



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ESTRUTURAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A EFETIVIDADE DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DE DEMANDAS COLETIVAS

Jullyana Costa Pereira dos Anjos

Rio de Janeiro
2022

JULLYANA COSTA PEREIRA DOS ANJOS

PROCESSO ESTRUTURAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A EFETIVIDADE DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DE DEMANDAS COLETIVAS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann

Coorientadora:

Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

JULLYANA COSTA PEREIRA DOS ANJOS

PROCESSO ESTRUTURAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A EFETIVIDADE DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DE DEMANDAS COLETIVAS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann - Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Guilherme Kronenberg Hartmann - Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

A Deus, por sempre me guiar em minhas escolhas e decisões.

À minha mãe, Conceição, por ser meu maior exemplo, inspiração e fonte inesgotável de amor e resiliência.

À minha irmã, Camylla, pela parceria incondicional nos momentos mais desafiadores desta jornada que chamamos de vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus e à Nossa Senhora, por me proporcionarem a realização de mais um sonho. Por me permitirem dar passos no escuro, na certeza de que à frente estaria a luz.

Aos meus pais, Conceição e Jaime, por terem me dado a vida e por, mesmo nos momentos de dificuldades, me permitirem o acesso à educação.

À minha irmã Camylla, sem ela esta caminhada não teria a mesma alegria.

Ao meu orientador, Professor Rodolfo Hartmann, grande inspiração como profissional e ser humano. Agradeço o cuidado e carinho em nossas conversas durante o processo de escrita.

À minha coorientadora, Professora Mônica Cavalieri, pela ternura e paciência nas inúmeras leituras do meu trabalho e, também, pelo incentivo no caminho da docência. Minha grande admiração como mulher e profissional.

Aos queridos Claudio e Tarcila do Setor de Monografia da Escola, pelo profissionalismo, apoio e carinho de sempre.

A todos os professores e funcionários da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mais que uma instituição de ensino, uma casa que trabalha incessantemente na construção e realização de sonhos. Agradeço aos queridos mestres por compartilharem seu conhecimento e nos mostrarem que o estudo é a chave para a concretização dos nossos objetivos.

“Porque aos seus anjos Ele dará ordem a teu respeito para te guardarem em todos os teus caminhos. Eles te sustentarão nas suas mãos, para que não tropeces com o teu pé em pedra”.

Salmos 91: 11-13

SÍNTESE

Medidas judiciais tradicionais podem não se mostrar mais adequadas ante o novo cenário jurídico e social em que é requerida, não somente do Poder Judiciário, mas das instituições públicas de uma forma geral, uma resposta concreta aos anseios da sociedade. A temática envolve diretamente a efetividade das decisões judiciais no âmbito de demandas coletivas. O trabalho expõe as dificuldades de implementação de políticas públicas por parte da Administração Pública e contrapõe essa realidade à necessidade de uma atuação mais ativa por parte do Judiciário, visando suprir essa inércia. Apesar de as ações coletivas viabilizarem o acesso à justiça, ocorre de nem sempre as decisões, oriundas especialmente de litígios de grande complexidade, apresentarem ações efetivas e condizentes com as necessidades das partes. Mecanismos voltados ao diálogo institucional, à flexibilização de procedimentos, à cooperação entre os interessados e à implementação de métodos adequados de resolução de conflitos podem contribuir para o desenho de decisões compatíveis aos interesses sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Direito Administrativo. Processo Estrutural. Ações Coletivas. Políticas Públicas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ACESSO À JUSTIÇA E SEPARAÇÃO DOS PODERES	12
1.1. Constitucionalismo e a teoria da tripartição das funções	12
1.2. Mínimo existencial e reserva do possível	17
1.3. Controle jurisdicional de políticas públicas	20
2. PROCESSO ESTRUTURAL COMO MODELO PARA RESOLUÇÃO DE DEMANDAS COLETIVAS COMPLEXAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	26
2.1. Classificação dos litígios coletivos	28
2.2. Origem e características dos processos estruturais	33
3. MECANISMOS AUXILIARES PARA DECISÕES ESTRUTURAIS E SUA EFETIVIDADE	39
3.1 Mapeamento do conflito e flexibilização do procedimento	41
3.2. Diálogo institucional e cooperação	44
3.3. Atores auxiliares do juízo	47
3.4. Métodos equivalentes de resolução de conflitos	49
4. CASO CONCRETO BRASILEIRO	55
4.1. Ações Cíveis Públicas oriundas do desastre de Mariana (“Caso Samarco”)	55
4.1.2. Ação Cível Pública acerca da política de mineração no Brasil	62
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADR – *Alternative Dispute Resolution*
ANM – Agência Nacional de Mineração
Art. - Artigo
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CEJUSC - Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPC – Código de Processo Civil
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DSD – *Dispute System Design*
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro
MP – Ministério Público
MPF – Ministério Público Federal
MS – Mandado de Segurança
NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
PIB – Produto Interno Bruto
Rel. - Relator
STF – Supremo Tribunal Federal
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TTAC – Termo de Transação e Ajustamento de Conduta
TRF – Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa o modelo de processo estrutural em ações coletivas com vistas a uma maior efetividade das decisões judiciais em litígios complexos que envolvem a Administração Pública. Trata-se de uma nova perspectiva processual, tendo em vista que as medidas judiciais tradicionais não se mostram mais adequadas ante ao novo cenário jurídico e social.

