Capitalista e a questão urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 108.

³⁶ SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. Op. Cit., p. 12.

Sem embargo, bem examinadas suas características, verificar-se-á um indissociável elo entre o modelo tradicional de processo e o ideário do Estado Liberal, desvelando-se sua inequívoca historicidade e adequação de sentido para com este. Para tal exame, duas características essenciais ao Estado Liberal merecem especial relevo: o enfoque na garantia dos direitos *individuais* e a concepção da legalidade como mero anteparo ao poder estatal³⁷⁻³⁸.

A confrontação dos caracteres do modelo tradicional de adjudicação à luz destes elementos essenciais ao Estado Liberal evidencia que o arquétipo processual não é nem natural, nem accidental, mas corresponde a bases ideológicas e políticas cognoscíveis.

A leitura do processo civil a partir de suas próprias lentes – essencialmente estatais - não raro proporciona a dissimulação de suas derradeiras bases político-ideológicas. Como ressalta Pierre Bourdieu, “tentar pensar o Estado é expor-se a assumir um pensamento de Estado, a aplicar ao Estado categorias de pensamento produzidas e garantidas pelo Estado e, portanto, a não compreender a verdade mais fundamental do Estado”.³⁹

Ao exame do conceito de *processo estrutural*, então, enquanto categoria cujo pressuposto de efetivação é a ruptura com o paradigma posto, torna-se indispensável o pôr-em-suspenso das pré-construções sobre o modelo adjudicatório⁴⁰.

³⁷ SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 38-40.

³⁸ Enfatiza Marinoni, sobre os caracteres do Estado Liberal que mais influenciaram o processo civil: “Para Montesquieu – autor da obra que idealizou a teoria da separação dos poderes recepcionada pelo Estado liberal -, o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de ‘direitos novos’. [...] O poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas ‘um texto exato da lei’. [...] O Estado liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. [...] A tendência de defesa da esfera de liberdade do particular aliada à tese de que apenas a supremacia da lei seria capaz de proteger esses direitos deram naturalmente à jurisdição a função de proteger direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 23-32).

³⁹ BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: sobre a teoria da ação. Trad. Mariza Corrêa. Campinas, SP: Papirus, 1996. p. 91

⁴⁰ “Tendo como pressuposto o déficit metodológico e teórico de tais estruturas na Ciência do Direito – representado pelo enclausuramento autopoietico dos conceitos jurídicos ao conteúdo do direito positivo -, a análise científica de um novo instituto jurídico convida a uma ruptura epistemológica, ou, como diz Bourdieu, a ‘pôr-em-suspenso as pré-construções [...], modos de pensamento, conceitos, métodos que têm a seu favor todas as aparências do senso comum, do bom senso vulgar e do bom senso científico” (GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras: Causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2000. p. 12).

Como delineado alhures, as características atribuíveis ao modelo tradicional de adjudicação certamente não são acidentais, mas correspondem a bases ideológicas e políticas cognoscíveis, próprias ao Estado Liberal.

O processo civil foi tradicionalmente concebido para lidar com *litígios entre privados* e, por esta exata razão, a função primária das Cortes se limitava à *resolução de disputas*⁴¹. Não é desmotivado que certas concepções da jurisdição resumam sua função à *resolução de litígios* ou à “justa composição da lide”. Neste contexto, os juízes são atores *passivos* na relação jurídica processual, devendo sua atuação se limitar à provocação das partes⁴².

O primado das partes na relação jurídica processual consubstancia relevantes elementos do sistema processual. Tome-se a exemplo o sistema dos ônus probatórios: há uma *pressuposição* de que a pretensão de direito material processualmente deduzida é “assunto das partes”, e, por tal razão, a elas incumbe *demonstrar* a existência, ou não, dos fatos que consubstanciam sua pretensão. Menos importa a precisão dos fatos retratados: basta que uma das partes seja incapaz de produzir prova de suas alegações para que o julgador se satisfaça com a descrição fática apresentada (e suas consequências jurídicas).

A superficialidade funcional do Judiciário incorre, em contrapartida, num *afrouxamento* da atuação adjudicatória. Se o impacto imediato do julgamento se restringe às partes, e se elas são os *atores principais* do processo, o juiz se desincumbe das responsabilidades sobre a decisão proferida. Os *resultados* das demandas são atribuíveis puramente aos componentes dos polos ativo e passivo da demanda⁴³.

Num sistema congênere, quaisquer “defeitos” da atuação jurisdicional concernem puramente às partes, eis que estas, e apenas estas, controlam e são afetadas pelo processo. O processo civil, assim, assume entornos estritamente individualistas, com instrumentário e valores próprios ao *modus* do Estado Liberal.

Este modelo tradicional atende inúmeras necessidades políticas e intelectuais, em especial da *limitação do poder estatal* e da *priorização à garantia dos*

⁴¹ Em sentido análogo, observa Chayes: “The traditional conception of adjudication reflected the late nineteenth century vision of society, which assumed that the major social and economic arrangements would result from the activities of autonomous individuals. In such a settling, the courts could be seen as an adjunct to private ordering, whose primary function was the resolution of disputes about the fair implications of individual interactions” (Ob. Cit., p. 1285).

⁴² CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1286-1287.

⁴³ Ibidem, p. 1287.

direitos fundamentais individuais. E, mais importantemente, essa formulação viabiliza a indistinta legitimação das consequências políticas de atos de um judiciário que não responde por “accountability”⁴⁴.

O modelo tradicional retrata um universo sociologicamente *árido*, *empobrecido*, limitado aos litígios individuais de cunho patrimonial. Não há espaço no âmago de suas abstrações às entidades sociais, aos grupos de interesses e às burocracias estatais, que em verdade compõem grande parte dos litígios complexos que abundam na estrutura judiciária contemporânea⁴⁵.

O processo de viés individualista não comporta adequadamente grupos minoritários em suas hipossuficiências, tampouco é capaz de raciocinar a partir de grandes burocracias (como um *sistema de saúde pública*, um *sistema escolar público*, etc.). A adjudicação tradicional é pensada para um *universo composto exclusivamente indivíduos*⁴⁶, e mesmo os litígios coletivos acabam por se comportar, em última análise, analogamente aos individuais.

A jurisdição compreendida como mera forma de *resolução de disputas entre privados* tende a isolar o Poder Judiciário como instituição. Do ponto de vista discursivo, as Cortes se apartam do complexo governamental, buscando aparentar certa *distanciação* do sistema político – ainda que a realidade, não raro, milite contra esta dissimulação.

A base axiológica da adjudicação, por fim, assume papel secundário no modelo voltado puramente à resolução de disputas particulares. Ao se atribuir à jurisdição a função primária de *pacificação social*, o elemento preponderante é a solução do conflito *em si*. Os valores expressados pela decisão são indiferentes ao sistema processual: parte-se do pressuposto de uma suposta *neutralidade axiológica* do processo adjudicatório e de um estado de coisas “naturalmente bom e harmônico”⁴⁷.

1.4 PROCESSO E PARADIGMA INDIVIDUALISTA

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1288.

⁴⁵ FISS, Owen. Two Models of Adjudication. *In How Does the Constitution Secure Rights?* p. 38. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 21.03.2018.

⁴⁶ *Ibidem*, *passim*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 40.

Nosso direito, historicamente, foi arquitetado com base no secular paradigma individualista, que permeia sua essência: os institutos e categorias processuais foram concebidos para a tutela individual de direitos, gerando imensas dificuldades quando da tutela de direitos supra-individuais⁴⁸. A formação dos operadores do direito, outrossim, é igualmente deveras influenciada pela concepção jurídica do direito⁴⁹.

Embora a promulgação do novo Código seja recente, o modo de pensar o processo, a fundo, pouco mudou. É claro que, com isso, não se ignora o relevo dispensado aos “precedentes”⁵⁰, a busca pela redução do formalismo, a expressa inserção de novas técnicas processuais, e as demais inovações trazidas. Todavia, o modelo adjudicatório adotado se mantém, na essência, o mesmo.

Como observa Hugo Nigro Mazzilli, o Código de Processo Civil de 1973 adequava-se ao seu tempo: era em si tecnicamente bem feito, e cumpria seu propósito de *sistematização* dos institutos. Seu grande defeito foi a incapacidade de lidar com os conflitos massificados supervenientes, que tomaram proporções inéditas ante a economia globalizada⁵¹.

O Código de Processo Civil de 2015, doutro lado, pouco se adequa ao tempo presente. Sua edificação se deu nos mesmos fundamentos das legislações anteriores, baseando-se *estritamente* na forma individual para a tutela dos direitos, cuja eficiência, do ponto de vista histórico, é extremamente questionável.

A tutela coletiva passou ao largo do novo CPC, que a ela apenas dispensou dispositivos esparsos e de pouca utilidade prática. A rigor, a nova legislação nasceu velha⁵², ainda ligada ao individualismo que consubstanciou toda a ciência processual pretérita.

⁴⁸ Como bem assinala Ovídio Baptista da Silva, “A influência exercida pelo individualismo sobre o processo civil é enorme, uma vez que os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais[...]. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis” (SILVA, Ovídio Baptista. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56).

⁴⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. **Coleção Repercussões do Novo Código de Processo Civil**. v. 8. Coord. Hermes Zanetti Jr. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 134.

⁵⁰ O sistema de vinculação às decisões previsto no Novo CPC, a rigor, pouco se assemelha com o *stare decisis* do *common law*. Não obstante, emprega-se aqui o vocábulo “precedente” de forma genérica, como “respeito à decisão anterior”, não como “aplicação prospectiva das razões substanciais da decisão”.

⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro_col_CPC_15.pdf. Acesso em 04 set. 2016. p. 6.

⁵² Ibidem, p. 26.

O paradigma individualista, como ressalta Elton Venturi, evidencia o modo de ser de nosso processo individual, que ao cabo *condiciona e restringe* a própria concepção de acesso à justiça:

Tais perspectivas parecem explicar o modo de ser do modelo processual individual: explicam a razão dos condicionamentos impostos à admissão da ação (legitimação fundada na pertinência subjetiva da pretensão material almejada e interesse demonstrável pela necessidade, utilidade e adequação da via empregada para a realização dos direitos individuais fundamentais), a ordinariade do procedimento judicial (padronizado, de regra, para preservar a paridade formal entre as partes) a restrição dos poderes oficiais inquisitivos do magistrado como forma de se assegurar sua pressuposta imparcialidade e, por fim, o confinamento da eficácia dos julgamentos às artes envolvidas na relação processual, inextensível a terceiros. Em suma, o paradigma individualista condicionou e restringiu, irrefutavelmente, a própria concepção de acesso à justiça.⁵³

Neste cenário, exigir que cada afetado busque a tutela individual de seus direitos é a solução que continua a preponderar. Suas decorrências, todavia, são deletérias tanto aos indivíduos, quanto ao próprio Estado, sobretudo no que toca ao controle judicial de políticas públicas.

Neste cenário, os indivíduos desfavorecidos se veem forçados a demandar judicialmente a tutela dos mais básicos direitos. Todavia, consoante relembra Sérgio Cruz Arenhart, o emprego da tutela individual de todas as situações tende a agravar o problema, ou porque, para guardar a qualidade das decisões, não será possível a análise de todas as controvérsias, ou porque, para dar conta da quantidade de demandas, a prestação jurisdicional será sacrificada qualitativamente⁵⁴.

Esta assertiva é especialmente verdadeira no campo das políticas públicas. Segundo pesquisas empíricas divulgadas em relatórios do Conselho Nacional de Justiça⁵⁵, seis dos dez maiores litigantes do país são instituições públicas. Destarte, grande parte dos processos que tramitam em nosso Judiciário abarcam problemas gerados *pelo próprio Estado*, direta ou indiretamente⁵⁶. É certo, destarte, que o

⁵³ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 28.

⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 150-151.

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁵⁶ É imperioso pontuar que, no relatório ora examinado, considerável monta dos processos em que o Estado figura como parte consiste em *execuções fiscais*. Nada obstante, ainda que excetuados estes

emprego de ações individuais para o controle de políticas públicas é um dos grandes agravantes da situação negativa pela qual o sistema judicial passa.

Ademais, este conduto, por sua natureza, é o mais *excludente*: o acesso à justiça pela via individual se torna tanto mais árduo quanto maior a hipossuficiência cultural e econômica do sujeito. As ações individuais fornecem privilégios, em regra, àqueles que já se encontram em situação “menos desfavorável”⁵⁷, priorizando-se os que *primeiramente exercitam o direito de ação*⁵⁸. E mesmo aos capazes de perseguir suas pretensões judicialmente, há ainda o enfrentamento a uma máquina morosa, cujos ônus do tempo recaem, principalmente, sobre os mais desfavorecidos e necessitados.

Outrossim, ao próprio Estado há inúmeros prejuízos. Primeiramente, porque o Poder Judiciário se vê obrigado a responder à demanda geometricamente crescente, o que impõe medidas voltadas à quantidade em vez da qualidade, exige enormes investimentos e um eterno agigantamento incapaz de acompanhar as constantes exigências sociais⁵⁹. Segundamente, porque as contradições decisórias e as possíveis arbitrariedades nas decisões políticas tomadas pelo Judiciário sobrelevam irracionalidades nas deliberações políticas, sobretudo dos pontos de vista financeiro e organizacional.

1.5 INFLUÊNCIAS DO MODELO TRADICIONAL SOBRE OS PROCESSOS COLETIVOS

Em que pese as críticas dirigidas à preponderância da tutela individual, é preciso também examinar *quais são as características* que preponderam

feitos, seria ainda o Poder Público responsável por considerável fatia dos processos em curso no Judiciário brasileiro.

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 02, 2015. p. 4.

⁵⁸ Ibidem, p. 4.

⁵⁹ Neste sentido, ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso que “na verdade, é inútil inflar a estrutura judiciária, na tentativa de acompanhar o crescimento geométrico da demanda por justiça, na medida em que essa estratégia leva, ao fim e ao cabo, a oferecer mais do mesmo (mais processos – mais crescimento físico da máquina judiciária), pondo em risco o equilíbrio com os demais Poderes e minando a desejável convivência harmoniosa entre eles: com o Executivo, assoberbado com as incessantes requisições de verbas orçamentárias para o crescente custeio da justiça estatal; com o Legislativo, acuado ante a diminuição de seu espaço institucional, por conta dos avanços do ativismo judiciário em áreas tradicionalmente reservadas à chamada reserva legal” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 27).

hodiernamente na via das ações coletivas. Isso porque uma visão crítica acerca da tutela coletiva pátria permite a percepção de que, rigorosamente, há profunda vinculação ao modelo processual pensado para os litígios individuais.⁶⁰

Como relembra Elton Venturi, muitas das dificuldades enfrentadas pela tutela coletiva “derivam da tentativa de se encontrar antes os pontos de tangência do que as diferenças essenciais existentes entre os modelos processuais referidos”⁶¹. A forte vinculação das formas coletivas de tutela aos institutos do processo individual torna o processo coletivo uma espécie de “nova técnica” destituída de referenciais técnicos, políticos e ideológicos próprios.

Há que existir uma relação jurídica *polarizada* entre autor e réu coletivos, um vencedor e um perdedor, e um juiz que decretará quem triunfou – reduzindo-se, assim, a complexidade das relações sociais num simples esquema binário de interesses⁶²; e a tutela jurisdicional, a seu turno, mantém-se essencialmente episódica e retrospectiva. Alteram-se, enfim, os sujeitos ativo e passivo no processo coletivo, mas se mantém o modo de operação do processo individual. Destacam-se, neste sentido, as precisas palavras de Sérgio Cruz Arenhart:

[...] substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais

⁶⁰ De acordo com Fernando da Fonseca Gajardoni, “pode-se dizer, sem medo da crítica, que o processo coletivo brasileiro, ainda hoje, é refém de uma ideologia individualista secular e que contamina as estruturas do direito processual civil brasileiro, inclusive no âmbito no Novo CPC (Lei 13.105/2015)” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. **Coleção Repercussões do Novo Código de Processo Civil**. v. 8. Coord. Hermes Zanetti Jr. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 134).

⁶¹ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 24.

⁶² Na classificação de Marcella Pereira Ferraro, um processo judicial pode se desenvolver a partir de três modelos: individual-bipolar, coletivo-bipolar e coletivo-estrutural. O fenômeno aqui destacado corresponde à segunda forma de adjudicação indicada pela autora: a *bipolarização* nas ações coletivas (Ob. Cit., p. 2).

grave, mesmo a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real.⁶³

Em seus modelos tradicionais, tanto os processos individuais quanto os coletivos detêm parca aptidão para eficientemente solucionar os litígios de caráter complexo e difuso, marcantes da contemporaneidade, especialmente os intervenientes sobre políticas públicas.

1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

Ao modelo tradicional de adjudicação corresponde a função primária de *resolução de disputas*. Este modelo se caracteriza, essencialmente, pela *bipolaridade* das partes em litígio, a *retrospecção* e *pontualidade* da tutela jurisdicional, o *controle das partes* sobre o processo e a *interdependência entre direito e remédio*. Encontra sustentáculo nos caracteres *individualistas* e *patrimonialistas* próprios ao Estado Liberal, que, a fundo, *abstraem* sua atuação e em muito o eximem da *responsabilidade política* por seus atos, gozando de *aparente* descolamento do sistema político como um todo, posto que pensado e estruturalmente formulado como “*coisa das partes*”.

A contemplação da realidade, todavia, permite notar que as demandas trazidas quotidianamente ao Judiciário excedem diversos dos limites postos pela concepção tradicional de adjudicação. Desejável ou não, a ingerência jurisdicional em estruturas políticas e sociais intrincadas, através de litígios complexos, é um dado da realidade, máxime diante da abordagem adjudicatória de políticas públicas⁶⁴⁻⁶⁵.

Tome-se, a exemplo, as costumeiras demandas que pretendem a inserção de determinado indivíduo em uma vaga em instituição de educação pública: ainda que deduzida numa ação individual, tal pretensão em nada corresponde a um interesse

⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 02, 2015. p. 4.

⁶⁴ A mesma ponderação é feita por Abram Chayes, que assevera: “But if, for a moment, we (...) look closely at what federal courts and particularly federal trial judges are doing ‘in fact’, what we see will not easily fit our preconception of civil adjudication” (Ob. Cit., p. 1282).

⁶⁵ O enfoque nas políticas públicas é natural ao exame dos processos estruturais, e há razões históricas e pragmáticas para isso. Do ponto de vista histórico, as primeiras *structural injunctions* foram proferidas em casos envolvendo políticas públicas segregacionistas e prisionais. Do ponto de vista pragmático, grande parte dos litígios estruturais envolverão o interesse público. Nada obstante, como se esclarecerá no capítulo terceiro, não somente litígios de interesse público são resolvidos em processos estruturais.

puramente particular⁶⁶. O mesmo se diga em relação às demandas incidentes sobre políticas públicas em geral: há interesses que exorbitam a relação jurídica processual, e que dificilmente podem ser deduzidos numa estrutura processual limitada a dois polos, diametralmente opostos, reduzindo-se a complexidade social a um árido embate autor-réu.

Neste contexto, o modelo adjudicatório tradicional apresenta resultados frugais. As constantes contradições e a eterna multiplicação dos mesmos conflitos entre as mesmas partes comprovam, em certa medida, que o pensamento individualista que pulula o sistema processual desgasta a capacidade conjuntural da jurisdição em efetivamente concretizar os valores a que o Estado Contemporâneo se propõe tutelar.

O Poder Judiciário se defronta diariamente com abundantes casos que sobrepujam a primariedade do modelo adjudicatório tradicional, e a insistência em seu predomínio nos oferece ferramentas cada vez menos úteis e adequadas à tutela da complexidade dos direitos emergentes do Estado Contemporâneo. Indubitavelmente, solucionar um litígio de alta complexidade com o instrumental de um sistema pensado para resolver problemas estritamente patrimoniais e individuais tende a nos guiar a um quadro de parca eficiência e legitimação⁶⁷. Como bem sintetiza Arenhart,

Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) versus o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor). Sob esse ângulo, a discussão parece muito simples e sua solução, evidente. Porém, o que na realidade esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional. Realmente, esse tipo de demanda obscurece o fato de que, aquilo que está em jogo nessa causa, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país.⁶⁸

A contradição entre os elementos do Estado Constitucional e o modelo processual se exacerba na medida em que analisamos as mudanças sociais sofridas

⁶⁶ Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover observa que “também por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos *lato sensu*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Biblioteca Digital *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. p. 7).

⁶⁷ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1282.

⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 02, 2015. p. 3.

nas décadas recentes, sobretudo no aspecto da ampliação das demandas sociais – e, por consequência, judiciais⁶⁹. Um dos óbices centrais do processo contemporâneo é, portanto, a inaptidão no fornecimento de adequada tutela aos direitos de caráter coletivo e massificado, próprios do Estado Contemporâneo, através de um ferramental estruturo-funcionalizado para com os valores do Estado Liberal.

Da inadequação do modelo tradicional decorrem, essencialmente, duas vicissitudes insanáveis no contexto de litígios complexos: ineficácia global das decisões e efeitos colaterais⁷⁰. Ineficazes globalmente porque a adoção de medidas particularizadas e paliativas, que apenas combatem as *consequências* das violações estruturais, são incapazes de sanar as derradeiras *causas* do problema. E tal descolamento da realidade imbricada em que se interfere com a decisão judicial possivelmente causará *efeitos colaterais* diversos, como enfatizado no exemplo trazido ao início do capítulo.

Tal inaptidão suscita duas possíveis respostas: ou se concebe que a jurisdição não é o *locus* próprio para a solução de litígios estruturais, ou se concebe que, embora padeça de limitações, a função jurisdicional é própria ao avanço da concretização dos valores públicos.

As conclusões deste trabalho aderem à segunda possibilidade exposta. O próximo capítulo se debruçará nos argumentos que fundamentam a primeira resposta e, em empreendimento hipotético-dedutivo, trará possível via conciliatória entre as críticas à adjudicação de litígios complexos e suas vantagens, vislumbrando-se, nesta seara, o *processo estrutural* como alternativa consentânea com os valores do Estado Constitucional.

⁶⁹ Sobre as mudanças advindas do Estado Constitucional e seu impacto no processo civil (e no Poder Judiciário como um todo), vide: BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil contemporâneo, Ob. Cit., *passim*; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 23-69.

⁷⁰ FERRARO, Marcella Pereira. Ob. Cit., p. 9.

2 OBJEÇÕES AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Processos coletivos-estruturais são, essencialmente, o meio pelo qual a jurisdição intervém em estruturas sociais complexas, em razão de violações massivas e difusas de direitos, com a finalidade de reestruturar os organismos sociais responsáveis pelas práticas danosas, fazendo cessar o estado de coisas violador⁷¹. Essa intervenção pode se efetivar tanto sobre entidades públicas quanto privadas⁷². Nada obstante, muito comumente a intervenção se centrará em disfunções do próprio Estado e, destarte, a reestruturação buscada implicará no controle judicial de políticas públicas.

Assim, embora não sejam os processos estruturais unicamente voltados ao *judicial review*, grande parte dos casos estruturais examinados, bem como das objeções doutrinariamente apresentadas, tangenciarão questões relacionadas a possibilidade e adequação da intervenção judicial em políticas públicas. O presente capítulo se volta à análise destas questões, com o intuito estabelecer premissas que permitam melhor desenvolver o tema das *structural injunctions*.

A fim de adequadamente examinar o objeto do estudo delineado neste capítulo – *a adjudicação de políticas públicas através de processos estruturais* –, é preciso preliminarmente delinear o conceito de política pública, e quais os questionamentos gerados pela intervenção judicial neste campo.

Compreende-se por políticas o “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”⁷³. Há, portanto, dois elementos centrais no conceito de política: a existência de uma comunidade política capaz de produzir os padrões mencionados, e a identificação dos objetivos e meios de alcançar os objetivos⁷⁴.

Políticas públicas, destarte, consistem nas políticas cujo ente responsável pela elaboração é o Estado, seja dizer, *objetivos* estabelecidos pelo ente estatal, e os respectivos *meios* de alcance destes fins, voltados a produção melhorias políticas, econômicas ou sociais⁷⁵.

⁷¹ A definição aqui apresentada apenas retrata parcialmente o fenômeno. Maior incursão conceitual será realizada no terceiro capítulo deste trabalho.

⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos Estruturais no direito brasileiro**: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. p. 18-19.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

⁷⁴ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 49.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 50.

Mencionado conceito, todavia, suscita questão essencial, com a qual se relaciona o objeto de pesquisa ora analisado: a qual dos fóruns estatais incumbe o debate acerca das políticas públicas?⁷⁶⁻⁷⁷

O mais corriqueiro arranjo estatal atribui aos membros do Poder Legislativo o estabelecimento dos objetivos, e ao Poder Executivo, em geral, a definição dos instrumentos para o alcance daqueles. Ao Poder Judiciário, em regra, não é atribuída a função de *policy-maker*⁷⁸, seja dizer, não deve assumir protagonismo na definição dos objetivos e meios de concretização de valores públicos⁷⁹⁻⁸⁰.

Destarte, as críticas voltadas ao controle judicial de políticas públicas em geral, e igualmente aplicáveis ao contexto dos processos estruturais⁸¹, centram-se na inadequação do Poder Judiciário para realização desta tarefa, e suas linhas argumentativas podem ser condensadas em duas vertentes: i) as objeções pautadas na inaptidão institucional do órgão judicante; e ii) as objeções pelo argumento democrático.⁸²

No primeiro grupo, encontram-se as linhas argumentativas segundo as quais o Poder Judiciário carece de *aptidão técnico-institucional* para intervir em matérias correlatas às políticas públicas, seja porque incapaz de captar na moldura jurídico-

⁷⁶ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. Ob. Cit., p. 50.

⁷⁷ O pano de fundo acerca da definição de política pública, e a quem incumbe sua elaboração e execução, tem por pressuposto a distinção entre direito e política. Nada obstante, “não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa” (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 16). A fluidez da linha divisória entre direito e política também é fator que influencia as concepções acerca do papel do Judiciário na concretização de valores fundamentais.

⁷⁸ “Juizes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político” (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 12).

⁷⁹ DIAS, Jean Carlos. Ob. Cit., p. 51.