Apesar de as ações coletivas viabilizarem o acesso à justiça, muitas vezes as decisões judiciais oriundas desses litígios não apresentam efetividade, tendo em vista que por dependerem de uma atuação mais específica da Administração Pública, acabam por não refletir na prática o que foi pleiteado judicialmente. Nesse cenário, surgem os processos estruturais como meio de concretização das soluções desenhadas, mas sob a ótica de um diálogo institucional e de cooperação para a resolução do conflito.

O tema é multidisciplinar, controverso e atual, pois o processo estrutural viabiliza a reestruturação de todo um sistema, envolvendo a sociedade, o Estado e entidades com o fito de serem cumpridos os mandamentos previstos no texto constitucional. Não se trata, simplesmente, de uma decisão isolada, mas sim de uma atuação conjunta das partes interessadas voltada ao atendimento dos interesses da coletividade.

Por tal motivo, a pesquisa envolve temáticas atinentes ao Direito Constitucional (especialmente no que tange aos conceitos atuais do protagonismo institucional do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas em contraponto ao tradicional princípio da tripartição de funções), ao Direito Administrativo (serão aqui abordados aspectos de ações coletivas que envolvem e impactam diretamente a Administração Pública, protagonista dessa espécie de demanda) e ao Direito Processual Civil (constatações acerca do desenvolvimento do conceito de processos estruturais e os impactos dessa nova forma de desenhar o deslinde de litígios complexos).

A fim de argumentar essa controvérsia, no primeiro capítulo do trabalho é apresentada a tese de rearranjo da teoria da separação dos poderes, em que se defende que, atualmente, o Poder Judiciário não possui somente a tradicional função de julgamento e correção, mas, principalmente, a função de efetivação dos direitos constitucionais. Comprova-se, dessa forma, que apesar de envolver conflitos multipolares e de elevada complexidade, adentrando, até mesmo, na seara do controle de políticas públicas, o Judiciário, ao se valer de decisões estruturais, teria por fim a consecução do bem comum, garantindo o acesso da população ao mínimo existencial garantido constitucionalmente.

No segundo capítulo, além de uma revisão bibliográfica acerca dos conceitos pertinentes aos processos coletivos, é abordada a viabilidade dos processos estruturais no âmbito das ações coletivas, tendo em vista que, apesar da ausência de previsão legal (Projeto de Lei ainda em trâmite), o fundamento deve se pautar na ideia de participação ampla dos diversos agentes envolvidos em demandas com tal complexidade com vistas ao atendimento das necessidades sociais. A efetividade das medidas adotadas pelo Poder Judiciário em conjunto com as partes envolvidas passa a ser o centro de tal discussão, tendo em vista que de nada adianta um desfecho para uma demanda social que não tenha real aplicação prática.

Em seguida, o terceiro capítulo da presente pesquisa traduz um viés prático, qual seja, a exposição dos mecanismos a serem adotados pelo Poder Judiciário para que sejam viabilizadas decisões estruturais efetivas. Apresenta-se, portanto, medidas práticas a serem aplicadas no âmbito das demandas coletivas, a exemplo, do mapeamento do conflito, do diálogo institucional e da distribuição de tarefas para cada uma das partes envolvidas com sua respectiva fiscalização. Ainda, há destaque para a perspectiva da justiça multiportas, na qual a visão sistêmica por parte do Poder Judiciário é argumento necessário à adoção de medidas alternativas com vistas à resolução de conflitos de grande complexidade, em especial, aqueles que envolvem interesses coletivos perante a Administração Pública.