⁸⁰ Para Luis Roberto Barroso, “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (Ob. Cit., p. 5). O conceito apresentado pelo autor bem serve para expor aquilo que se concebe, classicamente, sobre a adjudicação de políticas públicas: a uma, que se trata de uma “palavra final” dada pelo Poder Judiciário, a duas, que o assunto sobre o qual se decide – *as políticas públicas* - não lhe é próprio (ou tradicionalmente outorgado). Mencionadas premissas serão mais acuradamente examinadas ao longo deste capítulo.

⁸¹ Abordar-se-á, neste tópico, apenas as críticas relacionadas ao controle judicial de políticas públicas em sentido amplo, mas que se revelam igualmente relevantes aos litígios estruturais sobre políticas públicas. As objeções próprias aos processos estruturais serão examinadas no capítulo quarto, em razão de sua maior especificidade.

⁸² A mesma divisão é adotada nas obras de Owen Fiss e Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em: FISS, Owen. Two Models of Adjudication. *In How Does the Constitution Secure Rights?* p. 37. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 21.03.2018; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 219-239.

processual a complexidade dos conflitos sociais, seja porque destituído de conhecimentos técnicos próprios às áreas orçamentárias, administrativas, de planejamento, etc., seja porque destituído de meios adequados para efetivação de suas decisões nestes campos – e, por conseguinte, incapaz de produzir efeitos relevantes na realidade que pretende reestruturar.

No segundo grupo, encontram-se as objeções de ordem democrática, pautadas nos argumentos de que o órgão julgante, ao intervir em políticas públicas, apropria-se de funções típicas do Executivo e do Legislativo, embora não detenha legitimação democrática para realização de tais tarefas, violando os desenhos institucionais e o próprio Princípio Republicano, conferindo-se excesso de poder discricionário ao julgador nestas circunstâncias.

Os questionamentos opostos ao controle judicial de políticas públicas serão examinados através do método hipotético-dedutivo, delineando-se, assim, contra-argumentos às objeções postas e possíveis conclusões. Como viável alternativa às teorias da supremacia legislativa e jurisdicional⁸³, será introduzido o conceito de diálogos institucionais. Em conclusão parcial, apresentar-se-á o repensar do paradigma processual posto, através do *processo estrutural* como via de superação dos obstáculos postos ao controle judicial de políticas públicas.

2.1 OBJEÇÕES DE ORDEM DEMOCRÁTICA

O controle de políticas públicas pelas Cortes suscita questionamentos atrelados à *legitimidade democrática* do Judiciário que, conquanto altere substancialmente decisões políticas tomadas por agentes públicos eleitos pelo voto popular, assim procede através de atores judicantes não-eleitos pelo povo. Defende-se que há um desenho institucional republicano estanque, em que a intervenção judicial em atividades próprias do Executivo e/ou do Legislativo usurpa o direito ao

⁸³ Conquanto não se ignore a relevância do papel do Executivo na concretização de valores públicos, optou-se neste trabalho por dar enfoque na relação entre parlamentos e cortes, tanto por se tratar de recorte tradicional das teorias constitucionais, quanto porque, como enfatiza Conrado Mendes, “o poder executivo nunca foi considerado um candidato para a última palavra em questões de direitos fundamentais.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 97)

autogoverno dos cidadãos e viola o Princípio Republicano, sendo ato necessariamente contramajoritário e/ou antidemocrático⁸⁴.

A primeira premissa a induzir tal objeção independe de grande ônus argumentativo aos que a defendem: é que há uma relação *óbvia* entre Legislativo e Democracia, e o desenho institucional daquele corrobora com seu caráter democrático à medida que seus membros são eleitos (*representação da vontade popular*) e suas decisões são tomadas através de maiorias (*recurso procedimental que promove a igualdade formal*)⁸⁵.

A segunda premissa é a de que, a despeito do valor normativo outorgado aos direitos fundamentais *abstratamente considerados*, as *implicações concretas* dos valores públicos invariavelmente ensejarão *desacordos sinceros*, sobre os quais o povo deve continuamente decidir⁸⁶.

A terceira premissa é a de que, se desacordos sinceros e persistentes sobre a implementação dos ideais públicos são próprios de sociedades democráticas, e demandam meios institucionais adequados para sua solução, a forma republicanamente designada para tal mister é a *legislativa*, pois através dos parlamentos estará observada tanto a vontade popular, quanto a igualdade política⁸⁷.

⁸⁴ Em passagem clássica, enfatiza Bickel: “*When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic*” (BICKEL. Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p. 16-17).

⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 77-79.

⁸⁶ Jeremy Waldron inicia sua obra “*Law and Disagreement*” com a célebre assertiva “*there are many of us, and we disagree about justice*” (Nova Iorque: Oxford University Press, 2004). A possibilidade de desacordos sinceros, razoáveis ou de boa-fé é central ao debate sobre a *legitimidade democrática* de cada Poder. Luis Roberto Barroso destaca, quanto aos desacordos morais razoáveis: “Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas” (**Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**, Ob. Cit., p. 24).

⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 9.

Trata-se, assim, de argumentação fundamentada na *premência do autogoverno* na concretização de valores públicos, segundo a qual o Legislativo é o Poder mais legítimo e capaz para definir os rumos das políticas públicas, porque institucionalmente apto a reconhecer, incorporar e dotar de concretude os valores públicos inerentes ao corpo social, dado o fato de que seus membros são escolhidos pelo povo com a específica finalidade de representar suas vontades ao efetivar juízos políticos.

A judicialização de políticas públicas, nessa medida, consistiria em *distorção* do desenho republicano⁸⁸; e uma “decisão adicional” pelo órgão jurisdicional, como uma “revisão final” sobre a decisão legislativa, incorreria em mera redução simplista e ofuscante das questões morais inerentes à concretização de valores públicos⁸⁹.

Seria a *judicial review*, assim, um “adorno retórico” a uma questão consideravelmente mais complexa: a de que, num ambiente democrático, é utópico conceber que o modo de *concretização* de valores abstratos ensejará uma única via interpretativa possível.

Um dos mais incisivos argumentos se encontra na obra de Jeremy Waldron, para quem a igualdade de participação política e o autogoverno têm intrínseca conexão para com a concepção moderna de direito⁹⁰, e o Poder que detém legitimidade para *representar* os interesses da população na tomada de decisões é o Legislativo. O autor argumenta que, a despeito dos resultados gerados pelas decisões judiciais que intervêm em políticas públicas, o Judiciário não detém legitimidade democrática para assim proceder⁹¹.

O controle judicial de políticas públicas, para Waldron, é *inerentemente* injusto e tirano, ainda que seus resultados se revelem adequados, pelo simples fato de que o *meio* empregado para a tomada de decisões é não-democrático.⁹²⁹³ Assim, o

⁸⁸ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 86.

⁸⁹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, 2006. p. 1406.

⁹⁰ WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, n. 13, 1993. p. 38.

⁹¹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, Ob. Cit, p. 1376-1386.

⁹² “*In the end, I think, the matter comes down to this. If a process is democratic and comes up with the correct result, it does no injustice to anyone. But if the process is non-democratic, it inherently and necessarily does an injustice, in its operation, to the participatory aspirations of the ordinary citizen. And it does this injustice, tyrannizes in this way, whether it comes up with the correct result or not*” (WALDRON, Jeremy. **A right-based critique of constitutional rights**, Ob. Cit, p. 50).

⁹³ A despeito das críticas tecidas pelo autor, Waldron assume que seus argumentos são *condicionados* a uma situação institucional “regular”, de modo que, em circunstâncias limítrofe, a *judicial review* pode ser efetuada. Nada obstante, nosso enfoque, neste capítulo, serão seus argumentos *contrários* à prática.

controle judicial de atos políticos, para os pensadores desta vertente, é essencialmente antidemocrático⁹⁴.

Nessa esteira, o *judicial review* seria dispensável à própria Democracia e à Supremacia da Constituição: se os valores públicos insculpidos na Carta Magna assumem múltiplas possibilidades em sua concretização, inexistente razão institucional ou pragmática que induza a crença na *melhor resposta* por parte da Corte⁹⁵.

Outorgar às Cortes a “última palavra” em matéria de políticas públicas, destarte, parte de uma visão *idealizada* do Judiciário, pautada em três concepções ausentes de sustentação teórica e empírica: i) a de que o Legislativo, ao deliberar, *não* leva a sério os direitos fundamentais, e desconhece a realidade prática sobre a qual incidirá; ii) a de que a Corte é um “agente neutro”, capaz de decidir independentemente de pressões políticas e ideológicas subjacentes⁹⁶; e iii) de que a Corte assegura o direito das minorias oprimidas pelas decisões das majorias.

Tais compreensões ignoram, todavia, que os “riscos” da política não são de plano elimináveis pela judicialização, e que as Cortes não atuam num campo axiologicamente neutro. Não haveria, então, para além de um *ranço antidemocrático*, elementos indicativos da “maior capacidade” das Cortes em tratar com seriedade na deliberação sobre valores públicos⁹⁷.

Ademais, pressupor que as decisões do Legislativo, enquanto “vontade da maioria”, serão sempre espécie de “tirania” é acusação desmedida. A existência de uma minoria decisória no Parlamento nem sempre representará o insulamento e opressão de uma minoria social⁹⁸, mas não raro caracterizará a própria essência da Democracia; e tampouco há garantia de que o Judiciário agirá invariavelmente como

⁹⁴ Atribui-se a Bickel uma das mais clássicas passagens a afirmar o caráter antidemocrático do *judicial review* (Ob. Cit., p. 16-17). O autor, todavia, admite espécie de controle jurisdicional *fraco* ou *minimalista*. Pelas finalidades deste capítulo, nada obstante, optamos por enfatizar os argumentos *contrários* à judicial review, sem, portanto, intenção de esgotar a teoria do autor.

⁹⁵ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 90.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 88-94.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 87.

força contramajoritária em favor das minorias⁹⁹, ou como guardião da Constituição e da democracia¹⁰⁰.

As objeções de ordem democrática, enfim, embasam-se num suposto “pedigree” democrático superior dos parlamentos, que outorga as suas escolhas sobre políticas públicas maior legitimidade à medida que pautadas tanto na vontade geral, quanto em procedimento deliberativo igualitário.

2.2 OBJEÇÕES PAUTADAS NA CAPACIDADE INSTITUCIONAL

Argumentos centrados na capacidade institucional voltam-se ao exame de qual instituição detém *maior efetividade* na produção de políticas públicas, a despeito de maiores questões principiológicas acerca do modelo republicano ideal e da possibilidade de distinção entre decisões jurídicas e políticas¹⁰¹. O enfoque desta linha

⁹⁹ Há exemplos na história do constitucionalismo estadunidense, como *Dred Scott v. Sandford* e *Plessy v. Ferguson*, em que a Corte Suprema efetivamente promoveu *restrição* de direitos fundamentais, mantendo-se o *status quo* tanto da escravidão, quanto da segregação racial. Para um exame mais acurado dos casos mencionados, vide: JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 66-75.

¹⁰⁰ Em estudo sobre a atuação das Cortes em distintos contextos políticos, aduz Luciano da Ros: “Pode-se afirmar que tribunais são instituições que operam rigorosamente dentro dos limites que a dinâmica das outras forças políticas e institucionais lhes impõem, raramente decidindo fora do círculo de preferências dos atores políticos. A ideia de que tribunais salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todos, como muitas vezes se veicula nos círculos acadêmicos, pode ser considerada ingênua” (ROS, Luciano. *Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/262>. Acesso em: 16.01.2018).

¹⁰¹ Como ressalta Joshua Dunn, os argumentos da falta de capacidade institucional têm como pano de fundo as *teorias do realismo jurídico* e sua postura niilista para com a distinção entre direito e política. O discurso do realismo tem por cerne a assertiva de que decisões judiciais não são baseadas em argumentos normativos, mas na visão pragmática do julgador sobre qual a melhor decisão para o caso concreto – apenas após a “decisão real” é que são buscados os argumentos jurídicos para fundamentá-la. Essa visão sobre *como decidem os juízes* torna extremamente turva a distinção entre direito e política: se órgãos julgadores *decidem pragmaticamente* antes mesmo de buscarem uma solução no ordenamento jurídico, estarão eles, rigorosamente, *fazendo políticas* (decidindo sobre os melhores objetivos e como atingi-los). A aproximação entre direito e política nas teorias realistas leva a uma consequência no campo do *judicial review*: a de que, se decisões nada mais são do que *escolhas dos juízes*, o enfoque decisório não deve ser normativo, mas político, seja dizer, não se aspira proferir decisões legalmente adequadas, mas pragmaticamente positivas. Esse pano de fundo teórico traz nova linha de objeções, centrada não mais em questões principiológicas e normativas, mas estritamente *pragmáticas*: argumentos sobre a falta de capacidade institucional se desenvolvem a partir da premissa de que, ainda que os juízes possam proferir decisões políticas, são funcionalmente incapazes de deliberar adequadamente em razão de suas limitações institucionais. Vide, assim: “*This position was echoed in legal realism's central empirical claim: Judges do not make decisions based on legal materials or legal reasoning. Instead, they make decisions based on how the facts of a case strike them. That is, judges make up their minds about the proper outcome of a case and then create the legal reasoning as a diversionary adornment. According to this theory, political ideology plays a far greater role than constitutions or statutes in determining the outcome of cases. The upshot of legal realism is that the law*

discursiva, destarte, será dispensado a fundamentos empíricos e consequencialistas sobre a *judicial review*¹⁰².

Adrian Vermeule argumenta, neste tocante, que teorias não-consequencialistas e considerações abstratas sobre a função das instituições públicas (e seus respectivos comprometimentos para com a democracia) são pouco contributivas em termos de definição de seus papéis¹⁰³, e, portanto, a *“Teoria do Direito não pode chegar a conclusões operacionais sobre como juízes, legisladores ou agências administrativas devem interpretar textos a menos que tome em consideração, empiricamente, a capacidade dos intérpretes e os efeitos sistêmicos dos métodos interpretativos”*¹⁰⁴.

Assim, considerando-se critérios *empíricos* da capacidade institucional das Cortes, Vermeule aduz que o órgão jurisdicional padece de restrições de tempo, informação, e de expertise na identificação de compromissos constitucionais, com curta visão acerca dos efeitos sistêmicos de suas decisões¹⁰⁵, ao passo que o

as we normally think of it does not exist at all. If judges make decisions in this way, they are really just deciding what they think is the best policy. The law becomes nothing but public policy. In the parlance of legal realism, the law is "indeterminate," which means that it is insufficient for determining the outcome of cases. Thus, judges just do what they think is best. Or, more bluntly, the law is whatever judges say it is. Legal realism (at least in the view of some of its proponents) was not content with making this empirical claim, so it advanced a normative one as well: If the law is nothing more than the policy preferences of judges, then judges should not aspire to make legally correct decisions, but simply to make good policy. Given good preferences, or at least the tools to learn how to form them, they will make good public policy. (...). Legal realism's celebration of judicial policymaking did not go unchallenged. In response to its anything-goes attitude, scholars such as Lon Fuller, Henry Hart, Herbert Wechsler, John Hart Ely, and Alexander Bickel developed the "legal process" school, which was skeptical of the idea that courts had the capacity to make effective public policy. This school, to be sure, did not embrace originalism or the idea that separation of powers should be maintained because the Founders enshrined this principle in the Constitution, but its criticisms amounted to a powerful practical defense of maintaining institutional boundaries against legal realism's contention that judges should actively make policy according to their preferences” (DUNN, Joshua. **The Perils of Judicial Policymaking: The Practical Case for Separation of Powers**. Disponível em: <https://www.heritage.org/political-process/report/the-perils-judicial-policymaking-the-practical-case-separation-powers>. Acesso em: 21.03.2018).

¹⁰² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., p. 236-239; BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 13. Válida, aqui, a transcrição dos ensinamentos de Dunn: *“perhaps focusing on the consequences of policymaking will do more to restrain judges than can be accomplished by appealing to their duties. If judicial policymaking expeditions end up in a morass, accomplishing little or nothing at all after decades of oversight, judges might shy away from such adventures out of self-interest. Appealing to principle is unlikely to persuade those who believe that separation of powers is an antiquated notion from a less enlightened era, but they might be persuaded by appeals to interest”* (Ob. Cit.).

¹⁰³ VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice: the dilemma of institutional choice. **William and Mary Law Review**. Vol. 43, 2002. p. 1557-1558.

¹⁰⁴ VERMEULE, Adrian. Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. **Harvard University Press**, 2006. p. 1-2. No original: *“Legal theory cannot reach any operational conclusions about how judges, legislators or administrative agencies should interpret texts unless it takes account, empirically, of the capacities of interpreters and the systemic effects of interpretative approaches”*.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 248-251.

Legislativo seria institucionalmente mais apto à interpretar e significar concretamente a Constituição à luz de sua realidade social, porque os poderes outorgados aos legisladores e as funções por eles desempenhadas são especificamente designados à tal atividade, dotando-se, por conseguinte, de maior legitimidade *em concreto*¹⁰⁶.

Argumenta-se, neste tocante, que a pressuposição de que as Cortes detêm, a partir de seu desenho institucional, capacidade específica para decidir acerca de direitos fundamentais, ignora as características próprias dos modelos processuais tradicionais, que tendem à *polarização* de interesses multicêntricos e não-binários, empregando linguagem decisória estritamente tecnicista em suas razões de decidir, tornando toda deliberação mera questão estanque e binária sobre princípios¹⁰⁷¹⁰⁸. O próprio modo de decidir das Cortes, destarte, é impróprio à complexidade das deliberações sobre valores públicos¹⁰⁹.

Também a linguagem das Cortes, tipicamente técnica e hermética, constitui-se em um empecilho à formulação de decisões de viés político¹¹⁰. O modo deliberativo dos Paramentos, nessa medida, permite “que os dilemas morais sejam enfrentados na sua substância, não por obsessões semânticas”¹¹¹.

Some-se a isso fatores técnicos, estruturais, administrativos, financeiros, orçamentários e atuariais, todos em distintos graus de complexidade, que invariavelmente integrarão decisões sobre políticas públicas, sobre os quais o órgão jurisdicional detém parca capacidade de deliberação autônoma¹¹².

¹⁰⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 238.

¹⁰⁷ Nesse sentido enfatiza Bickel: “The judicial process is too principle-prone and principle-bound-it has to be, there is no other justification or explanation for the role it plays. It is also too remote from conditions, and deals, case by case, with too narrow a slice of reality. It is not accessible to all the varied interests that are in play in any decision of great consequence. It is, very properly, independent. It is passive. It has difficulty controlling the stages by which it approaches a problem. It rushes forward too fast, or it lags; its pace hardly ever seems just right. For all these reasons, it is, in a vast, complex, changeable society, a most unsuitable instrument for the formation of policy” (BICKEL, Alexander. **The Supreme Court and the Idea of Progress**. New Haven: Yale University Press, 1978. p. 175).

¹⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 94.

¹⁰⁹ A impropriedade das Cortes para deliberar acerca de questões socialmente complexas também envolve o conceito de *poli-centria* nos dissídios, que será abordado no capítulo seguinte.

¹¹⁰ “O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos locus de discussão jurídica. (...). Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais” (BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**. Ob. Cit., p. 14).

¹¹¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Ob. Cit., p. 95.

¹¹² “While the adversarial legal process creates incentives for each party to generate massive amounts of information for judicial consumption, there are problems with both the reliability of that information

Da assimetria de informações e conhecimento técnico decorrem, muitas vezes, problemas colaterais: por não se tratar nem de sua atividade típica, nem de áreas cujos conhecimentos lhes são próprios, Cortes são menos propícias a perceberem os potenciais efeitos inesperados de uma decisão política¹¹³. Para além disso, os limites do modelo tradicional de adjudicação, centrado na *estabilização* das situações jurídicas processuais, dá poucas vias de *reação* aos efeitos colaterais¹¹⁴.

A soma destes fatores induziria a uma maior capacidade institucional dos Parlamentos:

“Ainda que as ideias de ‘representação do povo’ e de ‘vontade da maioria’ não sejam persuasivas, deve-se levar em conta a qualidade desse foro deliberativo. Trata-se de um valor epistêmico remanescente que não pode ser ignorado. O parlamento tem, numa escala incomparável em relação à corte, capacidade de coletar informações, obter avaliações técnicas de todos os pontos de vista, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos. Não está preso a uma lógica adversarial, e por isso lida com conflitos policêntricos de maneira mais eficaz. Considera os direitos fundamentais dentro da gama diversificada de ponderações necessárias de uma política pública. Isso não se confunde com ‘baratear direitos’, mas consiste numa estratégia mais responsável e menos retórica e polarizada de tomar decisões coletivas.”¹¹⁵

Destarte, para além do conceito romantizado do Judiciário como “emissário da Constituição”, nesta linha argumentativa, a avaliação concreta dos Poderes em

and the ability of judges to process it. Judges are generalists and do not have specialized training in the often highly technical areas of the physical and social sciences that are central to the issues they are being asked to resolve. Moreover, in many of these disputes, there is no consensus within the scientific discipline, so it is unreasonable to expect a judge to be the arbiter of these complex disputes.” (DUNN, Joshua. Ob. Cit.)

¹¹³ Um dos maiores exemplos de *efeito colateral* em decisões estruturais é o caso Wyatt v. Stickney, envolvendo a reforma dos estabelecimentos de tratamento psiquiátrico do Alabama. Em abril de 1972, o Juiz Frank M. Johnson Jr. estabeleceu, mediante *structural injunction*, uma ordem contendo os padrões mínimos constitucionais de tratamento dos pacientes acometidos por psicopatologias (posteriormente batizados “Wyatt Standards”). Esses padrões consistiam, sumariamente, em três princípios: tratamento individualizado, equipe médica qualificada e em número suficiente para administrar um tratamento adequado, e ambientes psicologicamente humanizados e menos restritivos o possível. Essa decisão foi confirmada pela Corte de Apelação de Nova Orleans em novembro de 1974. Todavia, as instituições médicas e governamentais foram incapazes de cumprir de imediato com a determinação judicial, tanto em razão da falta de profissionais qualificados e interessados nos novos moldes de tratamento, quanto pela falta de verba para atender às reestruturações determinadas. Como resultado disso, em meados de 1975 mais de metade dos pacientes dos hospitais foram *retirados* das instituições psiquiátricas, sem, todavia, uma destinação específica, a despeito de suas necessidades de tratamento contínuo. Para um exame acurado acerca das dificuldades de implementação e dos efeitos colaterais da decisão, vide artigo elaborado pelo psiquiatra e chefe administrativo do Alabama’s Mental Health Board: STICKNEY, Stonewall B. Problems in Implementing the Right to Treatment in Alabama: The Wyatt v. Stickney Case. **Hospital and Community Psychiatry**, Julho 1974.

¹¹⁴ DUNN, Joshua. Ob. Cit.

¹¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 83.

suas capacidades pende à preponderância da decisão legislativa em matéria de direitos fundamentais.

2.3 LIMITES DAS OBJEÇÕES AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O primeiro e mais evidente argumento favorável argumento em prol do controle judicial de políticas públicas é relacionado ao pré-compromisso constitucional: se o Constituinte Originário chancelou um Poder Judiciário com função de controle dos atos dos demais Poderes, tal função é *necessariamente legítima e democrática*¹¹⁶. Trata-se, a rigor, de um argumento sistêmico: se o todo é democrático, as partes também o são¹¹⁷.

Em mesma linha argumentativa está o vislumbrar da Corte como órgão de proteção ao Estado Constitucional de Direito: a Supremacia da Constituição impõe a *todos* os Poderes o respeito à Carta Magna e, por consequência, exige a existência de uma instituição propriamente designada para monitorar a compatibilidade das deliberações estatais para com os valores constitucionais, seja para proteger as pré-condições da democracia, seja para proteger direitos fundamentais¹¹⁸⁻¹¹⁹. Tanto uma

¹¹⁶ O argumento é desenvolvido, dentre outros, por Owen Fiss, que assevera: “Democracy does, in fact, commit us consent as the foundation of legitimacy, but that consent is not one that is granted separately to individual institutions. Democratic consent extends to the system of governance as a whole. The legitimacy of each institution within the system does not depend on the consent of the people who are subjected to it, either in the individualized or collective sense” (FISS, Owen. *The Social and Political Foundation of Adjudication*. In: **The Law as It Could Be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 54).

¹¹⁷ Para um exame crítico sobre a correlação entre *previsão constitucional e caráter democrático* da instituição, vide VERMEULE, Adrian. Systemic Effects and the Constitution. **Harvard Law Review**. n. 1, vol. 123, nov/2009. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Vermeule_642.pdf. Acesso em: 21.03.2018.

¹¹⁸ Nesse sentido: “As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia” (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 15).

¹¹⁹ Sobre a distinção entre os papéis de *reforço às condições de desenvolvimento democrático* e de *definição concreta da significação dos valores fundamentais*, vide, com enfoque no primeiro viés: ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. **Maryland Law Review**. n. 3, vol. 37, 1978. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2463&context=mlr>. Acesso em: 21.03.2018.

função quanto a outra imporão a existência de um órgão – o Poder Judiciário – para assegurar a higidez do Estado Constitucional.

A função de *proteção de direitos fundamentais* está intimamente relacionada ao argumento da *específica capacidade institucional das Cortes* para o debate sobre princípios. Argumenta Owen Fiss que, por suas características institucionais próprias, o Judiciário é o Poder que mais detém a capacidade de chegar a respostas adequadas em termos de direitos fundamentais¹²⁰; a uma, porque é obrigado a dialogar com todos argumentos suscitados, ainda que preferisse ignora-los; a duas, porque permite às partes participarem do processo abertamente e mediante argumentos fático-jurídicos racionais; a três, porque o julgador é obrigado a *justificar e tornar públicas* suas decisões¹²¹.

Para o autor, todos estes fatores indicam uma maior capacidade institucional das Cortes em decidirem sobre os meios de concretização de valores públicos, pois tornam do Judiciário o único Poder comprometido com a *razão pública*¹²², e esse compromisso é fonte tanto de legitimidade democrática, quanto de autoridade¹²³.

As Cortes, assim, ao decidirem *primariamente* com base em princípios, adotando-se um modo racional de deliberação, permitem que a concretização de valores públicos se dê com certo afastamento dos compromissos utilitaristas próprios ao ambiente parlamentar¹²⁴, privilegiando-se certo nível de isenção¹²⁵.

A capacidade institucional própria das Cortes para decisões direcionadas a casos concretos, igualmente, viabiliza maior sensibilidade às particularidades do conflito social quando da concretização de valores públicos em cenários específicos¹²⁶.

¹²⁰ No original: “In my view, the judiciary’s authority and thus its claim to supremacy are delivered from its special competence to arrive at a correct interpretation. By this I simply mean that in the generality of cases, the judiciary is the branch most likely to arrive at a correct interpretation. (...). The competence of the judiciary derives not from the persons who are judges, but from the limitations on their exercise of power – limitations that commit the judiciary to what might be called public reason” (FISS, Owen. **Between Supremacy and Exclusivity**. Faculty Scholarship Series. 1311. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1311. Acesso em: 15 dez. 2017. p. 203).

¹²¹ Ibidem.

¹²² O conceito de razão pública é desenvolvido especialmente na obra de Rawls, para quem as regras morais ou políticas que regulam a vida em sociedade deve, em alguma medida, serem *justificáveis e aceitáveis* para todas as pessoas sobre as quais tais normas exercem autoridade. Trata-se, enfim, de um ideal voltado à consecução de uma sociedade democrática constitucional bem ordenada. Verificar, em detalhes: RAWLS, John. The Idea Of Public Reason Revisited. **The University of Chicago Review**. Vol. 64, Summer 1997.

¹²³ FISS, Owen. **Between Supremacy and Exclusivity**, Ob. Cit., p. 204.

¹²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., p. 239.

¹²⁵ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 67.

¹²⁶ Ibidem, p. 65.

A negativa da *legitimidade democrática*, nessa medida, corresponderia a não-mais do que um “*fetichismo do governo representativo*”¹²⁷, porquanto cria imagem “*açucarada*” do Parlamento enquanto representante inequívoco dos mais legítimos interesses sociais – sem, contudo, uma *correspondência fática* desta construção teórica. Legisladores não raro *barateiam* direitos fundamentais, ou mesmo sequer os tornam parte de sua agenda¹²⁸.

A representatividade popular nos debates públicos, ademais, nem sempre é melhor efetivada através da mera *preponderância numérica*. As Cortes, ao examinarem os casos trazidos à jurisdição, obrigam-se a *serem influenciadas e responderem* a todos os argumentos trazidos pelas partes, e, assim, permitem uma rigorosa disputa democrática, em sede da *representação de interesses* (e não de indivíduos)¹²⁹. Por conseguinte, não há, necessariamente, um caráter *antidemocrático* ou *contramajoritário* das Cortes, posto que a pluralidade de interesses em contraposição evidencia a inexistência de *uma única vontade popular*¹³⁰.

Finalmente, cabe o exame pragmático dos estado-de-coisas em que muitas das instituições públicas se encontram face à inação dos demais Poderes. As indagações pragmáticas de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, bem ilustram os *limites* das objeções postas ao *judicial review*:

“Como dizer da superioridade democrática e da maior capacidade institucional de legisladores e de governantes, frente a juízes e cortes, nos casos de absoluta inércia estatal e de falhas estruturais persistentes? Como dizer da maior participação política de minorias impopulares e estigmatizadas, se presente enorme déficit de representatividade parlamentar? Como admitir a superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes ante um contexto de violação massiva de direitos fundamentais, assistida passivamente por esses agentes políticos? Por certo que tais questionamentos sugerem a impropriedade de respostas absolutas”.¹³¹

Consoante destaca Vitorelli, “as limitações do processo não podem ser avaliadas no vácuo, mas apenas à luz das alternativas existentes”¹³². De fato, embora numerosas as objeções teóricas, em contextos de massivas e reiteradas violações a direitos fundamentais diante da ação ou inação estatal, não raro a única alternativa

¹²⁷ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 74.

¹²⁸ Ibidem, p. 73.

¹²⁹ Ibidem, p. 67-68.

¹³⁰ Ibidem, p. 76.

¹³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., p. 240.

¹³² VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 523.

existente será a adjudicação¹³³. Uma observação pragmática do fenômeno permite a percepção de que, ao se efetivar a intervenção judicial em campos próprios aos demais Poderes, “em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”¹³⁴. Em cenários de absolutas *disfunções* políticas, a inação do Poder Judiciário representará não mais do que a *reiteração* da violação estatal a direitos¹³⁵.

2.4 A DELIBERAÇÃO SOBRE VALORES PÚBLICOS NO CENÁRIO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Rigorosamente examinadas, as críticas ao controle judicial de políticas públicas e suas respectivas suas réplicas refutam-se de circularmente. Há, porém, pontos de tangência não acidentais: a uma, tanto as teorias da *supremacia judicial*, quanto as do *constitucionalismo legislativo em sentido forte*¹³⁶, pressupõem que *um* dos Poderes Públicos deve deter a “última palavra” na decisão de políticas públicas; a duas, seus argumentos se desenvolvem sobre imagens ora degeneradas, ora idealizadas, de juízes e legisladores¹³⁷.

Nada obstante, inexistente elemento estrutural do Estado de Direito que imponha *uma última palavra* às deliberações sobre valores públicos, seja por parte do juiz, seja por parte do legislador. Não há, entre legislação e decisão judicial, *duas opções necessariamente excludentes*¹³⁸. Pelo contrário, entre Corte e Parlamento há inafastável interlocução, e cada uma de suas decisões integra um cenário de *diálogo institucional* iterativo¹³⁹.

Concebe-se por despicienda, assim, a imposição de uma escolha binária entre prevalência do Parlamento ou da Corte. As teorias dos *diálogos institucionais*¹⁴⁰ evidenciam a viabilidade da interlocução entre ambas instituições na construção

¹³³ A questão dos Estados de Coisas Inconstitucionais dialoga diretamente com os processos estruturais, como enfatiza Carlos Azevedo Campos (Ob. Cit., p. 155-217), e será examinada no capítulo 3.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**. Ob. Cit., p. 10.

¹³⁵ DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI JR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: **Processos Estruturais**. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 365.

¹³⁶ A terminologia “supremacia judicial” e “constitucionalismo legislativo em sentido forte” é emprestada de Owen Fiss, em “*Between Supremacy and Exclusivity*” (Ob. Cit., *passim*).

¹³⁷ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 95-96.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 30.

¹³⁹ *Ibidem* p. 97-98.

¹⁴⁰ Sobre as teorias dos diálogos institucionais, vide, em maior profundidade: MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., *passim*.

coordenadas dos valores públicos; para que, em vez do enfoque nas eventuais disfunções dos Poderes ao concretizarem valores públicos, tome centro a postura dialógica e permanente entre as instituições, com mútua cooperação e contribuição, em suas singulares expertises, para a concretização dos direitos fundamentais¹⁴¹.

Teorias dos diálogos institucionais se posicionam em um meio-termo entre as teorias da supremacia legislativa e jurisdicional¹⁴². Aceita-se tanto a falibilidade das instituições, quanto suas vantagens comparativas, com o fito de desenvolver condições concretas de realização de valores públicos através de um esforço comum entre os distintos organismos estatais¹⁴³. Essa relação entre as instituições pode se desenvolver de maneiras diversas, nem sempre amistosas e pacíficas¹⁴⁴.

Conrado Hübner Mendes propõe a divisão das teorias dos diálogos em duas categorias gerais¹⁴⁵, assim estabelecidas segundo a *forma* de interação entre os Poderes: i) quanto ao método de interpretação judicial (ou diálogo endógeno); e ii) quanto à estrutura do diálogo (ou diálogo exógeno)¹⁴⁶. Examinar-se-á adiante, sucintamente, as características próprias de cada forma de diálogo indicada pelo autor, com o fim de desenvolver categorias úteis ao exame específico dos processos estruturais.

2.4.1 DIÁLOGOS ENDÓGENOS

¹⁴¹ ARAÚJO, André Carias. **Diálogos institucionais como instrumento de desenvolvimento de uma jurisdição constitucional democrática**. 2017. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017. p. 83

¹⁴² ROACH, Kent. Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship. **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 45, 2007. p. 171.

¹⁴³ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 95-96.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 97.

¹⁴⁵ Adota-se, neste excerto, a subdivisão sugerida por Conrado Hübner, conquanto não se ignore a célebre classificação elaborada por Christine Bateup, em “The dialogue promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. In: **NYU Law School Public Law Research Paper**. n. 05-24. Brooklyn Law Review, v. 71, 2006, p. 16-76.

¹⁴⁶ “Dividem-se em duas categorias gerais. A primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador. Não se trata propriamente de um método de interpretação, mas de uma demanda de que a corte reconheça e participe do diálogo. É uma forma de compreensão normativa do seu papel. A segunda define o diálogo como produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional, não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes por ‘dialogar’. Nessa categoria, teorias são predominantemente empíricas, mas a fronteira entre argumentos positivos e normativos torna-se gradualmente nebulosa. Com frequência, proposições descritivas influenciam o próprio comportamento das instituições que participam do diálogo, o qual passa a ser uma razão invocada para a escolha decisória, como se verá no caso canadense. A primeira, portanto, tem um caráter endógeno e a segunda aponta para o fenômeno exógeno, menos dependente da postura de cada instituição” (MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 99).

Na faceta endógena (diálogo no interior da decisão), concebe-se que as deliberações judiciais dialogam *interna corporis* com as legislativas à medida que se concebam *mais deferentes (minimalistas)* ou *menos deferentes (maximalistas)*.

Sob o viés minimalista, considera-se que o diálogo entre Cortes e parlamentos pode ser promovido até mesmo na plena abstenção de uma decisão constitucional substancial¹⁴⁷. Trata-se, em suma, de posicionamentos tendentes a *autocontenção* judicial – que pode se realizar em distintas intensidades.

James Bradley Thayer, em lição clássica, desenvolveu a ideia de que, mesmo que se repute por imprescindível o *judicial review*, a atuação do Judiciário deve ser *minimalista*, restrita às hipóteses de inconstitucionalidade manifesta, acima de qualquer dúvida, inquestionável¹⁴⁸. Similar raciocínio foi desenvolvido por Bickel, para quem a atuação das Cortes deve se dar de modo prudente, utilizando-se primariamente das *virtudes passivas* – preferir-se o “não decidir” ao “decidir”, seja pelo “sim”, seja pelo “não”¹⁴⁹. Análogo é o desenvolvimento teórico de Cass Sunstein, para as decisões judiciais, quando efetivadas devem tender ao minimalismo, preferindo-se deliberar de modo limitado (“*narrow*”) e raso (“*shallow*”) ¹⁵⁰, tanto a fim de reduzir os custos das decisões e dos erros, quanto para incentivar o engajamento democrático em questões fundamentais¹⁵¹.

¹⁴⁷ ROACH, Kent. Ob. Cit., p. 183.

¹⁴⁸ “Having ascertained all this, yet there remains a question - the really momentous question – whether, after all, the court can disregard the Act. It cannot do this as a mere matter of course, - merely because it is concluded that upon a just and true construction the law is unconstitutional. That is precisely the significance of the rule of administration that the courts lay down. It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, - so clear that it is not open to rational question. That is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply, - not merely their own judgment as to constitutionality, but their conclusion as to what judgment is permissible to another department which the constitution has charged with the duty of making it” (THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review** Vol. 7 (3), 1893. p. 18).

¹⁴⁹ “The passive devices that I have canvassed do not produce constitutional decisions. They do not check or legitimate on principle. They are not themselves principled, they do not operate independently, and the variables that render them decisive cannot be contained in any principle; (...) But the passive devices have intrinsic, rational significance. The Court’s authority to employ them is derived from its ultimate function of rendering principled adjudications; for this is a function that can be wisely and fruitfully exercised only if the Court is empowered also to decide whether and when to exercise it. The presence in the case of the ultimate issue of constitutional principle is the source of the Court’s authority to make a lesser decision (...)”. (BICKEL, Alexander. Ob. Cit., p. 205)

¹⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, 2001. O autor, todavia, reconhece que há circunstâncias em que o minimalismo pode se tornar indesejável, como enfatizado em: Beyond Judicial Minimalism, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper 432, 2008. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/85/. Acesso em: 25 jan. 2018). O questionamento acerca da adoção de posturas minimalistas ou maximalistas integrará o debate expandido no capítulo quarto.

¹⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. **Beyond Judicial Minimalism**, Ob. Cit., p. 1-4.

Sob o viés maximalista, tende-se a intervenções judiciais mais intensas sobre deliberações políticas; nada obstante, assim como sob o viés minimalista, admitem-se distintos graus. O maximalismo aqui descrito, todavia, não se confunde com as teses da *supremacia judicial*, eis que, neste caso, estar-se-á a adotar posturas tendentes à redução do diálogo institucional.¹⁵²

A *recomendação* ou *conselho* formulado em “*obiter dicta*” é uma das possíveis formas de diálogo maximalista, porém em menor grau. Adota-se, neste modelo, uma deliberação limitada (típica do minimalismo), com *sugestões* amplas e *diretivas* apresentadas como *obiter dicta*¹⁵³.

Outra possível forma de diálogo endógeno maximalista, segundo Conrado Hübner Mendes, é a técnica da proporcionalidade¹⁵⁴. Para o autor, a proporcionalidade, ao estabelecer critérios analíticos claros para a adjudicação sobre violações a valores fundamentais (*legitimidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*)¹⁵⁵, permite a uniformização no método argumentativo sobre valores públicos, criando uma linguagem comum entre os Poderes capaz de ampliar a capacidade de compreensão e comunicação entre as instituições públicas¹⁵⁶.

Observe-se, inobstante, que o nível de deferência das decisões judiciais às deliberações legislativas não necessariamente se submeterá a *um único critério*. Até mesmo autores de correntes minimalistas admitem, em circunstâncias específicas, a necessidade da adoção de posturas maximalistas¹⁵⁷.

Segundo Eduardo Jordão¹⁵⁸, o nível de intervenção judicial *tende* a ser maior ou menor segundo o tipo de decisão que se pretende controlar: em decisões *juridicamente sensíveis*, como as que envolvem direitos fundamentais particularmente relevantes e as formas de interpretação da legislação, viabiliza-se maior intervenção jurisdicional¹⁵⁹; nas decisões de natureza preponderantemente política, tomadas em espaço de elevada discricionariedade, pautadas em critérios de oportunidade e

¹⁵² MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 123.

¹⁵³ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 118.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 120.

¹⁵⁵ Para um exame rigoroso sobre os critérios da proporcionalidade, vide: ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**, Ob. Cit., p. 25-47.

¹⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 121-122.

¹⁵⁷ Vide, a exemplo, SUNSTEIN, Cass R. **Beyond Judicial Minimalism**, Ob. Cit., *passim*.

¹⁵⁸ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016. *passim*.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 58-80.

conveniência, deve o controle judicial tender à deferência, focando-se em questões de controle procedimental¹⁶⁰; e nas decisões tecnicamente complexas, sobretudo nas de natureza financeira, econômica e regulatória, deve o controle jurisdicional tender ao maior grau de autocontenção¹⁶¹. Essa categorização, ao certo, não é estanque, mas apresenta critérios úteis para o direcionamento da atuação jurisdicional em casos policêntricos.

2.4.2 DIÁLOGOS EXÓGENOS

A dimensão exógena se refere às interações realizada estruturalmente entre as instituições públicas. O diálogo, aqui, representa *corolário* da Separação dos Poderes, sendo tanto as Cortes, quanto os Parlamentos, quanto o Executivo, *partícipes* na construção dos valores públicos¹⁶².

Não há, sob esta perspectiva, uma *última palavra*, mas deliberações que se acomodam ou se refutam ao longo do processo político¹⁶³. A concretização de direitos fundamentais, então, se realiza através de um diálogo vívido, em que se balanceiam majoritarismo e liderança, alinhamento e dissonância, dinamismo e “últimas palavras”¹⁶⁴.

A Constituição, afinal, enquanto texto aberto e flexível, estará sempre suscetível a mudanças nas formas de interpretação e concretização de seus valores, sujeitando-se a um contínuo percurso de ressignificações¹⁶⁵. O diálogo, assim, não é desejável ou indesejável, mas inevitável. Toda decisão sobre direitos fundamentais estará sujeita à revisão, e, portanto, a “última palavra” será sempre provisória, como “última palavra da rodada de diálogo”¹⁶⁶.

Essa interação entre as instituições públicas, evidentemente, não necessariamente será amistosa. Ao menos duas posturas limítrofe podem ser vislumbradas: em uma extremo, é factível que a interação se dê sob a forma de *desafios mútuos* entre os Poderes, ambos a intenção de fazer prevalecer suas “últimas palavras provisórias”; no outro, há a interação *deliberativa*, em que as

¹⁶⁰ Ibidem, p. 80-123.

¹⁶¹ Ibidem, p. 123-167.

¹⁶² MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 124.

¹⁶³ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 126-129.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 140.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 135.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 167.

instituições estatais buscam, à medida do possível, estabelecer um ambiente decisório propício ao diálogo direto e à participação mútua¹⁶⁷. Estas categorias serão revisitadas no capítulo terceiro.

A concepção exógena de diálogos institucionais, todavia, não é *inofensiva*. A “última palavra”, ainda que provisória, terá sempre o poder de exigir novas mobilizações para que sua superação, o que se faz acompanhar de severos custos sociais¹⁶⁸.

A mera constatação da inexistência de um Poder estatal *único* e/ou *preponderante* na deliberação sobre direitos fundamentais, portanto, não legitima posturas *anárquicas* com relação à concretização de valores públicos, sob o estrito fundamento de sua própria provisoriedade. Não há nada de positivo, afinal, em que passivismos institucionais se somem¹⁶⁹. Pelo contrário, deve-se incentivar tanto mais a seriedade no tratamento destas questões, evitando-se sobremaneira o enclausurar do decisor em postura de indiferença para com o contexto político em que se insere.

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

A adjudicação de políticas públicas através de *processos estruturais* suscita questionamentos de ordem democrática e institucional. Este capítulo teve por objeto examinar ambas as ordens de objeções e seus respectivos limites. Dentre os primeiros, foram examinados os argumentos da *ausência de legitimidade democrática* do Judiciário na definição dos significados concretos dos valores públicos. Dentre estes, analisou-se a questão da *inadequação* do desenho institucional das Cortes para lidar com questões de políticas públicas.

Os argumentos contrários à *judicial review* foram contrapostos tanto sob a perspectiva da legitimidade, quanto institucional. Subsequentemente, apresentou-se o conceito de *diálogos institucionais* para suscitar a necessária percepção de que a concretização de direitos fundamentais não se dá através de uma *única* última palavra, mas mediante construção paulatina e continuada em que ambos os Poderes dialogam entre si na construção coordenada dos valores públicos.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 211.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 167-172.

¹⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., p. 241.

A percepção de que Cortes e parlamentos dialogam, todavia, não justifica, por si só, nem *formas específicas* de intervenção judicial (tendentes à autocontenção ou tendentes ao ativismo), nem indica autonomamente resultados mais satisfatórios na concretização de valores públicos¹⁷⁰. Exsurge, então, o questionamento sobre *como potencializar* as probabilidades da tomada de boas decisões no cenário das políticas públicas.

No presente trabalho, concebe-se que nem ações isoladas dos parlamentos, nem das agências administrativas, nem das Cortes, são capazes de, por si só, resolverem adequadamente *litígios complexos*¹⁷¹. Pelo contrário, a tomada de boas decisões sobre valores públicos tende a se potencializar com a interação deliberativa entre as instituições públicas, aproveitando-se suas distintas vantagens institucionais¹⁷².

A questão central, a rigor, desloca-se do “se” as Cortes devem intervir nas deliberações sobre valores públicos para o “como” devem proceder. O capítulo terceiro buscará enfrentar esse desafio a partir da perspectiva dos processos estruturais como modelo processual próprio a esse fim. No quarto capítulo se retomará, em conclusão, a estratégia a ser adotada nesse contexto para que resultados mais satisfatórios sejam obtidos na concretização de valores públicos por meio da adjudicação¹⁷³.

¹⁷⁰ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 157.

¹⁷¹ Afirma, nesse sentido, Michael A. Rebell: “*In the complex administrative environment in which we now live, no single institution, whether a legislature, an administrative agency, or a court, can successfully resolve major social problems. Effective policymaking in a complex regulatory environment requires continuing interchanges and often continuing involvement of all three branches of government*” (REBELL, Michel A. Poverty, “meaningful” educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, p. 1487-1544, 2007, p. 1.539. Disponível em: <https://scholarworks.umb.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1658&context=nejpp>. Acesso em: 31 jan. 2018).

¹⁷² A mesma conclusão é adotada por Conrado Hübner Mendes, que enfatiza: “Apesar de a expertise ser variável importante no desenho institucional, no que diz respeito a direitos, o argumento epistêmico pela supremacia de qualquer instituição é indesejável. A minimização do erro não decorre tanto de uma instituição ou de outra, mas de sua interação deliberativa e da busca pelas melhores razões públicas, tanto por parlamentos quanto por cortes” (Ob. Cit., p. 165).

¹⁷³ MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 157.

3 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

É comum a percepção de que, a despeito de maiores desenvolvimentos teóricos, a intervenção judicial em estruturais sociais complexas, sobretudo na seara das políticas públicas, é antes um *fato*, uma circunstância com a qual as Cortes convivem quotidianamente: casos envolvendo grandes burocracias estatais, em regra, redundarão nessa forma de ingerência¹⁷⁴.

Mencionada constatação, no contexto pátrio, é corroborada pela orientação recorrente da Suprema Corte sobre a possibilidade de intervenção judicial na implementação e no controle de políticas públicas, especialmente quando oriundas de expressa determinação constitucional¹⁷⁵.

Nos dois primeiros capítulos deste trabalho buscou-se indicar, todavia, que, a uma, nem toda forma de intervenção judicial em estruturas sociais complexas encontra adequado arsenal processual para assim proceder, e que essa assimetria entre meios empregados e fins buscados não raro enseja efeitos indesejados; e a duas, que a mera subsistência da intervenção judicial não a torna indene de objeções, tampouco a torna mais desejável, adequada ou legítima que outras instituições sociais para a tomada de decisões nesta seara.

As asserções supra enunciadas culminam no objeto central deste trabalho: se a ingerência do Judiciário em estruturas sociais complexas consiste em fator

¹⁷⁴ Em sentido análogo é a observação de Abram Chayes: *“But if, for a moment, we take Holmes’ advice and look closely at what federal courts and particularly federal trial judges are doing ‘in fact’, what we will see will not easily fit our preconception of civil adjudication. (...). Whatever its historical validity, the traditional model is clearly invalid as a description of much current civil litigation in the federal district courts”* (Ob. Cit., p. 1283-1284).

¹⁷⁵ Destaque-se, a exemplo, as razões expostas no ARE 639.337, da lavra do Min. Celso de Mello: *“Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (...). A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (...). A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, (...), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas”*.

indeclinável no contexto contemporâneo, a questão fulcral se desloca do “se” as Cortes devem assim proceder ao “como” conduzir esse mister¹⁷⁶.

Atestando-se, destarte, a efetiva ingerência do Judiciário sobre estruturas sociais complexas, políticas públicas, etc., é imprescindível que sua performance se suceda da mais adequada forma, visando salvaguardar a idoneidade e viabilidade prática de seus resultados. Este trabalho tem por finalidade preconizar a via dos *processos estruturais* como meio de potencializar bons resultados neste âmbito e, dentre as possíveis estratégias procedimentais, aquela que melhor se amolda aos fins ora buscados.

Este capítulo se iniciará desenvolvendo o conceito de processo estrutural¹⁷⁷. Para tanto, iniciar-se-á com breve incursão em sua origem histórica no caso *Brown v. Board of Education*, que se revela útil tanto por seu valor estritamente histórico, quanto pelas conclusões que dele se podem extrair.

Subsequentemente, incursionar-nos-emos no empreendimento propriamente conceitual, buscando quais as características e objetivos essenciais do processo estrutural, opondo-se estes àqueles identificados no capítulo primeiro como próprios ao modelo processual tradicional.

Em segundo momento, no quarto capítulo, descreveremos algumas possíveis estratégias para o desenvolvimento de um processo estrutural, e, a partir das premissas traçadas ao longo deste trabalho, propor o norte de atuação judicial nesta espécie de demanda.

3.1 ORIGENS HISTÓRICAS DA STRUCTURAL INJUNCTION – O CASO BROWN V. BOARD OF EDUCATION

A proeminência do debate sobre o tema dos processos estruturais remonta à década de 60 nos Estados Unidos da América, sobretudo à decisão de *Brown v. Board*

¹⁷⁶ Observação análoga é delineada por Tushnet, que, ao examinar artigo de David Landau, afirma: “*Debate has ended over whether constitutions should include such rights and whether, if included, those rights should be judicially enforceable. Not ‘whether’, but ‘how’ is the question now on the table among serious scholars and judges*” (A response to David Landau, in **Processos Estruturais**, Ob. Cit., p. 53).

¹⁷⁷ O tema dos processos estruturais não é, a rigor, uma novidade no contexto pátrio – pelo contrário, há numerosos trabalhos que proficuamente contribuem para seu desenvolvimento. Concebemos, contudo, que o empenho conceitual se revela especialmente relevante no presente trabalho, a uma, em razão da *relativa* variância nas definições apresentadas pela doutrina, a duas, para bem explicitar o que se compreende por *processo estrutural* e qual a relevância doutrinária e prática das características atribuídas a esse modelo adjudicatório.

*of Education*¹⁷⁸⁻¹⁷⁹, que consagrou o período histórico comumente denominado *civil rights era*.

Em apertadíssima síntese, *Brown* retrata um dos casos de litígio de interesse público apresentados perante a Suprema Corte estadunidense, cujo pleito centralmente se voltava à *cessação da segregação étnica nas escolas públicas* do país, em larga medida autorizada pela doutrina do “separados, porém iguais” (*separate but equal*), elaborada pela Suprema Corte em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*¹⁸⁰.

Em 1954, o segregacionismo foi novamente levado à análise da Suprema Corte, em novo arranjo sociocultural, através do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Nesta ocasião, o julgamento levou à conclusão de que a admissão de estudantes em escolas públicas norte-americanas com base na etnia, segregando afrodescendentes, seria *inconstitucional*.

Diante da declaração de inconstitucionalidade, criou-se um enorme problema: se as escolas públicas estavam estruturadas, até então, a partir do sistema de segregação, como *reformular estas estruturas* de modo a readequá-las ao mandamento constitucional? Se a tutela do direito material é o fim último do processo, não bastaria a declaração. É necessário tornar concreta a medida.