Com o fito de ilustrar os argumentos expostos neste trabalho, no quarto capítulo será analisado um relevante caso concreto brasileiro, o “Caso Samarco”, que foi selecionado dentre alguns outros já vivenciados na esfera nacional e internacional por ser o mais marcante em termos de impactos na população (ambientais, sociais, número de mortos e atingidos) com consequências jurídicas e não jurídicas. Serão analisadas as ações civis públicas ajuizadas em decorrência do desastre ambiental na cidade de Mariana/MG, demandas coletivas lastreadas em problemas estruturais e suas consequências no âmbito prático e processual.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que o pesquisador seleciona hipóteses que acredita serem aplicáveis à análise do objeto da pesquisa, com a finalidade de comprovar ou rejeitar os argumentos inicialmente propostos.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, exploratória e bibliográfica, com análise de legislação, doutrina, jurisprudência e casos concretos pertinentes ao tema. O material bibliográfico é analisado e fichado na fase exploratória da pesquisa a fim de que a tese seja sustentada.

1. ACESSO À JUSTIÇA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Em um Estado Democrático, os direitos fundamentais devem ser constantemente resguardados. Diante dos conflitos que emergem da sociedade, surge a judicialização. Em especial nos litígios coletivos, em que é demandada do Estado uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, muitas vezes, a coletividade se depara com uma omissão institucional, seja por parte do Poder Executivo ou do Legislativo.

O conceito tradicional de “separação dos poderes” prevê funções típicas e atípicas para cada uma das três esferas, fundamentadas no critério da preponderância. No entanto, diante das transformações sociais, essas funções sofreram um rearranjo institucional, de forma que, hoje, o Poder Judiciário atua, também, com o objetivo de garantia dos direitos constitucionais, mesmo que, para tanto, tenha que se imiscuir no controle de políticas públicas, por exemplo, de forma a não somente atuar de maneira pontual, mas também no desenho de uma estrutura de diálogo institucional.

Alexandre Vitorino Silva¹ aborda em sua obra a ideia da necessidade de haver áreas de interferência recíproca entre os poderes:

ao contrário do modelo de dispersão atribuído aos franceses – que enfatiza certa segregação de funções e apregoa um grau elevado de departamentalismo no exercício das funções constitucionais -, o modelo de *checks and balances* supõe que é necessário haver áreas de interferência recíproca entre os braços do Estado justamente para que o excesso de um indivíduo ou órgão possa ser podado pelo controle de outro. Nos EUA – e também no Brasil –, esse princípio materializa-se horizontalmente, na separação, relativamente impura, entre as três funções típicas do Estado, mas manifesta-se também, verticalmente, por um controle recíproco estabelecido entre os poderes outorgados à ordem jurídica central (União) e os poderes reservados aos Estados-Membros (ordens jurídicas locais).

A separação de poderes, de fato, é um instrumento de controle de excessos cometidos pelos três poderes, entretanto, faz-se necessário um novo olhar a fim de que seja viabilizado um diálogo institucional em prol da concretização de direitos.

1.1. Constitucionalismo e a teoria da tripartição das funções

O movimento denominado “Constitucionalismo”, que teve origem nos Estados Unidos em 1787 e na França em 1791 (que se iniciou com a Revolução Francesa – 1789), apresenta

¹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020, p. 2.

como principais norteadores a limitação da atuação estatal e a prevalência dos direitos fundamentais. Ele surge aliado ao ideal de humanização, tendo em vista a busca pela declaração de direitos que resguardem as necessidades da coletividade.

As mutações na concepção de Estado fizeram com que os conceitos oriundos do Constitucionalismo e do próprio Direito Constitucional fossem colocados em destaque. Nesse sentido, importante pontuar que no Estado Liberal (abstencionista) a intervenção estatal mínima concentrava-se na proteção de direitos individuais e políticos, em especial quanto à liberdade econômica e à propriedade privada enquanto que o Estado Social de Direito (intervencionista), ficou marcado pela forte atuação estatal, em especial por decorrência dos efeitos da Segunda Guerra Mundial, ou seja, a forte desigualdade material na população exigiu do Estado uma atuação no sentido de efetivar direitos sociais de forma a mitigar a referida problemática.

Partindo-se da necessidade de afastamento do antigo regime, apresenta-se como premissa a urgência de que todo Estado deva ter uma Constituição, uma vez que as limitações ao autoritarismo estatal e a garantia de direitos fundamentais deveriam ser enfatizadas e resguardadas por um documento base da sociedade.

Remetendo à base histórica, durante a antiguidade, um tímido início de Constitucionalismo foi percebido por Karl Loewenstein, onde o Estado teocrático assegurava aos profetas o poder de fiscalização dos atos estatais. Já durante a Idade Média, a Magna Carta de 1215 estabeleceu a proteção a direitos individuais, o mesmo ocorreu na Idade Moderna por meio dos pactos e forais. Entretanto, cabe destacar, eram direitos voltados a determinados grupos, não havia uma efetividade em prol do coletivo.

O Constitucionalismo moderno (durante a Idade Contemporânea), marcado pelas Constituições norte-americana de 1787 e francesa de 1791, tinha como valores, em um primeiro momento, aqueles oriundos do liberalismo clássico de valorização do indivíduo e afastamento do Estado (influência no Brasil nas Constituições de 1824 e 1891). Com a necessidade de minimizar a exclusão social e outros efeitos ocasionados pelo movimento liberal, o Estado passa a ser chamado a atuar, momento que teve como documentos principais a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919 (influências diretas na Constituição brasileira de 1934).

O Constitucionalismo contemporâneo, advindo da ideia de globalização, apresenta um conteúdo social relevante, a exemplo da Constituição brasileira de 1988, com a inclusão de normas programáticas, como os direitos sociais (saúde, educação, trabalho, moradia, dentre outros). Em todas as suas fases, o Constitucionalismo apresentou como traço marcante a limitação do Governo pelo Direito (limitações constitucionais).

Destarte, a partir do início do século XXI, desenvolve-se o Neoconstitucionalismo. A ideia de que as normas constitucionais devem existir tão somente para limitação do poder do Estado é ultrapassada, surgindo uma busca pela efetiva aplicabilidade da Constituição. O texto constitucional deixa de ter um sentido meramente literal ou retórico e evolui-se para uma análise baseada na concretização dos direitos fundamentais, priorizando uma interpretação mais sistemática de todo o arcabouço jurídico.

A Constituição passa a ser o centro do ordenamento, com forte conteúdo axiológico, visando, sobretudo, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, com vistas a atingir, ao menos, patamares que resguardem o mínimo existencial.

Luís Roberto Barroso² destaca três momentos relevantes em relação ao movimento:

o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. [...]

No contexto específico da expansão da jurisdição constitucional, pontuado por Barroso como marco teórico, cabe destacar o modelo norte-americano de supremacia da Constituição, por meio do qual a proteção aos direitos fundamentais passou a ser de competência, também, do Poder Judiciário. Logo, as marcas e desafios do Neoconstitucionalismo (ou novo Direito Constitucional) despontam no sentido de identificação de novas perspectivas e desafios, os quais envolvem diretamente a atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes³, ao elencar as premissas do Estado de Direito, destaca a separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos:

[...] o Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais

² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, v9, n°33, p.57, 2006. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 39.

incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.

O fundamento teórico da tripartição de poderes defendia a existência de três funções que seriam exercidas pelo Estado. Logo em seguida, partindo-se da base aristotélica, evoluiu-se o conceito no sentido de que as três funções anteriormente identificadas, deveriam ser exercidas por órgãos distintos e independentes, em uma espécie de divisão funcional do poder.

A maioria dos estados modernos adotou a tripartição de funções de uma forma atenuada, ou seja, a divisão se daria entre funções típicas (predominantes e ligadas diretamente à natureza do órgão) e atípicas (aquelas que estariam em um segundo plano, mas também necessárias ao desenvolvimento da atividade estatal).

No Brasil, as funções Legislativa, Executiva e Judiciária são exercidas por seus poderes respectivos. Ocorre que tal divisão não é absoluta, tendo em vista que há uma interferência recíproca entre as funções estatais. Entretanto, cabe destacar que nenhum dos Poderes (Legislativo, Executivo ou Judiciário) pode delegar ou avocar atribuições uns dos outros.

A imagem da separação dos poderes está imbuída do dever de serem evitados excessos estatais, permitindo, assim, a colaboração, o bom senso e o desenvolvimento de mecanismos de fiscalização, o que se denomina sistema de freios e contrapesos (*Checks and Balances System*). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁴ reforça:

MS 23.452 – “EMENTA: (...) A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho do Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir-se e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

(...)

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional”

Uadi Lammêgo Bulos⁵ também enfatiza a busca por uma harmonia entre os poderes.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 23.452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf> >. Acesso em: 11 out 2021.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1091.