Um ano após a primeira decisão, após incontáveis queixas de instituições públicas quanto às dificuldades em implementar a política de não-discriminação, a Suprema Corte voltou a examinar a questão (*Brown v. Board of Education II*). Notou-se então a resistência de diversos Estados em atender à reforma de suas estruturas segregacionistas, o que ensejou a prolação de nova decisão, determinando a implementação da ordem não-segregativa através da *progressiva adoção de medidas eliminatórias das disfunções institucionais*¹⁸¹. Estas medidas deveriam ser expressas

¹⁷⁸ Em análise histórica detida sobre o caso, vide: JOBIM, Marco Félix. Op. cit., p. 64-100. O autor também destaca: “A base de um pensamento do litígio estrutural se confunde com a história do julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, na *U.S. Supreme Court*” (Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais, in: **Processos Estruturais**. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 452).

¹⁷⁹ “Structural reform emerged as a distinctive form of constitutional litigation largely in response to the dictates of *Brown v. Board of Education*” (FISS, Owen. **Two models of adjudication**, Ob. Cit., p. 37).

¹⁸⁰ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76

¹⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 372.

em *planos de ação*, cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local, de modo a viabilizar a aderência às peculiaridades de cada região¹⁸².

A fundo, as decisões de *Brown* representaram verdadeiro *mandamento de caráter estrutural* (*structural injunction*), impondo ampla reforma no sistema educacional público norte-americano (*structural reform*). A experiência com as práticas de reestruturação desenvolvida em *Brown* logo influenciou decisões estruturantes voltadas a sistemas prisionais, moradias populares, departamentos de polícia, dentre outros¹⁸³. Seu escopo tornou-se tão amplo quanto o próprio Estado Moderno¹⁸⁴.

O caso *Brown v. Board of Education* sobrelevou não apenas o debate acerca da segregação étnica, mas também confrontou o modelo tradicional de adjudicação e suas “respostas” às demandas. Consoante a lição de Owen Fiss, a efetivação da medida impôs a revisão das próprias concepções formadas acerca do processo em sua formação tradicional:

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

¹⁸² Ibidem, p. 372-373.

¹⁸³ “The structural injunction as we know it achieved its first prominence in the civil rights era. Federal courts used injunctions to desegregate schools. (...). In the late 1960s and 1970s, the courts transferred their school-desegregation experience to prisons and jails, public housing, residential institutions, and police departments. During the 1970s, the structural injunction emerged as the most prominent and controversial exercise of modern equity” (RENDLEMAN, Doug. **Complex litigation**: injunctions, structural remedies, and contempt. Nova Iorque: Thompson Reuters Foundation Press, 2010. p. 498).

¹⁸⁴ FISS, Owen. Two Models of Adjudication. In **How Does the Constitution Secure Rights?** p. 37. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 21.03.2018.

controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais”.¹⁸⁵

A partir de *Brown*, ganha corpo o movimento de *adjudicação dos direitos civis* através das “*civil rights injunctions*”, em especial das “*structural injunctions*”, decisões mandamentais que visam reorganizar instituições sociais existentes¹⁸⁶. E esta distinta forma de adjudicação torna possíveis algumas reflexões sobre factíveis alternativas ao modelo processual tradicional quando do enfrentamento de litígios complexos.

Brown v. Board of Education retrata vívida experiência com uma forma alternativa de adjudicação – o modelo da *structural reform* -, da qual é possível extrair diversas lições valiosas à adequada instrumentalização da ingerência judicial sobre estruturas socialmente complexas.

A uma, que a estrutura de partes em litígios complexos não é rígida e bilateral, mas instável, amorfa e suscetível a constantes alterações no interstício do processo¹⁸⁷. Inúmeros agentes sociais podem ser afetados por uma decisão estruturante, e a dimensão do acometimento pode se alargar à proporção em que as medidas se diversifiquem e se ampliem, a fim de tutelar integralmente o direito. Como mencionado por Fiss, as alterações em *Brown* não envolviam apenas a estrutura escolar em si considerada, mas todas as demais instituições e todos os agentes que corroborassem com o sistema segregacionista – professores, sistemas de transporte público, sistemas de informação, etc¹⁸⁸.

A duas, que a adequada tutela de um direito expresso em litígio de extrema complexidade não se limita a uma atuação episódica, demarcada no tempo e espaço, mas exige uma constante relação entre Judiciário e instituições sociais¹⁸⁹. Uma decisão estruturante não é um ato coercitivo discricionário, como um comando sustentado por uma sanção, mas o *marco* do início de uma relação de longa duração

¹⁸⁵ FISS, Owen. As formas de justiça. In: **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 28.

¹⁸⁶ FISS, Owen. **The Civil Rights Injunction**. Indiana University Press, 1978. p. 4-8.

¹⁸⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976. p. 1302.

¹⁸⁸ FISS, Owen. As formas de justiça. In: **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 28.

¹⁸⁹ CHAYES, Op. cit., p. 1302.

entre juiz e instituição, um compromisso de reconstrução desta por aquele¹⁹⁰. A sentença não termina a atuação jurisdicional¹⁹¹.

A três, que o objeto da demanda que envolve litígios complexos não pode ser resumido a uma *disputa* entre dois valores ou dois indivíduos, mas trata da *operacionalização* de certa instituição social¹⁹². Encontrar o “violador” do direito é menos importante do que buscar a solução às causas da violação¹⁹³, eis que a reforma estrutural não deve se centrar em punir ou compensar, mas em eliminar ameaças aos valores constitucionais¹⁹⁴.

A quatro, que o julgador não pode ser limitado a uma atuação passiva, mas deve ser proativo, sendo responsável pela credibilidade dos fatos avaliados, pela organização do processo e pela conformação dos limites do litígio, a fim de garantir um resultado justo e viável¹⁹⁵⁻¹⁹⁶. Afinal, os interesses envolvidos no controle de políticas públicas não correspondem à *titularidades* das partes, nem a elas se limitam. A viabilização da operacionalidade de uma instituição pública trata, a fundo, da concretização de valores fundamentais, que exaspera os limites da relação jurídica e diz respeito à própria essência do Estado e aos interesses de toda a sociedade.

A cinco, que uma decisão que afete escolhas políticas de tamanha relevância não pode ser tratada sem a correspondente *consciência* do encargo assumido. A sentença ou decisão interlocutória que concede uma ou mais vagas em escola pública, um ou mais remédios custeados pelo Estado, um ou mais leitos em nosocômio estatal, não afeta apenas as partes, num cenário episódico, mas todo o sistema, de modo perene. E esta afetação deve ser realizada com a devida prudência, visando a exequibilidade da operação institucional.

A seis, que a possível *mais adequada* forma de tutelar interesses de tal gama é a coletiva. Pense-se, a exemplo, se em vez da decisão coletiva dada no caso *Brown*, *cada estudante negro* do país fosse obrigado a questionar o sistema segregacionista

¹⁹⁰ FISS, Owen. **The Civil Rights Injunction**. Indiana University Press, 1978. p. 92.

¹⁹¹ CHAYES, Op. cit., p. 1302.

¹⁹² CHAYES, Op. cit., p. 1302.

¹⁹³ FISS, Owen. Two Models of Adjudication. *In How Does the Constitution Secure Rights?* p. 39. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 21.03.2018.

¹⁹⁴ FISS, Owen. As formas de justiça. In: **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 29.

¹⁹⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976. p. 1302.

¹⁹⁶ Essa premissa será rediscutida no capítulo quarto deste trabalho, quando da análise das possíveis estratégias a se adotar nos processos estruturais.

mediante ação individual, com decisões unitárias das Cortes, caso-a-caso. Certamente esta solução não seria viável, desejável ou racional. Inobstante, um olhar detido sobre nosso sistema permite constatar que a via pela qual controlamos políticas públicas é preponderantemente esta - a individual.

Em suma, a *structural reform* apresenta expressivos ensinamentos: que o modelo adjudicatório voltado à estrita *resolução de disputas* não comporta o controle judicial de políticas públicas em sua complexidade, bem como outras formas de intervenção judicial em estruturas complexas, e que a viabilização de resultados justos e praticáveis nesta seara depende de um repensar sobre o processo civil, sobre suas instituições, agentes e fundamentos político-ideológicos.

3.2 A QUESTÃO CONCEITUAL

A reflexão sobre o conceito de processo estrutural pode se debruçar sobre, ao menos, dois distintos vieses: segundo seus *objetivos* (conceito teleológico) e segundo suas *características*¹⁹⁷ (conceito morfológico). Esses aspectos, contudo, não são *excludentes* – pelo contrário, estrutura e função são igualmente relevantes para o conceito de processo estrutural. Neste trabalho serão adotados *ambos* os vieses para a definição pretendida. Os subtítulos adiante desenvolvidos abordarão cada uma dessas definições apartadamente para, subseqüentemente, desenvolver em definitivo o conceito aqui adotado.

3.2.1 Conceito Teleológico

Conceitos teleológicos de processo estrutural buscam distinguir esse gênero de adjudicação através de seu escopo, dentre os quais se encontram: a reestruturação de estruturas sociais complexas, a reestruturação de burocracias estatais, o controle judicial de políticas públicas, o fazer-cessar de estados de coisas inconstitucionais, dar visibilidade a grupos sociais menos favorecidos, dentre outros¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Nesse sentido adverte Mariela Puga, em *La cuestión terminológica: Litigio estratégico, de impacto, complejo, de interés público, estructural...*, p. 2-3. Disponível em: https://www.academia.edu/30477259/Litigios_Complejos_y_la_Cuesti%C3%B3n_Terminol%C3%B3gica.pdf.

¹⁹⁸ Ibidem.

Um dos mais celebrados conceitos teleológicos foi difundido por Owen Fiss, a quem se atribui a nomenclatura *structural injunction*¹⁹⁹. Para o autor, um processo estrutural é aquele no qual o juiz, confrontando-se com uma burocracia estatal em situação de violação de valores constitucionais *em razão de seu arranjo institucional*, imiscui-se na reestruturação da organização para eliminar a ameaça àqueles valores²⁰⁰. A *reforma estrutural*, destarte, é um tipo de adjudicação, cujos caracteres distintivos são a natureza constitucional dos valores públicos discutidos e o específico escopo do juiz em tentar dar significado concreto aos valores constitucionais através da reestruturação de burocracias estatais. Trata-se, enfim, de um *gênero* dos litígios constitucionais²⁰¹. A premissa do autor é de que a própria *operacionalidade* de grandes organizações, e não apenas os atos isolados de indivíduos dentro ou fora dessas estruturas, podem afetar a vida social de diversas maneiras, e que, em diversas ocasiões, direitos fundamentais não podem ser adequadamente assegurados sem uma intervenção direta em arranjos institucionais²⁰². A definição apresentada pelo autor está especialmente ligada ao âmbito dos *litígios de interesse público*, especialmente no tocante a proteção de direitos civis²⁰³.

O enfoque no aspecto institucional-governamental também está presente na obra de Carlos Alberto Campos, para quem litígios estruturais são, em sua essência, *de interesse público*, razão pela qual “*structural injunctions voltam-se à reestruturação de instituições de governo, às alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais*”²⁰⁴. O autor trabalha com a concepção de *Estado de Coisas Inconstitucional* como hipótese típica para imposição de decisões estruturais²⁰⁵. Para o escritor, o emprego de sentenças estruturais depende do reconhecimento de que a circunstância fática tutelada se revela como “*quadro de violação massiva e sistemática*

¹⁹⁹ Para Fiss, a *structural injunction* é uma das possíveis categorias de um leque amplo de *injunctions*, que ganhou especial foco na “*civil rights era*” (**The Civil Rights Injunction**, Ob. Cit., p. 7).

²⁰⁰ No original: “The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements” (The Forms of Justice, in **The Law as It Could Be**, Ob. Cit., p. 3).

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Fiss, todavia, não ignora que as mesmas lições empregadas para casos de proteção de direitos civis podem ser estendidas a ramos como o direito ambiental, dentre outros (**The Civil Rights Injunction**, Ob. Cit., p. 95).

²⁰⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., p. 189.

²⁰⁵ Afirma o autor: “A declaração do ECI [Estado de Coisas Inconstitucional], segundo penso, se apresenta como verdadeira *senha de acesso* às tutelas estruturais. Com efeito, os pressupostos principais do ECI (...) justificam e legitimam o engajamento das cortes e juízes na produção de remédios estruturais. Na realidade, as condições para a concessão de remédios estruturais se confundem com os pressupostos do ECI” (Ibidem, p. 184).

de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado”, em absoluta contradição para com preceitos constitucionais e sociais²⁰⁶.

Embora corriqueira, sobretudo em razão de suas origens históricas, a correlação entre provimentos estruturais e interesse estatal e/ou intervenção em políticas públicas não é necessária: tome-se, a exemplo, o processo falimentar, no qual se envolvem diversas medidas de reestruturação da empresa²⁰⁷; bem como o direito concorrencial, no qual se viabiliza “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (art. 38, VII, da Lei 12.529/11), e, em casos extremos, a nomeação de interventor para assunção da administração da empresa (art. 107, § 2º)²⁰⁸.

Destaque-se, ainda, que, mesmo nos contextos dos litígios de interesse público, não raro serão necessárias intervenções em estruturas privadas: exemplos vívidos de ordens judiciais nessa seara são as decisões de tutela ao meio-ambiente,

²⁰⁶ Ibidem, p. 187. Em seus termos: “Defino o ECI [Estado de Coisas Inconstitucional] como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. O ECI anda lado a lado com as sentenças estruturais” (grifos no original).

²⁰⁷ “A decisão que decreta a falência, por exemplo, tem forte carga estrutural (art. 99, Lei 11.101/2005), especialmente quanto à possibilidade de o juiz sentenciante determinar ‘as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas’ (inciso VII), ou à possibilidade de nomear um administrador judicial (inciso IX) ou de determinar, ‘quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a construção de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência” (DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA; Rafael Alexandria; ZANETTI JR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: **Processos Estruturais**, Ob. Cit., p. 358-359).

²⁰⁸ O exemplo é trazido por Sérgio Cruz Arenhart, que enfatiza: “Em algumas áreas do direito privado, aliás, tipificadas por litígios complexos, com multiplicidade de interesses, há normas expressas que admitem a criação de decisões microinstitucionais. Especificamente para a tutela do direito à concorrência, a Lei n. 12.529/11 (mas, mesmo antes dela, a Lei n. 8.884/94) contém diversos instrumentos que, judicial ou extrajudicialmente, autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento dessas decisões. Assim, por exemplo, o art. 38, inc. VII, dessa lei (e, de modo idêntico, o faz o art. 61, § 2º, inc. VI), prevê como sanção à prática de atos que violam a ordem econômica a adoção de ‘qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica’. O art. 52, da lei, estabelece que ‘o cumprimento das decisões do Tribunal [administrativo] e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal’. Enfim, prevê a lei, em diversos dispositivos (arts. 96 e 102 a 111), a possibilidade de intervenção judicial em empresa, que poderá ter seu papel limitado ao acompanhamento do cumprimento da decisão jurisdicional, ou ter função mais ampla, chegando até ao extremo de legitimar o interventor a assumir a administração da empresa (art. 107, § 2º, da lei)” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos Estruturais no direito brasileiro**: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. p. 18-19. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018).

como no caso Mendoza²⁰⁹, que correu perante a Suprema Corte Argentina, e na Ação Civil Pública do Carvão, de Criciúma-SC²¹⁰.

Esses exemplos corroboram a compreensão de que, embora os processos estruturais tenham ganhado relevância no contexto das políticas públicas, não há uma correlação necessária daqueles para com estas; tampouco se limitam os processos estruturais à intervenção em estruturas burocráticas estatais – pelo contrário, a atividade particular não raro será tão ou mais relevante do que a estatal na seara da concretização de valores públicos. Assevera Edilson Vitorelli, nesse tocante:

É um equívoco associar a reforma estrutural apenas a instituições públicas. Apesar delas serem os réus mais comuns nesses casos, instituições privadas podem perfeitamente demandar alterações estruturais para que resultados sociais sejam produzidos. No mundo contemporâneo, os particulares representam ameaça tão grande ou maior que a do Estado para as liberdades públicas²¹¹.

Sob o viés finalístico, destarte, processos estruturais devem ser compreendidos como aqueles voltados à reestruturação de estruturas sociais complexas – sejam elas públicas ou privadas, envolvam-se questões políticas ou não. Seu emprego se revelará útil e adequado sempre que a tutela do direito material depender diretamente dessa reestruturação.

O acento focado na *intervenção judicial sobre estruturas sociais* permite maior abrangência conceitual aos processos estruturais, sem, contudo, *excluir* ou *reduzir a relevância* das hipóteses “típicas” dos litígios de interesse público, estados de coisas inconstitucionais, etc. A ampliação do alcance conceitual nos parece especialmente relevante para *intensificar* o emprego e a utilidade do remédio, evitando-se que a restrição conceitual se torne entrave à tutela do direito.

²⁰⁹ Profícuo exame do caso Mendoza foi desenvolvido por Francisco Verbic, em “El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación” (Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 fev. 2018).

²¹⁰ Para um exame detido do caso, vide: ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Ob. Cit., *passim*.

²¹¹ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: **Processos Estruturais**. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 371.

3.2.2 Conceito Morfológico

No capítulo primeiro foi traçada a morfologia própria ao modelo adjudicatório tradicional, cujos caracteres são, essencialmente: i) a estrutura estritamente bipolarizada de partes; ii) a preocupação retrospectiva da tutela; iii) a interdependência entre direito e remédio; iv) a atuação episódica da jurisdição; e v) o controle das partes sobre o processo. Como enfatizado na análise efetivada anteriormente, destas características decorrem grande parte das insuficiências do modelo tradicional para a adjudicação de litígios complexos.

A definição de processo estrutural segundo sua morfologia, destarte, pressupõe a superação das características próprias ao processo tradicional, para dar lugar a um modelo adjudicatório próprio aos litígios estruturais.

A esse modelo Abram Chayes denominou “*public law litigation model*”²¹². Neste trabalho, em razão da advertência indicada no item 3.2.1 quanto a não-restrição desse modelo a litígios de interesse público, preferimos a denominação *processo estrutural*.

A morfologia do processo estrutural pode ser definida a partir das características: i) estrutura policêntrica de partes; ii) preocupação prospectiva da tutela; iii) objeto do processo construído pelas partes e pelo juiz; iv) participação contínua da Corte no processo de desenvolvimento e implementação da medida²¹³.

²¹² O texto aqui referido é “The role of the judge in public law litigation” (**Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976), já referenciada no primeiro capítulo deste trabalho. A obra de Chayes é referencial teórico recorrente dentre os autores que abordam os processos estruturantes, e é referido como um dos artigos mais citados da história da academia estadunidense, o que reflete sua especial relevância no tema (SHAPIRO, Fred R; PEARSE, Michelle. The most-cited law review articles of all time. **Michigan Law Review**. Vol. 110, n. 8, 2012).

²¹³ Separamos neste excerto as características reputadas mais relevantes à morfologia dos processos estruturais, com alterações reputadas pertinentes. Essa divisão não reproduz com rigor a obra de Chayes, mas tem nela sua base. Os caracteres do “*public law litigation model*”, para o autor, também envolvem ênfase no aspecto probatório ativo, no caráter negociado da deliberação e no fim de *operacionalização de uma política pública*. A exata extensão do conceito de Chayes é delimitada no trecho: “*The public law litigation model portrayed in this paper reverses many of the crucial characteristics and assumptions of the traditional concept of adjudication: (1) The scope of the lawsuit is not exogenously given but is shaped primarily by the court and parties; (2) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous; (3) The fact inquiry is not historical and adjudicative but predictive and legislative; (4) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees; (5) The remedy is not imposed but negotiated; (6) The decree does not terminate judicial involvement in the affair; its administration requires the continuing participation of the court; (7) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome; (8) The subject matter*”

Esses caracteres serão analisados nos tópicos subsequentes, empregando-se em todos, como pano de fundo, a *oposição* às características do modelo processual tradicional, traçadas com maior especificidade no capítulo primeiro.

3.2.2.1 O arranjo de partes no litígio estrutural

Ao modelo tradicional de processo corresponde a estrutura bipolarizada de interesses, em que autor e réu se opõem diametralmente²¹⁴. Esse modo de pensar o litígio não se delimita aos processos individuais, mas invade também a seara dos processos coletivos²¹⁵. A representação dualista de interesses, contudo, impõe simplificações impróprias à complexidade dos dissídios sociais contemporâneos e, nessa medida, é inapta à apreensão de litígios estruturantes²¹⁶.

Tome-se, a exemplo, litígios envolvendo a violação à normas ambientais perpetradas por grandes empresas de uma região: rigorosamente examinados, existem numerosos interesses concorrentes e *não necessariamente opostos*²¹⁷. Ao passo que se pretende a despoluição e a melhoria na qualidade de vida dos habitantes circunvizinhos à área afetada, não se descarta do interesse público na manutenção da atividade econômica lá realizada. Esses setores de interesse serão integrados por distintas instituições, burocracias e grupos sociais, que poderão tanto se situar em posições *extremas*, quanto se posicionarem em zonas intermediárias de interesse. Não há necessária unidade entre os interesses das partes, que tampouco se manterão estáveis ao longo do tempo.

of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of a public policy" (Ob. Cit., p. 1302).

²¹⁴ As "funções" de cada parte são representadas unitariamente no modelo processual tradicional: o autor é, ao mesmo tempo, vítima, beneficiário da medida buscada e o porta-voz de seus interesses; ao passo que o réu é o violador, aquele a quem incumbirá tomar determinada medida e o porta-voz de seus interesses (FISS, Owen. *The Social and Policical Foundations of Adjudication*. In: **The Law as It Could Be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 51).

²¹⁵ Marcella Pereira Ferraro afirma, nesse sentido, que três "roupagens" podem ser assumidas por processos judiciais: individual-bipolar, coletivo-bipolar e coletivo estrutural (Ob. Cit., p. 2).

²¹⁶ FISS, Owen. *The Social and Policical Foundations of Adjudication...* Ob. Cit., p. 51.

²¹⁷ Observa Sérgio Cruz Arenhart, nesse sentido, que "É até mesmo de se duvidar da adequação do emprego desses vocábulos [conflito, litígio, etc.] em relação aos litígios estruturais. A rigor, essas expressões ligam-se aos conflitos bipolarizados, em que há um polo demandante, a que se opõe outro, demandado. No caso dos 'conflitos' estruturais, porém, o que há é um problema, que demanda solução, e que envolve diversos interesses e pontos de vista diferentes. Nem sempre haverá conflito, no seu sentido próprio, já que, muitas vezes, os sujeitos envolvidos convergem na conclusão sobre a necessidade de dar solução ao problema; divergem, porém, quanto à forma de solução, ao tempo ou a aspectos dessa resposta" (Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 740).

A esse fenômeno Chayes denominou *amorfia*²¹⁸ e *dispersão* da estrutura de partes, que se sujeita a toda sorte de alterações ao longo da tramitação processual, e que se contrapõe frontalmente à bipolarização típica do modelo processual tradicional²¹⁹. A ampla complexidade e conflitualidade sociais envolvendo litígios de interesse público pressionam a rígida estrutura de participação na lide e extrapola o círculo de potenciais afetados pelo objeto da demanda²²⁰. O alastramento dos interesses envolvidos, especialmente com o realce nos *grupos e instituições sociais* enquanto protagonistas do litígio, desloca o eixo do debate a questões bastante mais intrincadas: até que ponto um grupo pode ser estendido e homogeneizado? Como avaliar a representatividade daquele grupo no processo? Quais os efeitos da decisão judicial sobre os ausentes?²²¹

A noção de *policentria* nos dissídios sociais se apresenta especialmente relevante para explicar o fenômeno aqui examinado. Policentria consiste, em essência, no fenômeno da existência de *vários centros* interligados e nos quais se distribuem tensões coexistentes - como em uma teia-de-aranha, em que ao puxar um fio com uma determinada intensidade ensejar-se-á tensões de padrão complexo em toda a armação, ao passo que a aplicação duplicada de intensidade não apenas causaria o dobro da tensão anterior, mas possivelmente criaria um ainda mais complexo padrão de tensões na estrutura²²².

Rigorosamente, problemas policêntricos não se caracterizam como uma *novidade* para demandas judiciais. A noção de precedentes, a exemplo, implica um

²¹⁸ É preciso advertir que a *amorfia* aqui referida não deve ser confundida com a *ausência de titularidade específica* dos direitos violados. Ao se afirmar que a *estrutura* de partes é amorfa, quer-se dizer que os interesses envolvidos no conflito não são apreensíveis por um molde rígido – especialmente o bipolarizado. Não se quer, porém, afirmar que a *titularidade dos direitos violados* pertence a uma massa amorfa – pelo contrário, como se verá adiante, a adequada compreensão do conflito envolve intentar, à máxima medida, definir os indivíduos e grupos atingidos, em suas respectivas peculiaridades e intensidades.

²¹⁹ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1284.

²²⁰ Ibidem, p. 1290-1291.

²²¹ Ibidem, p. 1291-1292. Essas questões, a rigor, são comuns ao âmbito das ações coletivas como um todo. Nada obstante, no contexto dos processos estruturais, tornar-se-ão potencialmente mais arresvadas, à medida que nos litígios desse gênero sobrelevam-se a complexidade e a conflitualidade à máxima influência.

²²² A analogia para com a teia-de-aranha provém do escrito de Lon Fuller, referência fulcral no tema dos problemas policêntricos da capacidade judicial para lidar com questões desse gênero. No original: “We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a ‘polycentric’ situation because it is ‘many centered’ – each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions” (FULLER, Lon. L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, dez. 1978. p. 395).

raciocínio essencialmente policêntrico, especialmente se tomada em seu aspecto retrospectivo²²³. Decisões judiciais invariavelmente ensejarão distintas pressões em estruturas multicêntricas, seja direta ou indiretamente²²⁴.

Tampouco é a *policentria* um fator distintivo *por si só*²²⁵: a multipolaridade não é uma característica de contornos precisos e excludentes, mas mensurável em termos de *preponderância*²²⁶. Não há “litígios estritamente policêntricos” e “litígios não-policêntricos”, mas conflitos sociais em que distintos graus de conflituosidade e complexidade incidirão.