É necessário atinar para o caráter atípico que as tem notabilizado, nada obstante a preservação de seus traços próprios e intrínsecos por natureza. Esses traços próprios e intrínsecos das atividades legislativa, executiva e judiciária é responsável pela harmonia e cooperação entre Poderes, evitando guerrilhas institucionais, impedindo que atritos ou querelas pessoais repercutam no plano institucional. Os órgãos do Estado devem respeitar-se mutuamente, renunciando praxes abusivas, retaliações gratuitas ou grosserias de todo gênero.

Na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, pode o Poder Judiciário “invadir” a área de atuação dos poderes Legislativo e Executivo?

A seguir, será abordado com mais acuidade o tema retro mencionado, mas, em linha de princípio não parece existir qualquer mácula ao princípio da separação dos poderes, notadamente em razão de não existir mais espaço no novo constitucionalismo para uma visão estanque de separação dos poderes tal como conceituado por Montesquieu.

Atualmente, não se discute mais a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas. Muito embora seja utilizada em um ou outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito, ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras. Isso porque, no moderno estágio de evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina⁶ da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, ao lembrar Dalmo Dallari⁷, discorre sobre a evolução histórica do papel Estatal, asseverando que:

a teoria (separação dos poderes) foi consagrada em um momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual. Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado.

Esse estado de coisas, alterou-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial, em que as massas operárias assumem relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato.

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender

⁶ ZANETI JR, Hermes. *A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia in o controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013, p.48

⁷ DALLARI apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010.

ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais -, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.

Ocorre que outras perguntas emergem da nova concepção acerca da tripartição das funções. A garantia do mínimo existencial faz parte das funções do Poder Judiciário? Sua atuação pode se dar além do formalismo excessivo das leis processuais e materiais? O juiz é dotado de legitimidade para tomar decisões que extrapolem o texto legislado ou, então, sugerir um diálogo institucional entre as três esferas de poderes, ainda que seja para viabilizar a implementação de direitos que envolvem a coletividade?

1.2. Mínimo existencial e reserva do possível

O conceito de “mínimo existencial” foi criado pela doutrina alemã no intuito de qualificar um conjunto básico de direitos fundamentais para a garantia de uma vida digna. Quando um indivíduo, por si só, não consegue atingir esses patamares, deve ser apoiado pelo Estado, que pode atuar, especialmente, mediante o desenvolvimento de políticas públicas.

A ideia de se ter um mínimo para subsistência possui íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, a garantia de bem-estar e de recursos, pelo menos básicos para a uma vida digna, é o principal direito fundamental constitucionalmente garantido. Luís Roberto Barroso⁸ destaca o aludido princípio como centro de irradiação dos direitos fundamentais e, portanto, corolário para a expressão “mínimo existencial”:

o Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2021.

O debate acerca da eficácia social dos direitos fundamentais é destaque dentre os muitos desafios que o Estado e a sociedade enfrentam. Quando a discussão envolve a proteção e a concretização dos direitos sociais, torna-se necessário abordar, de imediato, a questão do elevado dispêndio estatal.

A ponderação entre a efetividade dos direitos previstos no texto constitucional (mínimo existencial) e a realidade econômico-financeira do Estado deve ser sopesada no sentido de serem identificadas as prioridades sociais em contraponto à disponibilidade de recursos públicos. Quanto a este último aspecto, o Estado tem fundamentado suas limitações orçamentárias da tese da “reserva do possível”, conforme define Ingo Wolfgang Sarlet⁹:

[...] é precisamente nesta esfera que se situam uma série de outras importantes e sempre atuais objeções aos direitos sociais, especialmente no que diz com a sua efetivação. Certamente é a assim designada “reserva do possível”, que, por sua vez, diz respeito a uma série de outras “resistências” aos direitos sociais como direitos subjetivos, que tem sido o pivô da maioria das discussões, que vão desde a delimitação do conteúdo em si da reserva do possível, até os limites da atuação jurisdicional nesta matéria, designadamente quando esta esbarra em escassez de recursos, limitações orçamentárias e obstáculos de outra natureza.