A utilidade da concepção de policentria, pois, reside na percepção de que nos problemas *preponderantemente* multipolares haverá maior potencial de afetação de diversos centros (e da estrutura como um todo), e que esse fator deve ser tomado em consideração quando do exercício de pressão sobre seu arranjo²²⁷.

A *preponderância do caráter policêntrico* bem traduz o arranjo de partes nos litígios estruturais e seus caracteres amorfos e dispersos, eis que *reformas em estruturas sociais violadoras de direitos* invariavelmente importarão na afetação de múltiplos centros de interesse e, à medida que se intensificam as intervenções nos fios que compõem sua teia, alteram-se as dinâmicas de tensão entre os diversos polos inter-relacionados. Não raro serão introduzidos novos elementos na relação litigiosa, excluídos outros, ou alterados aqueles já presentes.

3.2.2.2 Objeto e natureza da tutela – prospecção e continuidade

O modelo tradicional de processo pressupõe que o objeto da adjudicação é um *evento excepcional*, uma ruptura com um mundo anteriormente satisfatório. A finalidade da decisão judicial, nessa medida, seria buscar retornar ao *status quo ante*²²⁸, trazendo as coisas de volta ao “normal”. Decisões estruturantes não raro denegam essa assunção, questionando se, de fato, o *status quo ante* é desejável ou satisfatório²²⁹. Medidas estruturais impõem a criação de um *novo estado de coisas*, cuja essência se conforme aos valores públicos buscados²³⁰.

²²³ Ibidem, p. 398.

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ Ibidem, p. 397.

²²⁶ FERRARO, Marcella Pereira. Ob. Cit., p. 12-13.

²²⁷ Ibidem, p. 13.

²²⁸ FISS, Owen. **The Social and Political Foundations of Adjudication**, Ob. Cit., p. 53.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ Ibidem, p. 53.

Ao passo que a finalidade da tutela no modelo tradicional é pontual, direta e retrospectiva, a função da tutela no processo estrutural é essencialmente *prospectiva* e *contínua*. Em vez de se orientar à reparação de um conjunto fechado de eventos, a Corte tem perante si uma controvérsia sobre *probabilidades futuras*²³¹.

Decisões judiciais no modelo tradicional geralmente delimitam suas soluções à alternativas do gênero “o vencedor leva tudo”²³². Medidas estruturantes, a seu turno, desenvolvem programas arquitetados para acomodar um leque de interesses, geralmente concorrentes ou conflitantes, mas juridicamente relevantes à concretização do valor público buscado²³³.

A tutela jurisdicional busca, na seara estrutural, *ajustar condutas futuras* a preceitos constitucionais, e, nessa medida, impõe relativa desunião a inter-relação entre violação-remédio: o enfoque decisório (e probatório) se desloca do “encontrar o responsável pela violação específica” (e conseqüente reparação) ao “buscar uma via de fazer-cessar o estado de coisas violador”²³⁴. Essa viragem, inequivocamente, não deve se confundir com um sistema permissivo de impunidades, mas pragmático reconhecimento de que o combate individualizado a eventos transgressivos não é suficiente à efetiva tutela dos direitos no contexto de violações estruturais²³⁵.

Em sua inevitável complexidade, reestruturações institucionais demandam contínua readequação dos contornos da lide e de seu objeto. Isso porque é próprio desse gênero de litígios a mutabilidade²³⁶, eis que o desencadeamento de eventos no tempo tanto impactam na estrutura de partes, quanto impõe reavaliações do objeto do processo. Exigir-se-á, nessa medida, certo grau de maleabilidade da tutela jurisdicional, para que se conforme às necessidades específicas do caso.

Há, por fim, caráter contínuo na relação entre jurisdição, instituição social reformada e sociedade afetada²³⁷. Ao passo que no modelo tradicional se concebe um momento preciso ao fim da relação jurídica processual, o processo estrutural

²³¹ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1292.

²³² CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1293.

²³³ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1294.

²³⁴ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1298; FISS, Owen. **The Social and Political Foundation of Adjudication**, Ob. Cit., p. 52; VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 519.

²³⁵ FISS, Owen. *The Forms Of Justice...*, p. 16.

²³⁶ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 85.

²³⁷ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1302.

encontra inícios e meios claros, mas seu término é de árdua definição²³⁸, sobretudo em razão da própria finalidade buscada. Uma decisão estrutural marca não o final, mas o início da relação estabelecida²³⁹.

3.2.3 O CONCEITO DE PROCESSO ESTRUTURAL

Adotando-se os aspectos morfológicos e funcionais acima delineados, concebe-se o processo estrutural como o modelo processual voltado a resolução de litígios complexos²⁴⁰ através da reestruturação de instituição social, pública ou privada, cujas ações ou omissões violem valores públicos. Seu arranjo de partes, a fim de abarcar interesses contraditórios e mutáveis, é disperso e amorfo, com múltiplos centros de tensão concorrentes. A tutela jurisdicional nele desenvolvida guarda caráter prospectivo, contínuo e maleável – a decisão estruturante marca não o desfecho, mas o início da relação entre Corte, instituição e sociedade. O enfoque adjudicatório se desloca da reparação de violação pontual do direito à reestruturação do estado-de-coisas transgressivo.

3.3 IMPLICAÇÕES DO MODELO PROCESSUAL ESTRUTURAL

O desenvolvimento de um processo estrutural, tanto por sua finalidade quanto por sua morfologia, demanda importantes revisões sobre instituições e conceitos tradicionais do processo civil. Alguns dos principais aspectos serão delineados adiante.

3.3.1 A titularidade dos direitos

A percepção de que a policentria nos litígios estruturais pode assumir distintos graus, e que a imbricada teia de relações conterá centros de interesse de distintas características, implica compreensão de que arranjos estanque sobre os direitos

²³⁸ “The remedial phase in structural litigation is far from episodic. While it has a beginning and maybe a middle, it has no end – well, almost no end. It involves a continuous relationship between the judge and the institution; it is concerned not with the enforcement of a remedy already given but with the giving or shaping of the remedy itself” (FISS, Owen. **The Forms Of Justice**, Ob. Cit., p. 23).

²³⁹ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1302.

²⁴⁰ A referência a litígio complexo não reporta à complexidade da *tese jurídica* ou da *matéria* em si considerada, mas do conflito social e das vias de resolução deste. A esse fenômeno Edilson Vitorelli denominou, em maior precisão, *litígios irradiados*. Esse conceito será abordado adiante.

coletivos raramente serão capazes de captar adequadamente a lide dos processos estruturais e avaliar tanto os *instrumentos* da tutela quanto a *representatividade adequada* dos representantes coletivos.

Isso porque a classificação típica dos direitos coletivos – tripartida em *coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos e difusos*²⁴¹ – parte de uma identificação *abstrata* dos direitos (ou das pretensões) que, não raro, não se compatibilizará com a complexidade da realidade social, impondo técnicas impróprias ou insuficientes à adequada tutela dos direitos sob litígio²⁴².

Afinal, face a litígios coletivos complexos²⁴³, subsiste elevada probabilidade de que a pretensão de direito material assuma contornos de difícil amoldamento a *uma* das categorias clássicas dos direitos coletivos²⁴⁴ e, ademais, a própria noção de *titularidade* inerente a cada uma dessas categorias (sociedade, grupos e coletividade) não revelará precisa correlação para com a imbricada teia de interesses que envolve litígios dessa sorte²⁴⁵.

Face essa limitação da categorização abstrata dos direitos coletivos, Edilson Vitorelli propõe profícuo repensar sobre a base dos litígios coletivos, propondo sua reclassificação a partir de *suportes sociológicos*²⁴⁶. Para o autor, a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida *no contexto de um litígio coletivo*²⁴⁷, sendo despropositada a análise da titularidade dos direitos transindividuais enquanto íntegros²⁴⁸. Isso porque, embora indivisíveis *em abstrato*, quando violados (ou ameaçados de violação) podem atingir (ou interessar) os indivíduos em distintas

²⁴¹ A tripartição dos direitos coletivos provém do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1998), que enuncia: “Art. 81. (...) Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

²⁴² VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais, Ob. Cit., p. 373.

²⁴³ Aborda-se aqui “litígio complexo” como sinônimo de “litígio irradiado”, conforme conceito já apresentado.

²⁴⁴ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 24.

²⁴⁵ Ibidem, p. 26.

²⁴⁶ Vitorelli trabalha com as premissas de que os conceitos de sociedade, grupo, etc., são próprios à sociologia, e, portanto, a partir dela devem ser trabalhados. Enfatiza o autor: “Os direitos transindividuais pertencem não ‘à sociedade’, ou ‘a todos’, mas a acepções distintas de sociedade, definidas a partir de parâmetros sociológicos” (Ibidem, p. 76).

²⁴⁷ Ibidem, p. 73.

²⁴⁸ Ibidem.

intensidades e formas²⁴⁹. Pressupõe-se, portanto, à adequada classificação da titularidade dos direitos transindividuais, a efetiva existência de *situação litigiosa*²⁵⁰.

Dois indicadores servem à análise da situação de litígio coletivo: a *complexidade* e a *conflituosidade*. A primeira é mensurada a partir da *variabilidade* das formas de lesão e das possibilidades de tutela adequada de um direito: um litígio será mais complexo à medida que se ampliem as formas de lesão e as possibilidades de tutela da violação²⁵¹; ao passo que a segunda é mensurada a partir da *uniformidade* das posições dos membros integrantes da sociedade em relação ao litígio: um litígio será mais *conflituoso* na proporção da discrepância do impacto da violação sobre os integrantes e do conseqüente *dissenso* existente entre estes sobre qual o resultado desejável à solução do litígio²⁵².

Embora relacionadas, complexidade e conflituosidade nos litígios transindividuais não são co-dependentes, e permitem a classificação dos destes (e de seus respectivos titulares) em três categorias, assim definidas de acordo com a natureza e as repercussões da lesão.²⁵³

No grau mais reduzido de complexidade e conflituosidade se apresentam os litígios transindividuais de difusão global (ou litígios globais): trata-se dos litígios que não atingem diretamente os interesses de qualquer pessoa²⁵⁴, imputando-se sua titularidade à sociedade entendida como estrutura²⁵⁵. Os titulares do direito são atingidos pela lesão de modo uniforme e pouco perceptível individualmente, sendo praticamente inexistente o interesse pessoal, e havendo benefício uniforme na tutela do direito²⁵⁶.

²⁴⁹ “Os direitos transindividuais, considerados íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não põem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas. Entretanto, isso não significa que, dada a prática do ilícito ou a existência da lesão ou ameaça de lesão ao direito, os litígios transindividuais necessariamente atinjam ou interessem, da mesma forma, todas as pessoas” (Ibidem, p. 74).

²⁵⁰ “O ponto de partida para a definição da titularidade dos direitos transindividuais deve ser a situação litigiosa, não o direito íntegro” (Ibidem, p. 74).

²⁵¹ Ibidem, p. 74. O autor indica, a título exemplificativo: “A solução dos litígios pode ser de fácil delimitação (...), mas também pode ser altamente variável, em contextos de divergências científicas ou sociais justificáveis. Por exemplo, tutelar o meio ambiente pelo tratamento de esgotos sanitários é um objetivo que pode ser alcançado por um grande número de técnicas cientificamente válidas, bem como abaliado sob diversas perspectivas, como é o caso de qual tipo de contaminante se pretende focar na despoluição” (**Litígios Estruturais**, Ob. Cit., p. 373).

²⁵² VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**, Ob. Cit., p. 75.

²⁵³ Ibidem, p. 76.

²⁵⁴ Exemplifica-se com o caso de dano ambiental em região desabitada, ou pequeno dano ambiental em perfuração profunda em meio ao oceano, incapaz de atingir diretamente qualquer pessoa.

²⁵⁵ Ibidem, p. 77.

²⁵⁶ Ibidem, p. 80.

A segunda categoria, oposta à primeira, é a dos *litígios transindividuais de difusão local* (ou litígios locais), caracterizada pela *específica e grave* lesão a direitos transindividuais que atingem grupos de dimensões reduzidas e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, com alto grau de consenso interno²⁵⁷ - a exemplo de comunidades indígenas e quilombolas. Haverá, nessa hipótese, aumento da complexidade e da conflituosidade, porém não em demasia, eis que existentes fortes laços de identidade que aproximam as pretensões comunitárias²⁵⁸.

Por fim, a terceira categoria – e a que apresenta maior correlação para com o presente trabalho – é a dos *litígios transindividuais de difusão irradiada* (ou litígios irradiados). Incluem-se nesta classes aqueles conflitos nos quais a lesão afeta de modo desigual e variável, tanto em natureza como em intensidade, diversas pessoas ou segmentos sociais, que não compõem uma comunidade, tampouco têm a mesma perspectiva social, e não serão atingidas da mesma forma e com a mesma intensidade pelo resultado da demanda²⁵⁹. Seus interesses se superporão de modo volátil – ora parcialmente coincidentes, ora antagônicos.

Não serão esses direitos, porém, de titularidade *indeterminada*. Sua determinação é tão possível quanto desejável²⁶⁰. A sociedade titular dos direitos decorrentes das lesões desse gênero é uma *sociedade elástica*, descentralizada e fluida²⁶¹, e, em razão da forma pela qual as lesões atingem seus distintos membros, não se reputará a indivisibilidade dos direitos transindividuais²⁶².

Conflituosidade e complexidade são intensos nos litígios deste gênero. As pretensões dos distintos membros da sociedade não guardarão relação de identidade ou unicidade, sobretudo porque os impactos da conduta danosa serão distribuídos desigualmente (em maior ou menor proporção entre distintos indivíduos e/ou grupos). O conflito será observado sob distintas perspectivas pelos membros do corpo social afetado, e comumente haverá não só conflito entre a sociedade e o causador do dano,

²⁵⁷ Ibidem, p. 80-81. O referencial teórico sociológico empregado pelo autor nesse tocante é a concepção de “comunidade”, segundo Ferdinand Tonnies (*Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947).

²⁵⁸ Ibidem, p. 82.

²⁵⁹ Ibidem, p. 85.

²⁶⁰ Observa o autor que, com relação à identificação dos sujeitos e/ou grupos prejudicados em litígios irradiados, que “a dificuldade de identificação não deve autorizar o tratamento dos indivíduos como uma massa amorfa, irrelevante para a condução do litígio, como se ele não fosse surtir, nas vidas de uma parte deles, impactos concretos e imediatos, que não ocorrerão nas vidas de outras pessoas que não integram aquela sociedade”, e que, nessa medida, “não é vantajoso simplificar um processo se o litígio que ele se propõe a resolver não é simples” (Ibidem, p. 89).

²⁶¹ Ibidem, p. 86.

²⁶² Ibidem, p. 92.

mas também entre os membros daquela, sem que se possa definir previamente, dentre as variadas pretensões possíveis, aquela que se revela mais adequada²⁶³.

Litígios estruturais integram essa terceira categoria²⁶⁴, e bem podem ser examinados a partir dos conceitos expostos. A titularidade dos direitos transindividuais de difusão irradiada, portanto, será imputada à sociedade *em sentido elástico e fluido*, afastando-se o dogma da indivisibilidade dos direitos transindividuais para atribuir a titularidade dos direitos àqueles membros que, de distintas formas e intensidades, e com divergentes pretensões, restaram afetados pela lesão.

3.3.2 Representação e participação

O meio pelo qual a sociedade afetada participa de processos coletivos *em geral* pode se dar, essencialmente, sob duas formas: através da *participação direta* dos indivíduos ou mediante *representação*²⁶⁵. No contexto de ampla conflituosidade dos litígios estruturais, contudo, nem uma nem outra forma se revela como *solução simples* à participação da sociedade afetada. Isso porque, como enfatiza Sérgio Cruz Arenhart, trazer os interesses dos afetados para o processo estrutural envolve ao menos duas ordens de problemas: a uma, o tratamento legislativo da participação no processo é limitada; a duas, a estrutura processual é inadequada para lidar com grandes quantidades de sujeitos participantes²⁶⁶.

O tratamento legislativo ordinariamente estabelece a *representação de interesses* mediante legitimados coletivos expressamente arrolados na legislação (*legitimação "ope legis"*), que em regra serão instituições públicas (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Autarquias, etc.). Essa forma de tratamento da representação, contudo, tende a "abstrair" as pessoas efetivamente envolvidas no litígio e "pessoalizar" a titularidade do direito na figura dos legitimados²⁶⁷. A legitimação *ex lege* adotada pelo direito nacional atribui a instituições normalmente afastadas da realidade da controvérsia a tarefa de deduzir a pretensão coletiva, e esse descolamento da realidade não raro torna a pretensão deduzida algo

²⁶³ Ibidem, p. 93-94.

²⁶⁴ VITORELLI, Edilson. **Litígios Estruturais**, Ob. Cit., p. 374.

²⁶⁵ FISS, Owen. The Allure of Individualism. **The Law as It Could Be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 112.

²⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**, Ob. Cit., p. 741.

²⁶⁷ Ibidem, p. 742.

que não representa os efetivos anseios e necessidades da sociedade afetada²⁶⁸. A representação dos interesses metaindividuais e individuais de massa, nessa medida, é “fictícia”, pois faz prevalecer a vontade *do autor coletivo* e, para além disso, a própria sociedade afetada sequer é autorizada a participar diretamente do processo.

Essa forma de representação de interesses coletivos se torna tão menos adequada nos processos estruturais, em que a elevada conflituosidade e a multiplicidade de centros de tensão no litígio demandam determinação, tão específica quanto possível, dos grupos de interesse envolvidos, e a efetiva representação de seus interesses em juízo.

Como destaca Edilson Vitorelli, o problema central dos litígios irradiados (*dentre os quais se inserem os estruturais*) é o enfeixamento de interesses não alinhados, eventualmente antagônicos, entre os membros da sociedade titular do direito, sendo pouco provável que um único representante possa adequadamente defender todos esses interesses²⁶⁹.

Duas providências amenizam a dificuldade da representação nos litígios estruturais: primeiramente, a adoção de formas de participação e representação que melhor se aproximem da sociedade afetada; secundamente, a *distribuição* dos focos de interesse em subclasses com representantes adequados próprios e distintos.

3.3.2.1 Participação direta e representatividade adequada

Sob a primeira vertente, ao menos duas ferramentas distintas da legitimação “*ope legis*” podem ser cogitadas para o fim de buscar aproximar o corpo social ao processo coletivo estrutural: a *participação direta* e a *representação “ope judicis”* (que importa na avaliação da representatividade adequada)²⁷⁰.

O direito de participação direta dos indivíduos ou grupos envolvidos no litígio estrutural, em análise primeira, induz a algumas vantagens: a uma, seus interesses serão retratados no processo em maior nível de fidelidade possível²⁷¹; a duas, há salvaguarda *mais evidente* do devido processo legal à medida que a vinculação dos

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 539.

²⁷⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**, Ob. Cit., p. 745.

²⁷¹ Ibidem, p. 744.

indivíduos à decisão coletiva será dada com base em suas próprias presenças imediatas na demanda²⁷².

Essa forma de participação, embora adequada a alguns contextos, dificilmente se amoldará aos litígios estruturais. Primeiramente, pelo simples fato de que litígios desse gênero envolvem numerosos interesses divergentes, com indivíduos afetados sob distintas formas, tempos e intensidades, e em regra envolvem lesões de considerável alcance, de modo que a participação direta de todos os afetados criaria tumulto processual irrefreado²⁷³. Segundamente porque, do ponto de vista teórico, a complexidade fática envolvida poderá turvar a própria intenção de *determinação* dos grupos efetivamente afetados pela lesão²⁷⁴.

Isso não significa, porém, que se deva excluir essa forma de participação processual. Pelo contrário, sempre que o contexto fático a tornar viável, a participação direta da comunidade envolvida deverá ser preferida, para permitir a construção comunitária das soluções e sobrelevar o exercício democrático do Poder estatal²⁷⁵. O emprego de audiências públicas, sobretudo, é capaz de equilibrar a desejável *participação direta da sociedade envolvida* com a necessidade de tornar praticável o processo estrutural.

Há, sob o outro vértice, a imprescindível figura da *representação adequada de interesses* por meio de legitimados coletivos. A representação aqui enunciada, porém, contrasta para com a legitimação “*ope legis*” acima retratada - isso porque, como dito, a mera admissão de um legitimado extraordinário legalmente designado para o mister de *dar voz* à sociedade afetada dificilmente viabilizará efetiva aderência do processo judicial para com a complexidade do conflito coletivo. O controle da legitimação pelo juiz importa não em uma avaliação *legislativa-abstrata* do legitimado coletivo, mas do exame da capacidade deste para efetivamente representar os interesses do grupo ou sociedade afetada.

²⁷² A participação direta, noutros termos, supostamente asseguraria o “dia na corte” aos envolvidos no litígio coletivo. Essa posição, contudo, não é indene de críticas. Vide, nesse sentido: FISS, Owen. *The Allure of Individualism. The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 109-110.

²⁷³ No mesmo sentido ressalta Owen Fiss, em exame crítico ao caso *Martin v. Wilks*, que a numerosidade e o caráter prospectivo da deliberação estrutural inviabilizam a participação direta dos afetados (Ibidem, p. 110-111).

²⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**, Ob. Cit., p. 745.

²⁷⁵ Ibidem, p. 746.

É mandamento basilar do processo, afinal, a impossibilidade de privação de direitos sem o devido processo legal. Sob a faceta da tutela coletiva, este princípio deve recair com ainda maior intensidade, eis que as partes que serão submetidas à decisão em regra não terão a possibilidade de defender, individualmente e por suas próprias escolhas, seus direitos em juízo. Daí se exigir que, para a preservação das garantias fundamentais processuais na tutela coletiva, o representante do grupo seja adequado, atuando com máximo engajamento possível na representação dos interesses da sociedade afetada²⁷⁶. Essa constatação, a rigor, não é verdadeira apenas no contexto dos litígios estruturais²⁷⁷, mas nele se potencializa, em razão das características próprias do dissídio, especialmente de sua elevada conflitualidade.

Não se olvida que o exame da representatividade adequada dos legitimados coletivos não encontra previsão expressa na legislação infraconstitucional²⁷⁸. Essa lacuna legislativa, porém, não inviabiliza sua recepção pelo sistema pátrio – pelo contrário, o exame da representatividade adequada dos legitimados coletivos se impõe em razão da própria garantia constitucional do devido processo legal. Como sinaliza Antonio Gidi, “apesar de não estar previsto em lei, o juiz não só *pode*, como *tem o dever* de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. (...). Pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional”²⁷⁹.

Ambas as ferramentas – *participação direta e representação adequada* – podem e devem ser empregadas conjuntamente, sempre que viável o seja, a fim de equilibrar as vantagens e desvantagens de cada uma²⁸⁰. Essa convivência de distintas formas de participação da sociedade afetada, em múltiplos polos concorrentes, sem

²⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 406.

²⁷⁷ A necessidade de adoção de um sistema de avaliação da representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras é amplamente abordado na doutrina pátria. Sobre a crítica acerca do sistema de legitimação “*ope legis*”, vide: VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 219 e seguintes.

²⁷⁸ Como enfatiza Sérgio Cruz Arenhart, conquanto haja previsão no Código de Processo Civil de 2015 da avaliação da representatividade adequada do *amicus curiae* (art. 138), esse dispositivo sinaliza uma *abertura* da legislação nacional a essa espécie de filtro, ainda que se delimite a um instituto qualificado pela legislação nacional como *intervenção de terceiro* (**Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**, p. 750).

²⁷⁹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 108, 2002. p. 68-69.

²⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**, Ob. Cit., p. 757.

dúvida enseja relação complexa e de tramitação dificultada. Esse obstáculo, porém, não deve justificar indevidas simplificações do litígio estrutural. Como observa Arenhart, a judicialização de litígios complexos, com intento de reestruturação de instituições sociais, torna imprescindível a elaboração de um procedimento correto para o exercício dessa forma de atuação, que se adeque ao nível de debate necessário e legitime a atuação judicial²⁸¹.

3.2.2.2 Pluralização da representação

Ao passo que a agregação de ferramentas de participação direta e representação demonstram relevo para a aproximação do processo estrutural para com a sociedade afetada, a percepção de que violações estruturais ensejam distintas lesões, em distintas intensidades, para distintos grupos de interesse, importa na exigência de pluralização da representação²⁸².

A coexistência de interesses juridicamente relevantes não alinhados ou antagônicos demanda distintos representantes adequados a cada subclasse. A pluralização viabiliza aos representantes a visualização clara de qual o subgrupo por si representado e quais as suas pretensões²⁸³.

O delineamento do subgrupo tutelado e de seus interesses específicos perpassa por momentos de interlocução direta dos membros da subclasse para com o representante, e de participação direta daqueles mediante ferramentas processuais próprias, como audiências públicas. Essa porém, não é tarefa simplória. À medida que a *unidade* de representação pode ensejar subproteção de determinados grupos, a excessiva dispersão em subclasses pode tornar inviável a continuidade do processo²⁸⁴. É preciso, como relembra Chayes, equilibrar a adequada estrutura de partes do litígio sem que se introduza tanta complexidade que o procedimento caia por seu próprio peso²⁸⁵.

²⁸¹ Ibidem, p. 758.

²⁸² VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 538-539.

²⁸³ Ibidem, p. 539.

²⁸⁴ Ibidem, p. 539.

²⁸⁵ CHAYES, Abram. Ob. Cit., p. 1312. No original: "A critical question for research is whether this potential [of the judicial system] is or can be exploited to produce a party structure that is adequately representative in light of the consequences of public law litigation without introducing so much complexity that the procedure falls of its own weight".

Para Vitorelli, algumas ferramentas processuais podem ser empregadas para melhorar o grau de representatividade sem, contudo, aumentar o número de subclasses: a uma, a realização de audiências públicas antes do acordo coletivo ou da decisão; a duas, a nomeação de um terceiro para (mesmo que outro legitimado) para o específico fim de representar os *interesses periféricos* (aqueles não atingidos centralmente pela lesão coletiva); a três, a nomeação de uma espécie de “advogado do diabo”, como uma variação de um “*special master*”²⁸⁶, para defender o ponto de vista de que o acordo ou decisão não é justo, razoável ou adequado para a tutela do direito dos ausentes; a quatro, a submissão do processo à agências públicas ou órgãos privados da mesma área de expertise da qual se trata o litígio, estabelecendo um parâmetro de legitimidade *exterior* ao processo²⁸⁷.