O autor¹⁰ destaca, ainda, como as questões de orçamento público atuam como limitadores (ou não) da efetividade dos direitos fundamentais pela via jurisdicional:

para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo “negativo”. É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direito fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPO_LIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

A cláusula da “reserva do possível” teve origem no *leading case* alemão denominado “*numerus clausus*”. A demanda analisada envolvia um pleito por aumento do número de vagas em universidades alemãs. À época, o Tribunal decidiu pela necessidade de um juízo de ponderação acerca do que pode ser pleiteado judicialmente, ou seja, entendeu que a disponibilidade de recursos estatais não é infinita e que deveria haver proporcionalidade no que o cidadão exige do Estado.

No Brasil, a aludida teoria foi interpretada por Ingo Wolfgang Sarlet¹¹ com base em uma tríplice dimensão: disponibilidade fática de recursos, disponibilidade jurídica e proporcionalidade da prestação:

há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Por outro lado, justamente com base nas ponderações tecidas, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais,¹⁶⁴ como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estive enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Assim, com base na leitura realizada por Sarlet¹², a reserva do possível constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais. Apesar disso, em alguns momentos, a cláusula pode ser invocada como garantia, a exemplo do que ocorre na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da ponderação da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental, a fim de ser garantido o mínimo existencial.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

Com o propósito de compreender a dimensão da disponibilidade fática, surge o questionamento acerca da abrangência de atendimento das demandas coletivas: como garantir a todos o acesso a recursos que viabilizem a efetividade dos direitos previstos no texto constitucional? Os recursos disponíveis, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil, esbarram no atendimento ao princípio da isonomia, ou seja, a ideia é de que ocorra a universalização das prestações sociais?

Nesse diapasão, o conceito de disponibilidade jurídica identificada por Sarlet¹³ ingressa no contexto da possibilidade de controle judicial das políticas públicas. Quando se aponta a necessidade de uma atuação estatal (Executivo e/ou Legislativo) no sentido de garantir à coletividade o acesso e a efetivação de direitos, mas há uma inércia por parte desses poderes, qual seria a viabilidade e os limites da intervenção do Poder Judiciário?

O deslinde pode estar situado na ponderação da intervenção do Judiciário na resolução de problemáticas sociais em decorrência da inércia do Executivo e do Legislativo. Ressalta-se, mais uma vez, o respeito à tripartição de poderes (funções), mas tendo como norte o atendimento às demandas sociais de maneira imparcial e justa, ainda que realizada pelo Judiciário.

1.3. Controle jurisdicional de políticas públicas

Conforme demonstrado anteriormente, a atuação do Estado perante a sociedade sofreu diversas transformações. Com os ideais contemporâneos de democracia, a Administração Pública passou a ter um papel de garantidora do bem-estar da coletividade. Para que, de fato, essa função seja assegurada, mostram-se necessárias ações e medidas estratégicas para o alcance dos resultados pretendidos, dentre elas, situam-se as políticas públicas.

Em linhas gerais, entende-se política pública como um processo que tem por finalidade resolver uma questão pública ou como detalha Paul Sabatier citado por Alexandre Vitorino Silva¹⁴:

de forma mais analítica, a política pública principia com identificação de um problema coletivo e pela definição de um objetivo, evolui para a consideração de alternativas e finda com a escolha de uma solução (um meio para resolver o problema) e da instituição de um mecanismo de monitoramento de sua implementação.

¹³ Ibid.

¹⁴ SABATIER apud SILVA, op. cit., p. 48.

O processo de formulação de uma política pública perpassa por inúmeras análises e diversos atores envolvidos, de forma que sejam instrumentalizadas práticas estruturadas para a consecução do fim comum, qual seja, o atendimento das necessidades da população.

Mais uma vez Vitorino Silva cita Sabatier ao explicar esse liame de atuação das partes interessas versus as demandas provenientes da coletividade¹⁵:

como bem lembra o professor Paul A. Sabatier – um crítico contumaz da teoria heurística dos estágios, que reputa simplificadora em excesso –, normalmente, a formação de uma política pública conta com dezenas de atores de grupos de interesse distintos, agências governamentais, representantes de legislaturas de diversos níveis da federação, jornalistas, pesquisadores e – mais raramente – com juízes e membros do Ministério Público com atribuição para lidar com os interesses de direito material que são objeto do programa governamental.

Sérgio Arenhart¹⁶ também defende um procedimento adequado ao debate judicial de políticas públicas com a participação, especialmente, da sociedade:

Um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, sob suas várias perspectivas.

Devem ser definidas, portanto, instituições e entidades que fiquem responsáveis pelas fases de planejamento, execução e monitoramento. O processo de implementação de uma política pública é longo, demandando alguns anos, ou até décadas, para compilar resultados e aferir sua efetividade.

Considerável salientar que quando as políticas públicas funcionam de forma adequada, a judicialização do seu conteúdo é mais rara de ocorrer, tendo em vista que nesses casos, os objetivos foram materialmente alcançados.

Vitorino Silva¹⁷ aborda em sua obra que a falha na coordenação de políticas públicas pode comprometer a harmonia entre os poderes na formulação das medidas adequadas:

na raiz de um defeito no planejamento ou execução de uma política pública, está uma falha de coordenação de poderes, ou uma falha estrutural de representação democrática que pode levar a uma omissão fático-substancial no gozo de direitos fundamentais.

¹⁵ SABATIER apud ibid.

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no direito brasileiro*: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em: < <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35045> >. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁷ SILVA, op. cit., p. 52.

A falha de coordenação pode conduzir a uma omissão fático-substancial, relacionada a uma deficiência sistêmica entre as diversas autoridades constitucionalmente competentes a fim de se implementar um direito fundamental, conforme explica Silva¹⁸:

essa falha tem muitas causas, como visto, mas a mais citada no direito comparado para justificar um tipo de remédio específico – o remédio estrutural – é a violação ao princípio do autogoverno representativo (falha estrutural política), que ocorre quando do insulamento de minorias que se tornam incapazes de ter um acesso mínimo à Legislatura (conceito estrito).

No direito comparado, esse tipo de falha vem sendo combatido por instrumentos de litigância estrutural, gênero do qual o estado de coisas inconstitucional, desenvolvido pela Corte Colombiana e agora em vias de ser adotado no Brasil, é espécie.

No que tange à atuação do Poder Judiciário no controle da implementação e eficácia das políticas públicas, muito há o que se debater, tendo em vista o já mencionado princípio da tripartição de funções.

Os autores Gustavo Lago e Lucas Rosa¹⁹ referenciam esse possível impedimento do Judiciário sobre a avaliação de políticas públicas:

a clássica objeção à judiciabilidade das políticas públicas advinda da separação dos poderes pode ser afastada pelo reconhecimento da necessidade de apreciação jurisdicional não só das finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins [...]

É de se notar que o magistrado, quando do desempenho de sua função, pode muitas vezes, ao tentar garantir a satisfação de um direito social de um indivíduo, prejudicar o exercício do mesmo direito por outra pessoa, ou até mesmo, privilegiar um em detrimento de toda a coletividade.

O ordenamento jurídico brasileiro garante dois tipos de processos para a tutela de direitos: o individual e o coletivo. Este apresenta fundamento no microsistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, que é composto pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90).

O processo coletivo é um avanço no sistema processual brasileiro na defesa de interesses de massa, ou seja, a ação coletiva tem por objeto a tutela de interesses difusos (aqueles

¹⁸ Ibid., p. 58.

¹⁹ COMPARATO apud LAGO, Gustavo Felipe da Cruz; ROSA, Lucas Salles da Silveira. *As Entidades de Infraestrutura Específica (claims resolution facilities) como mecanismo para a efetivação das políticas públicas: uma análise à luz das decisões estruturantes*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

transindividuais que pertencem a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas), coletivos (aqueles em que a violação do direito atinge a todos, mas os seus titulares são determinados ou determináveis, pertencentes a um grupo, categoria ou classe) ou individuais homogêneos (direitos individuais tratados de forma coletiva, de modo que a lesão sofrida por cada titular pode ser reparada na proporção de sua ofensa).

Em suma, trata-se de tutela decorrente da indivisibilidade do objeto ou então em situações em que a lesão é tão ínfima de forma individual que não seria produtora se ingressar com demandas individuais.

Ada Pelegrini Grinover²⁰ explica que as ações coletivas tentam cumprir o papel de garantir direitos fundamentais ante à omissão do Poder Público:

[...] a Constituição Federal prevê direitos fundamentais de aplicação imediata que, por muitas vezes não são aplicados por omissão dos outros poderes, em especial a Administração Pública.

Conseqüentemente, a própria Magna Carta prevê meios que são eficazes para constranger o poder público a realizar determinada política pública. Entre as formas de fazer com que o poder político cumpra seu papel, estão as ações coletivas que, em determinados casos, como a declaração de forma difusa da inconstitucionalidade pelo juiz de primeiro grau, terá eficácia *erga omnes* sem, contudo, infringir a separação de poderes e a organização do estado. [...]