Não há, entretanto, uma via aprioristicamente suficiente e/ou adequada a esse mister. A ampliação ou redução dos subgrupos, a definição de seus representantes, e o uso de ferramentas processuais para ampliação da representatividade dos interesses atingidos, embora se embasem em determinados critérios, estarão sempre sujeitos a “tentativa-e-erro”. O juiz prudente, determinado a alcançar resultados sustentáveis em termos de participação, tenderá inicialmente a maior inclusão, reajustando o arranjo processual à medida que se desenvolvam as fases de reestruturação institucional²⁸⁸. O relevo, de fato, está em alcançar resultados que assegurem satisfatoriamente o direito de representação, sem inviabilizar o desenvolvimento processual – os meios para fazê-lo, como é natural a esse tipo de litígio, submeter-se-ão ao “*experimentalismo*”²⁸⁹ e ao constante aprimoramento.

3.3.3 FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL

Dos elementos até aqui apresentados é possível se conceber, até intuitivamente, a parca capacidade dos institutos rígidos do processo civil clássico

²⁸⁶ Sobre a figura do “*special master*”, vide: BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: Estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2012. p. 71.

²⁸⁷ Ibidem, p. 538-544. O autor toma os mencionados exemplos da obra de William Rubenstein (Divided We Litigate: Addressing Disputes among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns).

²⁸⁸ “The interests at stake in such cases are manifold, and it is always difficult to know with certainty what those interests are and whether they are being adequately represented. The prudent judge, determined to achieve a measure of finality and to get on with the business of structural reform, is likely to err on the side of inclusiveness” (FISS, Owen. *The Allure Of Individualism. The Law as It Could Be*. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 115).

²⁸⁹ Sobre o enfoque experimentalista, vide FERRARO, Marcella. Ob. Cit., *passim*.

para lidar com a complexidade e dinamicidade dos litígios estruturais. O adequado desenvolvimento de um processo estrutural, destarte, está intimamente ligado à flexibilização processual²⁹⁰.

Advirta-se desde logo, contudo, que a flexibilização aqui proposta não significa *ignorar* valores processuais e sua relevância como normas protetivas. Representa, pelo contrário, a percepção de que o processo, enquanto ferramenta de tutela dos direitos, deve ser adequado às necessidades do valor que busca proteger.

Conforme leciona Owen Fiss, o que efetivamente se altera no processo estrutural é a *forma*, mas não a *função* da jurisdição. Essa mudança de forma, por outro lado, decorre da própria majoração da complexidade das estruturas sociais – e, assim, não deve ser vista com preocupação²⁹¹. Diferenças no modelo processual estrutural não devem provocar dúvidas quanto a sua legitimidade, a menos que se pressuponha uma prioridade normativa ao modelo processual tradicional – assertiva que aqui se reputa incorreta²⁹². O que efetivamente produziria uma crise de legitimidade, nessa medida, seria insistir em resolver litígios estruturais através de um processo pensado para a solução de casos individuais e patrimoniais²⁹³.

Não se pretende neste trabalho esgotar os aspectos processuais que demandam reformulação para comportar litígios estruturais. Limitar-nos-emos a dois deles, aqui reputados mais relevantes, e que fornecem fundamentos às necessidades descritas: o princípio da demanda e o instituto da preclusão.

3.3.3.1 A relativização do princípio da demanda

O princípio da demanda, em linhas gerais, expressa a concepção de que o pedido formulado pela parte invoca e delimita a atuação do juiz e fixa o objeto do processo; e, em razão disso, integra o núcleo de elementos essenciais da jurisdição. Afinal, se a atuação adjudicatória depende da provocação da parte, e tem seus limites

²⁹⁰ FERRARO, Marcella Pereira. Ob. Cit., p. 141.

²⁹¹ FISS, Owen. **The Forms Of Justice...**, p. 30.

²⁹² “The question still remains as to the significance of the distinctive form of the structural suit. Differences do not provoke doubts as to legitimacy unless a normative priority can be established for the dispute-resolution model” (FISS, Owen. **The Forms Of Justice...**, Ob. Cit., p. 24).

²⁹³ “What would, in fact, provoke a genuine crisis of legitimacy would be to insist on procedural modes shaped in a different social setting, to assume that adjudicatory forms created centuries ago should control today” (Ibidem, p. 30).

delineados por ela, não há dúvida o princípio da demanda exerce função considerável sobre a jurisdição²⁹⁴.

A outorga do poder de *iniciar* e *delimitar* a atuação judicial parte de duas premissas: a uma, de que o processo civil trata predominantemente de direitos privados e disponíveis, incumbindo ao titular manifestar sua vontade acerca da proteção do direito tutelado; a duas, de que a delimitação da atuação judicial ao pedido formulado é garantia da imparcialidade do magistrado²⁹⁵.

Essas premissas, entretanto, ao passo que sequer encontram plena sustentação nos processos voltados a litígios individuais²⁹⁶, apresentam parca operacionalidade diante das necessidades impostas por litígios estruturais.

A mais basilar dificuldade imposta pelos litígios estruturais, afinal, será a efetiva definição das causas de pedir e pedidos ali envolvidas – não raro a formulação se iniciará apenas com uma *noção* desses elementos, sendo a petição inicial um “esboço” da demanda, que, ante sua elevada imbricação, não comporta perfeita delimitação aprioristicamente²⁹⁷.

Como leciona Sérgio Cruz Arenhart, “um ordenamento em que impera a necessária correspondência entre pedido e sentença dificilmente consegue operar com a espécie de decisão em análise, porque não tem a flexibilidade necessária para a adequação da decisão judicial às particularidades do caso concreto”²⁹⁸.

Não só a inviabilidade de desenhar aprioristicamente a pretensão em sua exata dimensão, mas também as contingências do caso concreto impõem essa atenuação. Por vezes a ponderação sobre as condições de concretização do comando judicial e a dimensão de suas consequências exigirá readequações nos limites da pretensão durante o fluir do processo²⁹⁹.

A atenuação do princípio da demanda, contudo, não permite o descurar dos limites da *lesão irradiada* que se objetiva impedir ou reparar. Conquanto se tolere maior amplitude à atividade jurisdicional, superando-se os limites das causas de pedir

²⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. Ob. Cit., p. 1-2.

²⁹⁵ Ibidem, p. 2-3.

²⁹⁶ Observa Sérgio Cruz Arenhart que, sob diversos vieses, o princípio da demanda é relativizado, a exemplo da disciplina conferida à tutela das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, em que se permite a adaptação da tutela às circunstâncias do caso concreto, ainda que distinto o pedido do autor (Ibidem, p. 18). A própria imposição da imparcialidade do juiz não deve representar óbice ao cumprimento dos fins do Estado contemporâneo (ibidem, p. 27).

²⁹⁷ FERRARO, Marcella. Ob. Cit., p. 143-144.

²⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de direitos individuais**, Ob. Cit., p. 375.

²⁹⁹ Ibidem, p. 375-376.

e dos pedidos inicialmente delineados, não se pode ignorar os próprios contornos do ilícito a ser combatido, sob pena de, *ultima ratio*, fazer substituir a gestão da instituição, em definitivo, pelo órgão jurisdicional³⁰⁰.

A releitura da demanda, pois, aqui representa a *inversão* da lógica clássica segundo a qual o objeto é conhecido e plenamente delineado *a priori*. Um processo estrutural, em regra, se iniciará com um *esboço* do intento reformatório, focado sobretudo na lesão de direitos que se objetiva impedir ou reparar, e cujo objeto será construído *a posteriori e continuamente*, conforme a dinamicidade do litígio³⁰¹³⁰².

3.3.3.2 Preclusão, coisa julgada e estabilização

Decisões estruturantes são essencialmente instrumentais: a medida imposta é determinada pelo propósito de proteger o valor constitucional ameaçado, sendo o *meio* escolhido para remoção da ameaça apenas um dos inúmeros igualmente viáveis para atingir o mesmo fim. A eleição dos meios de reestruturação, a seu turno, funda-se em razões de *estratégia e justeza* – não se trata de mera subsunção da norma ao caso concreto, mas de escolhas em um campo de discricionariedade³⁰³.

Empreitada dessa sorte terá, inevitavelmente, falhas: o estado-de-coisas violador pode persistir, ainda que com distintas características, a despeito das medidas inicialmente tomadas no processo estruturante. Há, afinal, litígios de tamanha complexidade que pouco se saberá, inicialmente, sobre o comportamento organizacional que enseja a lesão a direitos³⁰⁴, e mesmo naqueles menos intrincados é impraticável exigir que a decisão judicial tenha conhecimento exato e integral das providências necessárias para adequadamente tutelar os interesses envolvidos.

Sistema rígido de preclusão, destarte, inviabilizaria o deslinde de processos congêneres. Ao passo que a demanda não se reputa aprioristicamente definida, as medidas a serem tomadas ao longo do processo também devem comportar relativa flexibilidade, com possibilidade de reformulações parciais ou integrais conforme se verifiquem os resultados delas extraídos, a fim de equacionar os interesses envolvidos no litígio estrutural.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 376.

³⁰¹ FERRARO, Marcella Pereira. *Ob. Cit.*, p. 144.

³⁰² A rigor, o regramento do Código de Processo Civil/2015 também dá conta de hipótese de revisão do julgamento quando presente a *relação continuativa* (art. 505, I).

³⁰³ FISS, Owen. **The Forms Of Justice**, *Ob. Cit.*, p. 43.

³⁰⁴ *Ibidem*.

Consoante enfatizado anteriormente, uma decisão estrutural marca não o fim, mas o início de uma relação entre judiciário e partes envolvidas na situação litigiosa. A sentença marca não o *término* do processo de “dizer-o-direito”, mas o início do processo de deslindamento do problema³⁰⁵.

A esse fenômeno Sérgio Cruz Arenhart denomina *provimentos em cascata*, em que tipicamente se prolata uma primeira decisão (“decisão-núcleo”), de caráter abrangente e principiológico, na qual se fixam diretrizes e linhas gerais de proteção do direito, e subsequentemente se sucederá ampla cadeia de decisões específicas para a reestruturação, cujos resultados implicarão em avanços e retrocessos no âmbito protetivo afirmado pela decisão inicial³⁰⁶.

A seleção da melhor técnica dentre as viáveis implicará em avaliação do tipo tentativa-erro-acerto, com contínua reavaliação do sucesso das medidas mediante fiscalização e acompanhamento dos objetivos traçados³⁰⁷.

Também a noção de coisa julgada restará prejudicada nesse sistema, revelando-se pouco viável uma solução definitiva e imutável para um litígio amalgamado à sociedade. O máximo que se pode conceber, como enfatiza Vitorelli, é a definição de indicadores que, uma vez alcançados, concretizem metas parciais, aceitáveis enquanto perdure a mesma configuração social – ou, noutras palavras, até que nova tensão se exerça sobre um dos fios da teia policêntrica³⁰⁸.

Esse julgamento desdobrado e mutável igualmente tornará sem sentido a rígida separação entre fases de conhecimento e execução³⁰⁹. Não há, afinal, realidade pretérita, pontual e estática sobre a qual se pretende decidir, mas litígio irradiado e dinâmico, cujas linhas se alterarão continuamente. Assim, “exigir que um litígio seja integralmente julgado para depois ser implementado significa exigir que a decisão seja aplicada em um mundo que não mais existe”³¹⁰.

³⁰⁵ FERRARO, Marcella. Ob. Cit., p. 136.

³⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**, Ob. Cit., p. 377.

³⁰⁷ Ibidem, p. 378.

³⁰⁸ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**, Ob. Cit., p. 568-569.

³⁰⁹ A rigor, nem mesmo nos processos individuais subsiste estrita separação entre fase de conhecimento e de cumprimento. Tome-se, a exemplo, a liquidação de sentença pelo procedimento comum (art. 509, II, do Código de Processo Civil de 2015), em que também se admite certo nível de cisão da cognição, inserindo-se atividade preponderantemente cognitiva em fase de execução. Essa constatação, entretanto, não afasta a percepção de que o modelo tradicional de processo pressupõe divisão entre a atividade de conhecimento, na qual se busca estabelecer um título que “declara o direito” em grau de certeza e irretratabilidade, e fase de execução, cujo início depende da existência de título (“*nulla executio sine titulo*”), e cuja atividade cognitiva será consideravelmente limitada.

³¹⁰ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**, Ob. Cit., p. 569.

Litígios estruturais, pois, dependem da relativização tanto da preclusão, quanto da coisa julgada, quanto da própria separação entre atividade cognitiva e atividade executória.

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Endereçamos neste capítulo as limitações trabalhadas no primeiro capítulo, para delinear que o *locus* próprio à solução de litígios complexos ou irradiados é o processo coletivo estrutural. Esse modelo processual guarda características que se opõem às do modelo processual tradicional e, para fim de síntese, podem ser definidas comparativamente: a) ao passo que o modelo processual tradicional pressupõe bilateralidade no litígio, com funções unitárias e bem delimitadas entre polo ativo e passivo, o modelo estrutural assumirá arranjo policêntrico de partes, com vários centros de interesses interligados e com distintas pretensões entre si, não necessariamente integralmente conflitantes; b) enquanto a tutela pretendida no processo tradicional tem viés *retrospectivo e episódico*, com objeto litigioso aprioristicamente definido, no processo estrutural se visa a reestruturação de um estado-de-coisas violador de direito, tarefa essencialmente prospectiva, enfocada no estabelecimento de um *programa* voltado ao intento reformatório, e dissociada tanto da racionalidade “vencedor leva tudo”, quanto da interligação violação-remédio.

Da operacionalização desse modelo decorrem numerosas implicações, e aqui buscamos traçar aquelas reputadas mais relevantes. A uma, o critério de titularidade do direito deve ser readequado para, na máxima medida possível, identificar com especificidade a sociedade afetada pela violação em seus distintos interesses e múltiplos focos de tensão. A duas, as ferramentas de participação direta e representação deverão ser repensadas para que a ampla conflitualidade inerente aos litígios irradiados seja adequadamente retratada dentre os subgrupos integrantes do processo, para que, a um só tempo, forneçam-se meios de participação, sobreleve-se qualitativamente o debate público instaurado, e se viabilize o deslinde do feito, sem que o arranjo processual se torne inoperável. A três, exigir-se-á certo nível de relativização do processo, especialmente no tocante ao princípio da demanda, à preclusão e à coisa julgada, para que se viabilize trazer ao Judiciário o conflito social em sua dinamicidade e complexidade próprias.

Persistem, nada obstante, as objeções opostas à atividade desenvolvida nesse modelo processual. Como enfatizado nas conclusões do segundo capítulo, a mera constatação de que nosso sistema admite a intervenção do Judiciário em estruturas burocráticas não indica que melhores resultados serão obtidos dessa interação. Ao passo que no presente capítulo se buscou fornecer um ferramental procedimental próprio aos litígios irradiados, o próximo capítulo se debruçará no meio de potencializar bons resultados através de processos estruturais.

4 A REFORMA ESTRUTURAL POR MEIO DO PROCESSO JUDICIAL – ESTRATÉGIAS, RISCOS E POSSIBILIDADES

Conquanto sob o aspecto teleológico o fim dos processos estruturais não se limite a litígios sobre políticas públicas, é inequívoco que nesse campo exurgirão os maiores litígios estruturais, tanto em dimensão quanto em complexidade. Outrossim, como enfatizado no segundo capítulo deste trabalho, a simples constatação de que a intervenção judicial em instituições sociais complexas é fator inegável em nosso sistema jurídico não a torna legítima, adequada ou desejável por si só.

Subsiste, pois, o questionamento pragmático sobre a capacidade das Cortes em gerar mudanças sociais relevantes. Essa indagação apresenta especial peso quando confrontada com uma demanda judicial com relevos tão peculiares quanto um processo estrutural. Há, afinal, vantagens em se adotar um meio de reestruturação social tão gravoso e complexo? Como se aferir a eficiência dessas medidas?

Este capítulo tem por finalidade, à guisa de conclusão, examinar brevemente o argumento sobre a possibilidade de as Cortes gerarem mudanças sociais relevantes, e, subsequentemente, descrever possíveis estratégias para potencializar o ganho social através de processos estruturais.

4.1 MUDANÇAS SOCIAIS ATRAVÉS DA ADJUDICAÇÃO

Ao passo que inequivocamente relevante como *marco* na história do constitucionalismo estadunidense, as decisões estruturantes proferidas na era dos direitos civis não são unanimidade em termos de eficiência.

Gerald Rosenberg desenvolveu em *“The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?”* um dos mais preeminentes trabalhos críticos à crença na Cortes “dinâmicas” como instituições centrais na produção de resultados sociais³¹¹. O livro examina, em especial, os casos *Brown v Board of Adjudication*³¹² e *Roe v Wade*³¹³, paradigmáticos na história da Suprema Corte estadunidense.

³¹¹ O autor denomina *“dynamic courts”* o modelo de adjudicação de viés ativista, em oposição às Cortes autocontidas (*“constrained courts”*), indicando estas como superiores àquelas em termos de resultados sociais.

³¹² Sobre o caso *Brown*, vide capítulo 3.1, acima.

³¹³ *Roe v Wade* (1973) é um dos mais importantes casos da história dos direitos civis estadunidenses. Trata-se de decisão paradigma da Suprema Corte daquele país sobre a constitucionalidade das legislações que criminalizavam ou limitavam o acesso ao aborto. Decidiu-se, nesse contexto, ser inconstitucional a limitação do aborto até o terceiro trimestre de gestação – momento a partir do qual

Rosenberg traça seu argumento essencialmente com base em dados estatísticos, para delinear quais os fatores que se sobrepõem como *causas* à mudanças sociais. Para tanto, examina as decisões sobre direitos civis *inseridas no contexto político*, sobrelevando que comumente os construtos judiciais convivem com medidas do Legislativo, do Executivo e da própria sociedade civil.

Para o autor, o caso *Brown* permite exame claro do nexo de causalidade entre a deliberação judicial e a mudança social pretendida, eis que entre os anos de 1954 e 1964 a Suprema Corte tomou fortes medidas contra o regime segregacionista, enquanto que o Congresso e o Executivo pouco fizeram; ao passo que após esse período estes Poderes passaram a agir enfaticamente, com a edição, em 1964, do “Civil Rights Act” pelo Legislativo, e do “Elementary and Secondary Act” (ESEA) pelo então presidente Lyndon Johnson, em 1965.

Destarte, acaso os resultados sociais adviessem *antes* de 1964, poder-se-ia constatar nexo causal entre estes e a decisão em *Brown*, ao passo que, sobrevivendo os resultados apenas após 1964, as reais diferenças seriam atribuíveis ao Congresso e ao Executivo³¹⁴.

Assim, trazendo dados levantados pela Comissão Estadunidense de Direitos Civis (“*U.S. Commission on Civil Rights*”), o autor afirma que, nada obstante importante impacto da decisão da Suprema Corte nas escolas primárias, nos anos subsequentes a 1964 houve drástico e exponencial aumento nas taxas de dessegregação, que se desenvolviam parcamente até então³¹⁵.

Examinam-se na obra, ainda, dados temporais concernentes ao *impacto* da segregação na educação superior, no direito ao voto, no transporte intra e interestadual, em locais públicos e privados e no direito à moradia, indicando-se as

legislações estaduais poderiam estabelecer restrições à prática. Essa decisão foi objeto de amplo debate nacional e de reavaliações em casos posteriores – muitos autores afirmam que a Suprema Corte causou espécie de reação contrária (“*backlash*”) ao decidir o tema à despeito do amplo questionamento social existente. Para um exame sobre o contexto da decisão, seus argumentos contrários e favoráveis, vide: GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Before (and After) *Roe v. Wade*: New Questions About Backlash. *Yale Law Journal*, vol. 120, 2011. p. 2028-2087.

³¹⁴ “*The decade from 1954 to 1964 provides close to an ideal setting for measuring the contribution of the courts vis-à-vis Congress and the executive branch in desegregating public schools. For ten years the Court spoke forcefully while Congress and the executive did little. Then, in 1964, Congress and the executive branch entered the battle with the most significant piece of civil rights legislation in nearly ninety years. In 1965, the enactment of ESEA made a billion dollars in federal funds available to school districts that, in accord to Title VI, did not discriminate. This history allows one to isolate the contribution of the courts. If the courts were effective in desegregating public schools, the results should show up before 1964. However, if it was Congress and the executive branch, through the 1964 Civil Rights Act and 1965 ESEA, that made the real difference, then change would occur only in the years after 1964 or 1965*” (ROSENBERG, Gerald. Ob. Cit., p. 49).

³¹⁵ *Ibidem*, p. 52.

medidas judiciais, legislativas e administrativas efetivadas no período³¹⁶. Em todos os casos, para Rosenberg, as decisões judiciais pouco contribuíram para a efetiva mudança social. Afirma o professor, em nota conclusiva sobre a influência das Cortes na dessegregação³¹⁷:

“O uso das cortes no movimento dos direitos civis é considerado o paradigma de uma estratégia bem-sucedida para mudanças sociais. A perspectiva das Cortes Dinâmicas é largamente baseado nele. Todavia, um exame acurado revela que antes de o Congresso e o Executivo agirem, cortes desempenharam virtualmente *nenhum efeito direto* no fim da discriminação nos campos-chave da educação, voto, transporte, hospedagem e locais públicos, e moradia. Decisões corajosas e louváveis foram fornecidas, e nada mudou. Apenas quando o Congresso e o Executivo agiram em paralelo com as cortes ocorreram mudanças nesses campos. Em termos de eficiência judicial, então, *Brown* e sua prole suportam a proposição de que cortes são impotentes para produzirem reforma social significante”.³¹⁸

Conquanto não a repute *absolutamente* ineficaz, para Rosenberg a capacidade do Judiciário em produzir mudanças sociais relevantes estaria submetida a *superação de determinados obstáculos* - falta de apoio político, clima político-social desfavorável e ausência de poderes de implementação da decisão³¹⁹ -, e, destarte, apenas apresentaria atuação significativa quando já presentes as condições sociais e políticas próprias à transformação pretendida.

A crítica ora delineada, de fato, comunica-se com aquelas já retratadas no segundo capítulo. Há aqui, porém, maior grau de especificidade: questiona-se se, de fato, um processo estrutural (*como Brown*) é capaz de produzir resultados concretos. Rosenberg, de certo modo, indica resposta positiva, *porém condicional*, a esse questionamento.

³¹⁶ Por exceder o escopo deste trabalho, a especificidade dos dados colhidos por Rosenberg não será transcrita. Para acesso às informações em sua integralidade, vide: ROSENBERG, Gerald. Ob. Cit., p. 43-71.

³¹⁷ Delimita-se a análise aqui à questão da dessegregação porque representativa tanto da história da judicialização dos direitos civis, quanto do argumento crítico desenvolvido por Rosenberg. Outras conclusões foram obtidas pelo autor, a exemplo, no caso *Roe v. Wade*, em que houve grau de sucesso relativamente maior. Também outros casos (ambientais, de gênero, etc.) foram examinados no mencionado livro. A análise do livro em sua integralidade, nada obstante, excederia o escopo do exame ora pretendido.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 71, tradução livre. No original: “*The use of courts in the civil rights movement is considered the paradigm of a successful strategy for social change. The Dynamic Court view is largely based on it. Yet, a closer examination reveals that before Congress and the executive branch acted, courts had virtually no direct effect on ending discrimination in the key fields of education, voting, transportation, accommodation and public places, and housing. Courageous and praiseworthy decisions were rendered, and nothing changed. Only when Congress and the executive branch acted in tandem with the courts did change occur in these fields. In terms of judicial effects, then, Brown and its progeny stand for the proposition that courts are impotent to produce significant social reform*”.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 72-93.

Essa conclusão, todavia, não nos parece ao todo precisa. Em primeira análise, é preciso ressaltar que relações causais nas ciências sociais normalmente não se apresentam de modo linear, tampouco podem ser adequadamente apreendidas por conceitos estreitos de “impacto”³²⁰.

Em segunda análise, é preciso que a própria concepção de “eficiência” ou “sucesso da medida” sejam inseridas no contexto de litígios de elevado grau de complexidade e conflituosidade. A esperança a se depositar num processo estrutural, tal qual em qualquer outra medida adotada por instituições públicas, não deve partir de *maximização irrealista*, mas de limites *factíveis* diante da conjuntura sócio-política em que se insere³²¹. Não é adequado, afinal, exigir para o preenchimento critério de “eficiência” que o problema seja integralmente resolvido inopinadamente e de modo autônomo pela Corte – afinal, como já enfatizado nas conclusões parciais do segundo capítulo, a concretização de valores públicos não se dá com uma “bala-de-prata” institucional, mas através de um *processo contínuo* de aprimoramento que perpassa pela coparticipação de ambos os Poderes e da sociedade civil.

A três, não se pode ignorar que processos estruturais agem também como *desestabilizadoras do status quo*, operando como um passo inicial na direção de um novo estado-de-coisas, trazendo à público o debate sobre a violação de direitos existente e gerando o *empoderamento* da sociedade envolvida no litígio com a prolação da decisão estrutural.

Por fim, e não menos relevante, vez mais cabe enfatizar que a avaliação da eficiência da intervenção judicial não pode ser avaliada “no vácuo”, mas em relação às alternativas plausíveis³²². Se por um lado é evidente que o potencial transformador do processo estrutural é diretamente proporcional às condições sócio-políticas em que está inserido, por outro lado *nenhuma* eficácia será obtida da passividade institucional. Como ressaltado no capítulo segundo, não raro a necessidade de decisões estruturais decorrerá precisamente de *ações* ou *omissões* violadoras de direitos fundamentais

³²⁰ Nesse sentido: PAVONE, Tommaso. Beyond The Hollow Hope: The Promise and Challenges of Studying Gradual Sociolegal Change. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/6463/9f39a818ea8267a23b7e637c52a598df1c75.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

³²¹ FERRARO, Marcella Pereira. Ob. Cit., p. 89.

³²² “The more pragmatic approach to law and social change, however, suggests that the limits of litigation cannot be assessed in a vacuum. (...) What the recent literature suggests, therefore, is that the effectiveness of litigation in any given situation depends on a range of complex, contextual factors, and must be evaluated in relation to plausible alternatives” (CUMMINGS, Scott L; RHODE, Deborah L. Public Interest Litigation: Insights From Theory and Practice. p. 612-613. **Fordham Urban Law Journal**, vol. 36, 4, 2009. p. 612-613).

advindas dos próprios Poderes Públicos, circunstância na qual, em regra, a única alternativa possível será a via judicial. O cerne da discussão, pois, residirá em *como* potencializar a eficácia de decisões estruturais.

4.2 ESTRATÉGIAS DE DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO ESTRUTURAL

Tanto do ponto de vista legislativo, quanto teórico, não há um procedimento próprio e único aos processos estruturais, mas diversas experiências, com distintas abordagens, em torno de um mesmo fim. Como destaca Susan Sturm, a tutela jurisdicional nos litígios complexos é uma prática em busca de uma teoria³²³, e, nesse contexto, traçar as possíveis estratégias para o deslinde de litígios estruturais assume relevo.

A tipologia aqui traçada se pautará nas possíveis condutas do juiz para formular, implementar e controlar medidas de reestruturação de instituições sociais violadoras. Tratar-se-á, por evidente, de tipos-ideais, sem necessária correlação *estricta* para com a realidade, mas que nela têm sua base. Subdividimos esses “modelos” de processo estrutural em *impositivo*, *deferente* e *deliberativa*³²⁴.

4.2.1 Estratégia impositiva

Métodos impositivos trazem a figura do juiz ao centro do processo estrutural, sendo a medida estruturante estabelecida pelo próprio órgão jurisdicional, seja a partir de sua própria percepção sobre as necessidades do caso, seja através da ajuda de um *expert* nomeado pelo Juízo. Se informações adicionais forem necessárias para a formulação da medida, o próprio órgão judicial tomará as providências para busca-las.

³²³ “The remedial process in public law litigation is a practice in search of a theory. Courts are actively engaged in attempting to remedy violations of constitutional and statutory norms in complex organizational settings. The traditional adversary conception of adjudication has proven inadequate to the task of structuring remedies and promoting compliance in these settings. (...). The courts, however, lack a normative theory to structure and legitimate the role of remedial process in public law litigation” (STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies, Ob. Cit., p. 1357-1358).

³²⁴ Essa subdivisão se comunica com diversas outras, mas não reproduz nenhuma delas. A exemplo, Susan Sturm subdivide as formas de tutela de litígios de interesse público em *aderentes ao modelo tradicional*, *modelo de barganha*, *modelo administrativo ou legislativo*, *modelo de formulação por experts*, *modelo consensual* e *modelo deliberativo* (A Normative Theory of Public Law Remedies, Ob. Cit., *passim*). Marcella Pereira Ferraro subdivide as estratégias dos processos estruturais em modelo de comando-e-controle e modelo experimentalista (Ob. Cit., *passim*). Outras estratégias específicas são enfatizadas, ainda, por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (*modelo estrutural-dialógico*), Edilson Vitorelli (*modelo de “town meeting”*), dentre outros.

A conduta do juiz, aqui, aproxima-se a de um administrador judicial, empregando postura ativista e gerencial. Essa postura também é denominada por Susan Sturm “juiz diretor”³²⁵.

Sturm exemplifica essa forma de conduzir com o caso de reforma prisional *Pugh v. Locke*: após delongada instrução, o juiz proferiu decisão determinando detalhadamente quais seriam as condições a serem desenvolvidas no dia-a-dia do estabelecimento prisional. A ordem judicial foi formulada unilateralmente pela corte, sem participação significativa das partes em seu detalhamento, e se baseou nas evidências encontradas na fase probatória.³²⁶

Técnica similar é a indicação pela Corte de *special master* para formulação autônoma de plano de reestruturação, outorgando-se ao *expert* amplos poderes de consulta e instrução. Tentativa congênere foi realizada no caso *Hart v. Community School Board of Brooklyn*³²⁷.

Estratégias impositivas apresentam algumas vantagens: a uma, viabiliza-se *simplificações procedimentais*, com considerável redução da complexidade do processo. A duas, supera-se eventuais indisposições dos envolvidos para o desenvolvimento da solução. A três, o estabelecimento *especificado* de plano de ação facilita o controle de seu cumprimento e do atingimento das metas judicialmente estabelecidas. A quatro, sobreleva-se o compromisso *do juiz* para com a proteção do valor público subjacente à decisão.

Por outro lado, numerosos prejuízos também são encontrados nesse modelo decisório. O primeiro e mais evidente é a *falta de capacidade institucional* para adequadamente decidir questões de alta complexidade técnica. À medida que se sobreleve esse fator, menos viável será a formulação unilateral do plano, tornando a decisão em mandamento impraticável.

A segunda dificuldade decorre da *considerável redução da participação* dos envolvidos no litígio³²⁸. O tolhimento da participação da sociedade afetada e das

³²⁵ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: Strategies of judicial interventions in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 138, 1990. p. 851-852.

³²⁶ Ibidem, p. 853-854.

³²⁷ A Normative Theory of Public Law Remedies, Ob. Cit., 1372. O *master*, nesse caso, foi nomeado com o fim de desenvolver plano de desegregação do ambiente escolar através da *mobilização de um consenso* social. Para tanto, reuniu-se continuamente com a sociedade afetada e com as autoridades responsáveis, e, ao final, baseado nas pesquisas e consultas realizadas, entregou o plano ao juízo. A Corte, então, submeteu o documento aos grupos afetados, que rejeitaram a proposta. Diante disso, a Corte rejeitou o plano do *expert* e determinou ao próprio sistema escolar que definissem um plano de desegregação.

³²⁸ STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. Ob. Cit., p. 1413.

instituições violadoras tende a minorar a legitimidade democrática do órgão jurisdicional pela *falta de engajamento no diálogo*³²⁹, e, nessa medida, reduz a aderência sócio-política à decisão estruturante³³⁰.

Não bastante, a formulação impositiva pelo juiz faz reunir, em um só agente, as funções de *desenvolver e avaliar a adequação* do plano de reestruturação. Essa cumulação de funções traz riscos à imparcialidade do órgão julgador quando do exame dos resultados práticos da decisão por si estruturada³³¹.

4.2.2 Estratégia deferente

Posturas deferentes em processos estruturais trazem as partes ao protagonismo da implementação da reforma. Essa conduta tanto pode se efetivar mediante *delegação* da formulação do plano de reestruturação à própria instituição violadora, quanto através da adoção de acordos celebrados entre instituição e grupos afetados.

A delegação do plano de reestruturação aos próprios entes violadores foi utilizada em *Holt v. Sarver*, um dos casos mais célebres da era dos direitos civis nos Estados Unidos³³², no qual se buscou desenvolver a cessação de estado-de-coisas inconstitucional no sistema prisional do Estado do Arkansas³³³. *Holt* foi *class action* ajuizada por detentos do complexo prisional *Cummins* em face do então chefe da Comissão de Correções Robert Sarver, com o fim de questionar o caráter cruel e incomum do confinamento em solitária, a negativa de tratamento médico e dentário aos internos, e a incapacidade do Estado em proteger a vida e integridade física dos detentos, em violação a seus direitos fundamentais³³⁴.

Embora reconhecendo o dever do Estado de resguardar a vida e integridade dos detentos, e a existência de condições degradantes do sistema prisional, a

³²⁹ A mensuração da legitimidade a partir do engajamento no diálogo será melhor abordada no capítulo quarto, subitem terceiro, deste trabalho.

³³⁰ Ainda que se recorra ao *special master* a fim de superar a dificuldade da falta de capacidade institucional para deliberar sobre assuntos tecnicamente complexos, a falta de legitimidade democrática persistirá – talvez, nesse caso, em maior grau.

³³¹ STURM, Susan. *A Normative Theory of Public Law Remedies*. Ob. Cit., p. 1413.

³³² A rigor, *Holt* não é “um” caso, mas um conjunto de demandas que tramitaram entre 1969 e 1982: *Holt v. Sarver I*, *Holt v. Sarver II*, *Holt v. Hutto*, *Finney v. Arkansas Board of Corrections*, *Finney v. Hutto* e *Finney v. Marbry* (VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. Processos Estruturais*. Ob. Cit., p. 305).

³³³ *Ibidem*, p. 305.

³³⁴ *Ibidem*, p. 317.

sentença apenas estabeleceu “sugestões” de caráter genérico aos agentes responsáveis. Assim procedeu por confiar no esforço da administração pública em reorganizar o sistema, bem como na autonomia do Poder Executivo para conformar seu sistema prisional e na limitação orçamentária existente. Consignou-se na decisão que “a Corte não tomará essa oportunidade para prescrever quaisquer passos específicos e imediatos a serem tomados pelo requerido. A Corte deseja primeiramente saber o que o requerido pensa que pode fazer, e o que ele pretende se comprometer em fazer”³³⁵.

A adoção de acordos coletivos para o fim de promover a reforma institucional também é estratégia amplamente utilizada no contexto norteamericano³³⁶. Esse método foi empregado na desegregação étnica em escolas, melhoria de condições em prisões³³⁷, readequação de instituições psiquiátricas públicas³³⁸, regulamentação do descarte de lixo tóxico³³⁹, eliminação de exames trabalhistas considerados discriminatórios³⁴⁰, expansão de programas de educação especial e reformulação de planos de zoneamento urbano.³⁴¹ Em realidade, a utilização de “*consent decrees*”

³³⁵ “The Court will not undertake at this time to prescribe any specific immediate steps to be taken by Respondent. The Court would like to know first what Respondent thinks that he can do, and what he is willing to undertake to do”. 300 F. Supp. 825 (1969). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 16 mar. 2018.

³³⁶ A rigor, a utilização de acordos como meio de solução de litígios é elemento recorrente no sistema processual norteamericano, no qual é “lugar comum” a afirmação de que “a maior parte dos casos termina em acordo”. Embora não haja dados empíricos exatos, estima-se que mais de setenta por cento dos processos judiciais sejam resolvidos mediante transação. A mesma assertiva costuma ser afirmada no contexto das ações coletivas - “*most class actions settle*” (ROQUE, André Vasconcelos. **Ações Coletivas nos Estados Unidos: O que podemos aprender com elas?**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 346-348).

³³⁷ A exemplo, Benjamin v. Malcolm, 564 F. Supp. 668 (S.D.N.Y. 1983), demanda ajuizada em 1975 com o fim de fazer cessar as condições de violação de direitos presentes no sistema prisional de *Rikers Island*, em Nova Iorque.

³³⁸ Em *New York State Association for Retarded Children v. Carey*. 706 F. 2d 956. Menciona-se: “This appeal, on first view, might be thought to involve the power of a federal court to order a state facility for the retarded to hire additional staff at expense to the public in order to meet court-imposed requirements. Upon further analysis, however, the appeal is from a limited order appurtenant to a rather complex organizational structure for the operation of the facility. The structure itself was established by the parties in a Consent Judgment settling the original proceeding in this litigation after a preliminary injunction granted by the United States District Court for the Eastern District of New York” (Disponível em: <https://openjurist.org/596/f2d/27/new-york-state-association-for-retarded-children-inc-v-l-carey>. Acesso em: 16 mar. 2018).

³³⁹ Vide *Citizens for a Better Environment v. Gorsuch*.

³⁴⁰ Exemplifica-se com *Luévano v. Campbell* [93 F.R.D. 68 (D.D.C. 1981)], caso questionando o exame denominado “PACE” (*Professional and Administrative Career Examination*), que servia como critério de avaliação para fins empregatícios. Após perceberem elevada discrepância nos níveis de aprovação de candidatos brancos, candidatos afro-americanos e latinos suscitaram à Corte possível caráter *tendencioso* do exame. Em 1981 celebrou-se acordo para extinguir o teste e, em seu lugar, desenvolver exames específicos para cada emprego pretendido.

³⁴¹ Sobre o tema, vide: Harvard Law Review Association. *The Modification of Consent Decrees in Institutional Reform Litigation*. **Harvard Law Review**, vol. 99, 1986. p. 1020.

para formulação de planos de reestruturação se iniciou na própria execução de *Brown*, especialmente em *Brown II* – e muitos dos acordos de segregação remanescem eficazes até hoje³⁴².

Ambos os métodos deferentes acima retratados se revelam aptos a solucionar alguns dos obstáculos postos pela *legitimidade e capacidade institucional* do órgão jurisdicional. Sob o aspecto da legitimidade democrática, especialmente no tocante ao controle jurisdicional de políticas públicas, a delegação do plano de reestruturação, seja às partes, seja às próprias instituições violadoras, *reduz* o grau de intervenção do Judiciário sobre a atividade legislativa e executiva, remetendo-se aos órgãos cuja legitimidade é “*mais evidente*” a tarefa de readequar suas condutas. Assegura-se, ademais, a manutenção da imparcialidade do juiz.

Pela mesma razão se reduzem as barreiras impostas pela assimetria de informação por parte do julgador, eis que a entidade que *tipicamente* exerce a gestão da organização - e, portanto, detém maior conhecimento sobre sua atividade, suas possibilidades e limitações³⁴³ – será responsável pela apresentação do plano, seja por si só, seja em conjunto com os afetados pelo dano.

Também sob o aspecto pragmático há vantagens relativas à celeridade e redução dos custos para elaboração da solução. Para as instituições e ao Poder Público, ademais, evitam-se desgastes de suas imagens públicas e se viabiliza maior alinhamento de interesses para com a sociedade afetada³⁴⁴.

O primeiro obstáculo a esse modelo será alcançar a cooperação das partes. Nem sempre a instituição violadora estará comprometida com a cessação do estado-de-coisas violador, tampouco há garantia de que os grupos afetados estarão interessados na autocomposição. Para o caso de delegação do plano ao agente violador, comumente se empregam métodos “indutivos” da colaboração – a exemplo da multa cominatória³⁴⁵. Para atingir acordos entre as partes, é possível a designação de audiências de conciliação ou a submissão do litígio a órgãos de conciliação e mediação³⁴⁶. Mesmo em se empregando esses meios indutivos, contudo, não há garantia de cooperação dos interessados.

³⁴² RENDLEMAN, Doug. *Brown II's "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid- Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?*. **San Diego Law Review**, vol. 41, 2004. p. 1608.

³⁴³ STURM, Susan. *A Normative Theory of Public Law Remedies*. Ob. Cit., p. 1414.

³⁴⁴ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle judicial de políticas públicas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 241-242.

³⁴⁵ STURM, Susan. *A Normative Theory of Public Law Remedies*. Ob. Cit., p. 1368.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 1368.

Para além disso, a participação da sociedade afetada sobre a medida estará também prejudicada. No primeiro caso (*delegação à instituição*), pouca ou nenhuma influência será exercida pelos titulares do direito, o que tornará a medida menos aderente aos efetivos interesses dos grupos afetados e, portanto, potencialmente menos eficaz. No segundo caso (*acordo entre as partes*), subsiste o risco de que, sobretudo em litígios de elevada conflitualidade, interesses de determinados grupos sejam ignorados³⁴⁷.

Por fim, posturas deferentes tendem a limitar a capacidade do juiz em avaliar a justiça das medidas propostas, por desconhecer as razões que determinaram sua adoção³⁴⁸, circunstância que reduz a aptidão do órgão judicial em colaborar para o atingimento de bons resultados.

4.2.3 Estratégia deliberativa ou de “*town meeting*”

O modelo deliberativo³⁴⁹ busca, essencialmente, fomentar o diálogo ampliado com a instituição violadora e com a sociedade impactada, similarmente à atividade de órgãos administrativos ou legislativos. Haverá, aqui, centralismo do juiz (ou de eventual *terceiro* por ele nomeado)³⁵⁰ para a construção da tutela, delimitando as questões relevantes, dirigindo a atividade probatória e promovendo a participação dos grupos afetado (especialmente aqueles avessos à medida tomada). Esse modelo também é denominado “*town meeting*”³⁵¹.

Estratégia congênere foi empregada no caso estrutural argentino “*Mendoza, Beatriz y ots. c/ Estando Nacional y ots.*”. *Mendoza* é o litígio estrutural mais complexo da Argentina, e versa sobre problema ambiental e social profundo, com raízes no início do século XIX³⁵². Trata-se de conflito envolvendo a poluição ambiental da bacia

³⁴⁷ Ibidem, p. 1415.

³⁴⁸ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. Ob. Cit., p. 561-562.

³⁴⁹ Embora coincidentes as nomenclaturas, não há correlação integral entre o tipo-ideal aqui descrito e o modelo proposto por Susan Sturm (“*deliberative model of public decisionmaking*”), inobstante alguns de seus caracteres sejam adotados.

³⁵⁰ Sobre a possibilidade de nomear *special master* para esse fim, vide VITORELLI, Edilson. Ob. cit. p. 526-530.

³⁵¹ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **UCLA Law Review**, Vol. 25, 1977. p. 257; VITORELLI, Edilson. Ob. Cit., p. 531.

³⁵² VERBIC, Francisco. **El remedio estructural de la causa “Mendoza”**: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. Disponível em: https://www.academia.edu/5510100/El_remedio_estructural_de_la_causa_Mendoza_.Antecedentes_principales_caracter%C3%ADsticas_y_algunas_cuestiones_planteadas_durante_los_primeros_tres_a%C3%B1os_de_su_implementaci%C3%B3n. Acesso em: 16 mar. 2018. p. 4.

Matanza-Riachuelo, cuja superfície total é de aproximadamente 2.250 km², região em torno da qual residem mais de cinco milhões de pessoas, aproximadamente 13% de toda a população do país³⁵³. Dessa população, mais da metade vive em condições precárias de saneamento, muitas delas em assentamentos às margens do rio. Há, ainda, mais de dezenove mil empresas nessa zona. A bacia de Matanza-Riachuelo é conhecida por sua profunda contaminação, que desde 1871 já era descrita como “rio sem cor nem odor de água”³⁵⁴.

Algumas tentativas governamentais de solução foram empregadas, a exemplo da criação do “*Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo*” (em 1995), voltado à implementação de um plano de gestão ambiental e recuperação da área, porém sem sucesso³⁵⁵.

Mendoza foi ajuizada originariamente na “*Corte Suprema de Justicia de la Nación*” (CSJN) por um grupo de pessoas que vivia na zona contaminada contra o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e quarenta e quatro empresas daquele local. Buscava-se, em suma, reparar os danos e prejuízos ambientais, criar um fundo público para reparação de danos individuais homogêneos, determinar ao Poder Executivo reativar e continuar a execução do plano de gestão ambiental e recuperação e implementar medidas urgentes para atender a saúde da população.³⁵⁶

Em sua primeira decisão (de 20/06/06), a CSJN delimitou sua competência às matérias que dissessem respeito ao “*daño de incidencia colectiva*”, afastando as pretensões de reparação individual. Na mesma oportunidade, ressaltou que a formulação inicial não continha informação adequada para fundamentar o pedido dos autores. Essa falta de informação, contudo, não determinou o indeferimento do pleito - pelo contrário, a Corte decidiu assumir papel ativo na instrução e ordenação do feito, determinando: (i) que as empresas demandadas prestassem informações sobre diversos aspectos relacionados ao caso; (ii) que Estado Nacional, Província e Cidade Autônoma e Conselho Federal do Meio Ambiente apresentassem plano integrado contemplando atividades orientadas à solução do conflito; (iii) a convocação de audiência pública para que as partes informassem oralmente à Corte sobre o plano

³⁵³ Ibidem, p. 5.

³⁵⁴ Ibidem, p. 4-5.

³⁵⁵ Ibidem, p. 5-6.

³⁵⁶ Ibidem, p. 6.

integrado; e (iv) oportunizar aos demandantes *mejorar* seu petitório através do aporte das informações faltantes, a fim de viabilizar o adequado prosseguimento do feito³⁵⁷.

Outras medidas foram tomadas para resolver pedidos de intervenção de terceiros – ao cabo, o “polo ativo” passou a ser integrado por quatorze indivíduos afetados, o “*Defensor del Pueblo de la Nación*” e quatro associações civis, ao passo que o “polo passivo” passou a incluir quatorze outros municípios da Província³⁵⁸.

As audiências públicas foram regulamentadas, estabelecendo-se seu objeto e as formas de apresentação das propostas, e novas delas foram marcadas para avaliar o impacto das medidas tomadas pela administração pública até então. Meses após, percebendo ainda carecer de elementos de informação suficientes para o deslinde do caso, a CSJN determinou a intervenção da Universidade de Buenos Aires para que examinasse os pontos do plano integrado apresentado pelas instituições demandadas, observando e recomendando o que reputasse necessário. Uma vez apresentado o relatório da Universidade, nova audiência pública foi convocada para que os interessados apresentassem seus pontos.³⁵⁹

Após delongada instrução, a Corte proferiu decisão determinando a tomada de diversas medidas para recompor o meio-ambiente e evitar a continuidade dos danos. A CSJN expressamente ressaltou que sua decisão tinha caráter *prospectivo* e, portanto, delimitava-se a fixar critérios gerais para atingir a tutela buscada, como um *programa* voltado ao estabelecimento de *comportamentos específicos e tecnicamente pautados, identificação dos sujeitos obrigados ao cumprimento das medidas, e definição de índices objetivos que permitam o controle dos resultados*. Para além das medidas específicas de reparação do dano ambiental, determinou-se ainda a criação de meios de comunicação e informação sociais, para permitir à população controlar o cumprimento das medidas e auxiliar no desenvolvimento do plano.³⁶⁰

³⁵⁷ Ibidem, p. 7.

³⁵⁸ Ibidem, p. 9-10.

³⁵⁹ Ibidem, p. 7-8.

³⁶⁰ Ibidem, p. 13. As medidas especificamente determinadas pela Corte foram, segundo Verbic: “(i) *Tres objetivos simultáneos a cumplir, consistentes en la mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca, la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos), y la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.* (ii) *La obligación de organizar un sistema de información pública digital vía internet ‘para el público en general’, que de modo concentrado, claro y accesible contenga todos los datos actualizados que habían sido solicitados en una resolución anterior.* (iii) *En materia de contaminación de origen industrial, la obligación de realizar inspecciones en todas las empresas radicadas en la cuenca Matanza-Riachuelo, identificar aquellas que se consideren agentes contaminantes, intimar a todas las empresas identificadas como agentes contaminantes para que presenten a la autoridad competente el correspondiente plan de tratamiento, considerar y resolver – por parte dela ACUMAR- la viabilidad de dichos planes de tratamiento, ordenar a las empresas que no hayan obtenido aprobación de un plan el cese de su actividad contaminante,*

Após estabelecidas as *normas gerais* pela CSJN, delegou-se o cumprimento da decisão ao Juízo Federal de Primeira Instância de Quilmes, autorizando-o também a tomar as medidas necessárias para assegurar a concretização do programa. Essa delegação decorreu, essencialmente, da inequívoca complexidade de tramitação do feito, da necessidade de controlar a agenda da Corte Suprema, e sobretudo da busca de uma relação imediata entre a magistratura e as partes. Também ficou o juiz de primeira instância encarregado de controlar as decisões tomadas pela ACUMAR, entidade da administração pública especialmente criada para viabilizar a despoluição da região³⁶¹.

Embora não tenha sido integralmente solucionado, o dano ambiental foi substancialmente reduzido, investindo-se cerca de cinco bilhões de dólares para a melhoria das condições do local³⁶².

Como visto, essa estratégia de desenvolvimento do processo estrutural é enfocada no amplo diálogo com a sociedade afetada e as entidades violadoras, visando elaborar decisões pautadas, à máxima medida, em *consensos* e *construções sociais* traçados em cenário de colaboração. Haverá, ao certo, envolvimento consideravelmente maior da Corte no litígio e no próprio cotidiano da instituição. Essa

adoptar medidas de clausura o traslado, poner en conocimiento de las empresas las líneas de créditos existentes y disponibles a tales efectos, presentar en forma pública -actualizada trimestralmente- informes sobre el estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire de la cuenca, presentar – también en forma pública, detallada y fundada- un proyecto de reconversión industrial y relocalización en el marco del Acta Acuerdo del Plan de acción conjunta para la adecuación ambiental del polo petroquímico de Dock Sud, y finalmente presentar en forma pública el estado de avance y estimación de plazos de las iniciativas previstas en un Convenio Marco suscrito para ser ejecutado en el contexto de la cuenca. (iv) En materia de saneamiento de basurales, el deber de asegurar la ejecución de las medidas necesarias para impedir que se sigan volcando residuos en los basurales - legales o clandestinos- que serán cerrados, para implementar el programa de prevención de formación de nuevos basurales a cielo abierto presentado ante la Corte en el marco de la causa, para erradicar las habitaciones sobre los basurales e impedir la instalación de nuevas. Asimismo, debe ordenar la erradicación, limpieza y cierre de todos los basurales ilegales relevados por la ACUMAR, y concretar el plan de Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos (GIRSU) presentado ante la Corte. (v) Con relación a la limpieza de márgenes de río, la obligación de informar ‘en forma pública, de modo detallado y fundado’ sobre la finalización de la etapa de desratización, limpieza y desmalezado de cuatro sectores específicos que habían sido individualizados en el plan presentado por los demandados, así como también sobre el avance de las obras públicas para transformar la ribera en un área parqueada. (vi) En lo que hace a las tareas de expansión del servicio de agua potable, desagües pluviales y saneamiento cloacal, establece la obligación de informar sobre el plan de ampliación de las obras de captación, tratamiento y distribución a cargo de AySA (Aguas y Saneamientos Argentinos) y del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (Enohsa), así como también sobre el plan de obras respecto de las últimas dos cuestiones. (vii) Por último, el programa contiene un mandato dirigido a establecer un plan sanitario de emergencia habida cuenta el incumplimiento de diversos informes que fueran solicitados en el curso del proceso”.

³⁶¹ Ibidem, p. 16.

³⁶² Ibidem, p. 30. O valor despendido pela administração pública foi indicado por Francisco Verbic em conferência apresentada no Seminário de Processo Civil em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 7 de novembro de 2017.

forma de desenvolver a tutela jurisdicional em muito se assemelhará ao estágio de consulta em processos administrativos ou legislativos, com ampla participação dos envolvidos no litígio.³⁶³

Há vantagem nesse modelo sob o enfoque da *legitimidade democrática*, eis que seu modo de operacionalização potencializa tanto a participação ampla das instituições contra quem serão impostas medidas reformatórias, quanto empodera a sociedade como agente de influência na construção do mandamento³⁶⁴. A participação cidadã, para além de produzir efeitos positivos periféricos (*como a reunião da sociedade afetada em torno de um ideal comum e a maior aceitação social das deliberações*³⁶⁵), também auxilia no controle do cumprimento e eficiência das medidas estruturantes.

Também eventuais assimetrias na capacidade institucional da Corte são suplantadas pelo diálogo e participação retratados – tome-se, a exemplo, o amplo recurso a audiências públicas, participação das instituições responsáveis e de entidades sociais (como a Universidade de Buenos Aires) no caso Mendoza como fator de potencialização do conhecimento da Corte sobre as especificidades do caso.

Por outro lado, essa forma de deliberar toma recursos notadamente maiores quando comparada com as estratégias impositiva e deferente. Requer-se, aqui, mais tempo, mais dinheiro público e privado, mais agentes envolvidos tanto para a formulação quanto para o controle das medidas, e, sobretudo, um grau de comprometimento extremado do juiz – o que nem sempre será factível, máxime diante da sempre presente necessidade de dar vazão às demandas que abundam em nossas Cortes.³⁶⁶

4.3 O DEVER DE DIÁLOGO AMPLIADO COMO NORTE DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL NOS PROCESSOS ESTRUTURAIIS

Processos estruturais são, em essência, *forma* de deliberar sobre litígios irradiados, especialmente útil aos litígios sobre políticas públicas, que carrega desenho procedimental próprio e distante do *modelo tradicional*.

³⁶³ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. Ob. Cit., p. 525-526.

³⁶⁴ VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estructural em la República Argentina. **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 81-82.

³⁶⁵ VITORELLI, Edilson. Ob. Cit., p. 553.

³⁶⁶ Ibidem, p. 576-577.

A implementação dessa forma de tutela jurisdicional, contudo, carrega consigo seus custos *econômicos, institucionais e culturais*. Processos estruturais demandam mais recursos do Poder Judiciário, sobrelevam a complexidade da atividade, exigem mais tempo e maior grau de comprometimento das partes e do juiz, e, sobretudo, requerem profundo repensar da própria cultura e ensino jurídicos³⁶⁷.

Também é essencial pontuar que, de fato, não basta a constatação pragmática de que *há intervenção judicial* em estruturas sociais complexas, pois disso não decorre que resultados legítimos e praticáveis serão alcançados pelo processo estrutural. E por mais que se conceba que em um contexto institucional dialógico, que cada “última palavra” é provisória, nenhuma vantagem há em uma sucessão de medidas judiciais, legislativas e administrativas inócuas.

Destarte, é certo que a proposição de remodelamento da forma clássica de tutela processual deve carregar em si alguma pretensão epistêmica, seja dizer, a convicção de que o modo de decidir (*input*) tem maior probabilidade de gerar melhores resultados (*output*)³⁶⁸.

Importa, nesse contínuo, buscar reduzir eventuais deficiências da atuação judicial em processos estruturais. Para tanto, retoma-se aqui o cerne das limitações do Poder Judiciário ao intervir em estruturas sociais complexas, especialmente no campo das políticas públicas, expostas no segundo capítulo deste trabalho.

Primeiramente, sob o aspecto da *falta de legitimidade democrática*, há a preocupação de que o Poder menos identificado com a “vontade popular” intervenha em decisões politicamente sensíveis. Segundamente, sob o aspecto da *capacidade institucional*, questiona-se a aptidão do órgão jurisdicional para lidar com litígios complexos, sobretudo em razão de suas limitações de tempo, expertise, assimetria de informações e incapacidade de antever *efeitos sistêmicos* de suas decisões.

De fato, a *legitimidade democrática* do Poder Judiciário não é mensurada pelo *princípio majoritário*, mas pelo próprio processo decisório: o comprometimento do juiz em *dialogar e justificar* suas decisões a partir dos múltiplos interesses expostos é a derradeira fonte de legitimidade judicial, eis que apenas mediante *engajamento no diálogo* se potencializa sua capacidade de interpretar e dar significado concreto a

³⁶⁷ FERRARO, Marcella Pereira. Ob. Cit., p. 78.

³⁶⁸ Análoga é a observação de Mendes no âmbito da *judicial review* (MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 162).

valores públicos³⁶⁹. A legitimidade democrática do órgão jurisdicional, destarte, se tornará mais vigorosa à medida que se sobreleve o compromisso com o diálogo.

Sob o aspecto da *capacidade institucional*, tanto assimetrias de informação e expertise técnica e quanto a falta de conhecimento dos efeitos sistêmicos da decisão serão igualmente reduzidos à medida que o processo se desenvolva em ambiente de efetivo diálogo, com a participação mútua das instituições sociais públicas e privadas e da sociedade afetada.

Condutas dialógicas tendem, assim, tanto à maior legitimidade, quanto à maior capacidade das Cortes. Sustentamos aqui, destarte, que a *maximização* da interação entre Poder Judiciário, instituições públicas e/ou privadas e sociedade afetada goza de *potencial epistêmico* independente: boas decisões serão alcançadas à medida que o juiz se engaje no diálogo e se aperceba dos limites de sua capacidade e legitimidade no contexto de litígios estruturais, e que as instituições, indivíduos e grupos de interesse afetados colaborem para a concretização do valor público.

Similar tese é adotada, no contexto do controle judicial de atos políticos, por Conrado Hübner Mendes, para quem a interação deliberativa entre os poderes tem “maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo”, de modo que “essa seria uma razão adicional para embarcar no projeto da revisão judicial e, ao mesmo tempo, uma condição de sua legitimidade”³⁷⁰.

Também Carlos Alexandre de Azevedo Campos compreende, com relação aos Estados de Coisas Inconstitucionais, que “a superação do ECI apenas é possível por meio da atuação estrutural coordenada”, pois “o ativismo judicial estrutural dialógico promove desbloqueios políticos e institucional e maior deliberação democrática”³⁷¹.

³⁶⁹ Owen Fiss destaca que a fonte de legitimação da autoridade judicial advém do processo, pois mediante o processo se confere especial competência para interpretar valores públicos, e essa competência é derivada, sobretudo, do *engajamento no diálogo*: “*The foundation of judicial power is process. Judges are entrusted with power because of their special competence to interpret public values embodied in authoritative texts, and this competence is derived from the process that has long characterized the judiciary and that limits the exercise of its power. [...] I am referring to the obligation of a judge to engage in a special dialogue-to listen to all grievances, hear from all the interests affected, and give reasons for his decisions. By signing his name to a judgment or opinion, the judge assures the parties that he has thoroughly participated in that process and assumes individual responsibility for the decision. We accept the judicial power on these terms, and yet bureaucratization raises the spectre that the judge's signature is but a sham and that the judge is exercising power without genuinely engaging in the dialogue from which his authority flows*” (FISS, Owen. *The Bureaucratization of the Judiciary*. In: **The Law as It Could Be**. Ob. Cit., p. 68).

³⁷⁰ Ob. Cit., p. 190.

³⁷¹ Ob. Cit., p. 244 e 255.

A rigor, deveres de diálogo e cooperação não constituem qualquer novidade nos processos judiciais. Pelo contrário, integram o rol dos princípios expressamente previstos na legislação processual brasileira (arts. 6º e 7º do Código de Processo Civil). Nada obstante, o cenário dos processos estruturais exige *contornos próprios* a esses deveres, com vistas ao enfrentamento dos obstáculos postos a esse tipo de atividade jurisdicional e à potencialização de *boas decisões*.

No epicentro do processo estrutural, destarte, deve estar o *dever de diálogo ampliado* entre órgão jurisdicional, demais Poderes e instituições e sociedade envolvida. Essa proposição tem por base a *assimilação* das formas de diálogos institucionais descritas no capítulo segundo, e consiste, destarte, tanto em utilizar do processo estrutural como meio de diálogo inter-institucional direto entre Poderes, entidades privadas e sociedade afetada (*diálogo exógeno*), quanto em trazer concepção forte de diálogo para o interior da decisão estruturante (*diálogo endógeno*).

4.3.1 Implicações do dever de diálogo ampliado sobre a tipologia dos processos estruturais

Nos subitens anteriores traçamos algumas das estratégias passíveis de adoção na solução de litígios estruturais. Essas estratégias foram correlacionadas com seu potencial de suplantar os obstáculos da *legitimidade* e da *capacidade* do órgão jurisdicional. Por evidente, e como já enfatizado anteriormente, não se pretendeu ali delinear modelos-estaque de atuação jurisdicional, mas modelos *tendenciais* – geralmente não haverá *plena correspondência* da realidade para com a tipologia indicada, mas posicionamentos fronteirços, mistos e mutáveis.

A tipologia apresentada, nada obstante, nos permite dar um passo adiante na preconização do “*como*” fazer um processo estrutural, adotando-se aqui o *dever de diálogo ampliado* como norte de atuação judicial nesse contexto.

O potencial epistêmico do engajamento com o diálogo indicará, em primeiro plano, o modelo deliberativo (ou de “town meeting”) como aquele com maior aptidão para gerar boas decisões. De fato, como destacado anteriormente, nesse arquétipo convergirão as vantagens da maior participação e controle da sociedade, colaboração

das instituições envolvidas, aumento da legitimidade democrática do órgão jurisdicional e de sua capacidade institucional³⁷².

Haverá situações, contudo, em que a falta de cooperação dos envolvidos e/ou a urgência da adoção de medidas determinará a adoção de posturas tendencialmente mais impositivas, bem como casos cuja dimensão do litígio não justificará os custos inerentes ao modelo de “town meeting”. Ademais, técnicas impositivas, deferentes ou deliberativas podem ser utilizadas subsequentemente ao longo da tramitação do feito, à medida que se revelem mais ou menos adequadas à conjuntura sócio-política presente. Sob essa perspectiva, impor-se-á também às estratégias impositiva e deferente condutas tendentes à potencialização do diálogo.

Nessa medida, estratégias com tendência impositiva deverão se atentar especialmente ao *dever de diálogo endógeno* – o que representa, em essência, a adoção de conduta *prudente* e *autocontida* das Cortes quando do estabelecimento das medidas sem amplo engajamento no diálogo. A internalização da postura dialógica pelo próprio juiz imporá, aqui, *visão realista* sobre sua capacidade institucional, que considera a existência de assimetrias informacionais e técnicas e limitação do conhecimento dos efeitos sistêmicos – circunstância que recomendará *prudência* na extensão da reforma determinada correspondente à *complexidade* da instituição reformada. Não ignorará, ainda, eventual déficit de legitimidade democrática, sobretudo em decisões politicamente sensíveis.

Do mesmo modo, estratégias com tendência deferente despenderão especial atenção ao *dever de diálogo exógeno*³⁷³, assegurando-se à máxima medida a ampla participação das instituições e da sociedade afetada, em seus distintos subgrupos, tanto no emprego da técnica de *delegação*, quanto ao adotar o *acordo entre as partes* como meio de desenvolvimento da reforma. Impor-se-á aqui, sobretudo, *rigoroso* controle da representatividade adequada para que se viabilize a celebração de acordo³⁷⁴; e a ampliação de ferramentas de participação social para que se possibilite o controle da eficácia das medidas tomadas pela instituição a quem se delegou desenvolver a reforma.

³⁷² Edilson Vitorelli igualmente concebe o modelo de town meeting como o mais adequado ao desenvolvimento de processos estruturais (**O devido processo legal coletivo**, Ob. Cit., p. 562-583).

³⁷³ O diálogo institucional exógeno aqui é considerado como também englobante do *dever de diálogo com a sociedade* (MENDES, Conrado Hübner. Ob. Cit., p. 99, n.r. 216).

³⁷⁴ Sobre o controle da representatividade adequada em acordos coletivos, vide: MULLENIX, Linda S. Taking Adequacy Seriously: The Inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes. **Vanderbilt Law Review**, vol. 57, 2004.

O dever de diálogo ampliado nos processos estruturais, enfim, impõe a constituição de ferramentas processuais que viabilizem a intervenção judicial em litígios complexos sem a exclusão da participação sócio-política das instituições e subgrupos interessados, e sem ignorar margens de liberdade decisória e de maior capacidade institucional dos demais atores envolvidos³⁷⁵. Trata-se, sobremaneira, de uma forma de *assimilar* no desenho dos processos estruturais uma concepção forte de diálogos entre as instituições públicas e/ou privadas, e destas para com os demais membros da sociedade afetada, visando na maior medida possível a mais adequada *construção coordenada* do significado dos valores públicos³⁷⁶.

³⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., p. 250.

³⁷⁶ Ibidem, p. 242.

CONSIDERAÇÕES FINAIS – PROCESSOS ESTRUTURAIS NO CONTEXO JURÍDICO BRASILEIRO

Litígios irradiados têm sua complexidade e conflitualidade cotidianamente obscurecidos em processos individuais ou coletivos-bipolares. Isso se deve, sobremaneira, à preponderância do *modelo de resolução de disputas* como paradigma da atuação jurisdicional, formulação sobretudo pensada para solucionar controvérsias individuais e patrimoniais, que, porém, persiste como forma típica de deliberar sobre conflitos sociais complexos.

Esse arquétipo torna a teia de interesses sociais imbricados e díspares em uma relação abstratamente reduzida à lógica bipolarizada da relação jurídica processual; retira a violação massiva de direitos de seu contexto real e a torna mero *episódio* sobre o qual se deve deliberar pontual e retrospectivamente; e insere o juiz numa posição *neutra* e isenta de “*accountability*” para com a tutela do direito.

Sob o aspecto consequencial, essa *simplificação* produzida pelo modelo processual tradicional ensejará duas vicissitudes insanáveis às decisões judiciais, a ineficácia global (*porque meramente combativas das conseqüências*) e a produção de efeitos colaterais (*porque incapazes de apreender o conflito social em sua integralidade*).

Do ponto de vista institucional, essa forma de decidir agravará a crise de legitimidade na atuação do Poder Judiciário (*porque não engajado no amplo diálogo*) e tornará a instituição pouco apta a deliberar com adequação sobre conflitos dessa sorte (*porque carente de informação, expertise, etc.*).

Concebemos aqui, portanto, que não basta a constatação de que a adjudicação de litígios complexos é uma realidade posta, pois disso não decorre nem sua legitimidade, nem sua adequação, tampouco torna as decisões tomadas factíveis ou desejáveis sistemicamente. É imprescindível, pois, que se defina “*como*” deve o Poder Judiciário agir nesses casos.

Neste trabalho se defendeu que a via dos *processos coletivos estruturais* é a mais apta à albergar litígios irradiados. Adotando-se os aspectos morfológicos e funcionais delineados no capítulo terceiro, definimos o processo estrutural como o modelo processual voltado a resolução de litígios complexos (ou irradiados) através da reestruturação de instituição social, pública ou privada, cujas ações ou omissões violem valores públicos. Seu arranjo de partes, a fim de abarcar interesses

contraditórios e mutáveis, é disperso e amorfo, com múltiplos centros de tensão concorrentes. A tutela jurisdicional nele desenvolvida guarda caráter prospectivo, contínuo e maleável – a decisão estruturante marca não o desfecho, mas o início da relação entre corte, instituição e sociedade. O enfoque adjudicatório e probatório se desloca da reparação de violação pontual do direito à reestruturação do estado-de-coisas transgressivo.

Para que essa forma processual bem se desenvolva, algumas reformulações serão necessárias: a uma, a concepção de *titularidade do direito* deve ser readequada para abarcar, à máxima especificidade possível, a multiplicidade de interesses distintos, e por vezes conflitantes, da sociedade impactada; a duas, a concepção de participação no processo deverá ser repensada, tanto para viabilizar a representação adequada dos subgrupos de interesse envolvidos na relação policêntrica, quanto para permitir, tanto quanto possível, a participação direta dos interessados; a três, necessitar-se-á de considerável tolerância à *flexibilização* do processo, sobretudo com relação ao princípio da demanda e aos institutos da preclusão e coisa julgada, para que se proporcione um cenário próprio a resolução de conflitos sociais mutáveis e multipolares.

Apresentamos três modelos típico-ideais (ou “estratégias”) que podem ser vislumbrados como aptos a produzir decisões estruturantes: o impositivo, em que o juiz emprega postura ativista e gerencial, estabelecendo a medida por si ou através da ajuda de *expert*, conduzindo a tramitação do feito e a atividade probatória, e controlando o cumprimento das medidas impostas; o deferente, em que as partes tomam protagonismo no processo, seja mediante a *delegação* do plano à instituição violadora, seja através da adoção de *acordos coletivos*; e o deliberativo (ou de “*town meeting*”), em que se busca, essencialmente, fomentar o diálogo ampliado com a instituição violadora e com a sociedade impactada, a fim de estabelecer um ambiente de construção coordenada da medida estrutural (*e do valor público a ela subjacente*), exercendo o juiz um papel de *promoção do diálogo e da participação*.

Sustentamos que os processos estruturais devem sustentar uma *pretensão epistêmica* – seja dizer, deve-se ter por finalidade a produção de bons resultados sociais (ou de contribuir com a construção coordenada do valor público discutido); e que o *engajamento no diálogo* é meio apto a atingir essa pretensão, tanto porque potencializa a legitimidade do órgão jurisdicional, quanto porque sobreleva sua capacidade institucional.

Concebemos, ao final, o *dever de diálogo ampliado* como norte de atuação jurisdicional nos processos estruturais. Esse preceito impõe ao juiz, à máxima medida, adotar condutas que *potencializem* o diálogo entre Judiciário, demais Poderes, instituições privadas e sociedade afetada.

Sob a perspectiva da legitimação democrática, a ampliação dos deveres de cooperação e diálogo nos processos estruturais permite, primeiramente, a participação direta das instituições públicas e privadas envolvidas no processo decisório, o que potencializa o viés democrático da deliberação judicial; secundamente, propicia diálogo imediato com a sociedade civil, viabilizando-se a compreensão da complexidade do conflito social, a avaliação da adequação da representação de seus interesses, e potencial aumento na fidedignidade da tutela do direito.

Ademais, o ampliado diálogo judicial reforça a participação social e, nessa medida, permite a intensificação do debate popular, da mobilização social e dos canais de solução democráticas. A maior representatividade social potencializa a legitimação da deliberação e a qualifica materialmente.

Com relação às capacidades institucionais, a decisão judicial tomada em cenário de amplo diálogo traz certas vantagens às Cortes. A uma porque, com a ampliação da estrutura de partes e interesses representados no processo, obter-se-á amplíssima gama de informação, perante a qual o julgador *necessariamente* deverá formular juízos, sobrelevando-se, com isso, a percepção sistêmica das questões envolvidas no debate. Objeções pautadas na *inaptidão técnica* do juiz, assim, reduzem-se em relevância à medida em que a decisão estrutural se construa a partir do diálogo ampliado para com as agências estatais e entidades sociais capazes de auxiliar na deliberação.

A construção de um modelo processual estrutural pautado no amplíssimo dever de diálogo, assim, faz convergir no bojo das medidas estruturantes grande parte das vantagens mutualmente existentes nas decisões *isoladas* de cada um dos Poderes; reduzindo-se os custos socioeconômicos de posturas *estritamente* isolacionistas. Trata-se, sobremaneira, de uma forma de *internalizar nas decisões estruturais* uma concepção forte de diálogos entre as instituições públicas, e destas para com a sociedade, visando na maior medida possível a mais adequada *construção coordenada* do significado dos valores públicos.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 71.

ARAÚJO, André Carias. **Diálogos institucionais como instrumento de desenvolvimento de uma jurisdição constitucional democrática**. 2017. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 02, 2015.

_____. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**. Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol.2.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Portal da Legislação**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review** Vol. 71 (3), 2006.

BARNES, Jeb. **Dust-Up: Asbestos Litigation and the Failure of Commonsense Policy Reform**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2011.

BERGER, Curtis J. Away from the Court House and Into the Field: The Odyssey of a Special Master. **Columbia Law Review**, vol. 78, n. 4, 1978, p. 707-738.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, vol. 1, 2015, p 161-188.

BICKEL. Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

_____. **The Supreme Court and the Idea of Progress**. New Haven: Yale University Press, 1978.

BLACK, Keith M. Public Hearings: an appearance of fairness. **Gonzaga Law Review**, vol. 5, 1970, p. 324-331.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: Sobre a teoria da ação. Trad. Mariza Corrêa. Campinas, SP: Papyrus, 1996.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, n. 7, mai-1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

CUMMINGS, Scott L; RHODE, Deborah L. Public Interest Litigation: Insights From Theory and Practicev. **Fordham Urban Law Journal**, vol. 36, 4, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Vol. 4.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI JR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: **Processos Estruturais**. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law** Vol. 5 (3), 2007.

DUNN, Joshua. **The Perils of Judicial Policymaking: The Practical Case for Separation of Powers**. Disponível em: <https://www.heritage.org/political-process/report/the-perils-judicial-policymaking-the-practical-case-separation-powers>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. **Maryland Law Review**. n. 3, vol. 37, 1978. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2463&context=mlr>.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: **Um novo processo civil: estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

_____. Against settlement. **Yale Law Journal**, vol. 93, n. 6, 1984, p. 1073-1092.

_____. **Between Supremacy and Exclusivity**. Faculty Scholarship Series. 1311. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1311.

_____. Objectivity and interpretation. **Stanford Law Review**, vol. 34, 1982, p. 739-763.

_____. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, vol. 78, 1993, p. 965-979.

_____. The Social and Political Foundations of Adjudication. **The Law as it could be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003.

_____. The Political Theory of class actions. **Washington & Lee Law Review**, vol. 53, 1996, p. 21-31.

_____. **The Civil Rights Injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

_____. Two Models of Adjudication. *In How Does the Constitution Secure Rights?*. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **Yale Law Journal**, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697.

FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. **South California Law Review**, vol. 65, 1992, p. 735-780.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, vol. 92, 1978, p. 353-409.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. **Coleção Repercussões do Novo Código de Processo Civil**. v. 8. Coord. Hermes Zanetti Jr. Salvador: JusPodivm, 2016.

GARRETT, Brandon L. Structural Reform Prosecution. **Virginia Law Review**, vol. 93, 2007, p. 853-957.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 108, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Biblioteca Digital *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. **O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras**: Causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2000.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Before (and After) *Roe v. Wade*: New Questions About Backlash. **Yale Law Journal**, vol. 120, 2011

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais, *in*: **Processos Estruturais**. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017.

KRAMER, Larry. We The Court. **Harvard Law Review** Vol. 115 (1), 2001.

_____. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. **California Law Review** Vol. 100 (3), 2012.

LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal** Vol. 51 (2), 2010.

LOJKINE, Jean. **O Estado Capitalista e a questão urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro_col_CPC_15.pdf. Acesso em 04 set. 2016.

MITIDIERO, Daniel. **A colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 183, 2010.

PAVONE, Tommaso. Beyond The Hollow Hope: The Promise and Challenges of Studying Gradual Sociolegal Change. Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/6463/9f39a818ea8267a23b7e637c52a598df1c75.pdf>

PUGA, Mariella. **La cuestión terminológica: Litigio estratégico, de impacto, complejo, de interés público, estructural.** Disponível em: https://www.academia.edu/30477259/Litigios_Complejos_y_la_Cuesti%C3%B3n_Terminol%C3%B3gica.pdf.

RAWLS, John. The Idea Of Public Reason Revisited. **The University of Chicago Review.** Vol. 64, Summer 1997.

REBELL, Michel A. Poverty, "meaningful" educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, p. 1487-1544, 2007, p. 1.539. Disponível em: <https://scholarworks.umb.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1658&context=nejpp>.

RENDLEMAN, Doug. **Complex litigation:** injunctions, structural remedies, and contempt. Nova Iorque: Thompson Reuters Foundation Press, 2010.

_____. Brown II's "All Deliberate Speed" at Fifty: A Golden Anniversary or A Mid- Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy?. **San Diego Law Review**, vol. 41, 2004.

ROACH, Kent. Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship. **Osgoode Hall Law Journal.** Vol. 45, 2007.

ROQUE, André Vasconcelos. **Ações Coletivas nos Estados Unidos:** O que podemos aprender com elas?. Salvador: JusPodivm, 2013.

ROS, Luciano. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade.** Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/262>.

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

SHAPIRO, David L. Some thoughts on intervention before courts, agencies and arbitrators. **Harvard Law Review.** Vol. 81. n. 4, fev-1968.

SHAPIRO, Fred R; PEARSE, Michelle. The most-cited law review articles of all time. **Michigan Law Review.** Vol. 110, n. 8, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia:** o Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. **Estado e poder simbólico:** a crítica de Pierre Bourdieu à concepção weberiana de Estado. In: Reunião Brasileira de Antropologia, 25ª, 2006, Goiânia. *Anais...* Goiânia, 2006.

STICKNEY, Stonewall B. Problems in Implementing the Right to Treatment in Alabama: The Wyatt v. Stickney Case. **Hospital and Community Psychiatry**, Julho 1974.

STURM, Susan P. The promise of participation. **Iowa Law Review**, vol. 78, 1993, p. 981-1010.

_____. A Normative Theory of Public Law Remedies. **Georgetown Law Journal**, vol. 79, n. 5, 1991, p. 1355-1446.

_____. Legacy and Future of Corrections Litigation. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 142, n. 2, 1993, p. 639-738.

_____. Resolving the remedial dilemma: Strategies of judicial interventions in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 138, 1990.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Public Law and Legal Theory Working Paper** no 28, University of Chicago Law School, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. **Beyond Judicial Minimalism**, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper 432, 2008. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/85/.

_____. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, 2001.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review** Vol. 7 (3), 1893.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Alternatives Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review** Vol. 101 (7), 2003.

_____. A Response to David Landau. In: **Processos Estruturais**. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VERBIC, Francisco. **El remedio estructural de la causa “Mendoza”**: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1.

_____. Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural em la República Argentina. **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William and Mary Law Review** Vol. 43 (4), 2002.

_____. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: O controle jurisdiccional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. **Processos Estruturais**. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal coletivo**: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: **Processos Estruturais**. Org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim. Salvador: JusPodivm, 2017.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies** Vol. 13 (1), 1993.

_____. Judicial Review and the Conditions of Democracy. **The Journal of Political Philosophy** Vol. 6 (4), 1998.

_____. **Law and Disagreement**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, 2006.

WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. **San Diego Law Review**. Vol. 41, 2004.