Nesse contraponto, em que se verifica a adequação de uma ação individual ou coletiva, importante destacar que, por vezes, as ações individuais têm a tendência de favorecer aqueles em condições menos favoráveis, além de atrapalharem políticas públicas em razão do número de demandas e conseqüente escassez de recursos. Sérgio Cruz Arenhart citando Ada Pelegrini Grinover²¹ explica:

os processos individuais, certamente, por sua própria finalidade, não se afeiçoam a esse debate. O recorte que promovem no conflito – que passa a ser traduzido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu – faz com que toda discussão de política pública se converta em simples debate entre um “direito subjetivo” de determinado indivíduo frente ao Estado. Tome-se o exemplo das ações de medicamentos – frequentes no âmbito jurisdicional atual – nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor. 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? [...]

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, In: _____; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 424.

²¹ GRINOVER apud ARENHART, op. cit.

Dessa forma, apesar de as ações individuais poderem acabar influenciando indiretamente no sentido de induzir o Poder Público a implementar uma política pública, invariavelmente, o processo coletivo se mostra como um meio mais adequado ao controle jurisdicional de políticas públicas. Apesar das críticas explanadas por Arenhart acerca do processo coletivo, tendo em vista que este apresenta raízes no processo individual, o autor²² entende que um processo diferenciado pode suprir lacunas e dar efetividade ao controle de políticas públicas:

impõe-se, por isso, pensar em um processo diferenciado, normalmente tratado sob o nome de processo estrutural. Nesses processos, objetiva-se decisões que almejam a alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. [...]

Nesse diapasão, Hermes Zaneti²³ expõe os desafios do modelo processual atual no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] a chamada constitucionalização do processo parte da premissa de que a própria cultura da sociedade influencia nos institutos do direito processual e, partindo dessa lógica, a visão privatista e completamente voltada para a técnica deve ser abandonada, para que os ideais democráticos e constitucionais do Estado Democrático de Direito possam ser efetivos. [...]

No que se refere, ainda, à atuação do Poder Judiciário, no Brasil apresenta-se o *leading case* sobre a legitimidade constitucional do controle e intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, na ADPF nº 45 MC/DF, em julgamento publicado no DJ em 04/05/2004²⁴:

ADPF 45 - EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO

²² DOBBS apud ibid.

²³ ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9-11.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45 MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). [...]

Na decisão retromencionada, o relator Ministro Celso de Mello, explica que o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental, ou seja, se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos constitucionais, e torná-los efetivos, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

A Corte ressalta, ainda, que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Magna não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir o cumprimento de seu dever.

2. PROCESSO ESTRUTURAL COMO MODELO PARA RESOLUÇÃO DE DEMANDAS COLETIVAS COMPLEXAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme amplamente debatido no capítulo anterior, o acesso à ordem jurídica justa e efetiva se faz, também, com a possível intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas. Neste capítulo, será abordada uma das formas dessa atuação, qual seja, o processo estrutural, que teve origem nos Estados Unidos e hoje se apresenta no Brasil como um meio alternativo para resolução de demandas coletivas complexas, especialmente por ter a Administração Pública em um dos polos dessa relação jurídico-processual.

Antes de adentrar às classificações dos litígios coletivos e apontar a categoria específica que será trabalhada na presente pesquisa, importante se faz conceituar o instituto, de forma a diferenciá-lo das comuns demandas individuais.

No Brasil, os principais instrumentos do modelo de processo coletivo (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos e a ação de improbidade administrativa) visam à participação da sociedade na gestão pública de alguma forma, ou seja, uma democracia representativa.

Nesse modelo processual, o Judiciário atua com grande destaque na construção de políticas públicas, o que vem sendo amplamente debatido, conforme abordado no capítulo anterior da presente pesquisa, ganhando espaço a natureza política da função jurisdicional.

O ideal das demandas coletivas tangencia a garantia dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, de forma que há uma participação ampla de diversos agentes, seja do Judiciário, da sociedade, do Ministério Público ou de entidades direta ou indiretamente envolvidas na resolução de um conflito comum.

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.²⁵, o processo coletivo está relacionado a uma comunidade, categoria ou classe, conforme se destaca de sua obra:

o processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica

²⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 31-32.

coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas.

Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso e na tutela do grupo: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas.

Sendo assim, verifica-se a necessidade de serem estabelecidos regramentos adequados para essas demandas coletivas, assim como ocorre nas ações de natureza individual. O processo coletivo brasileiro possui características próprias, que compõem o devido processo legal.

Conceituado processo coletivo, imperioso, ainda, tratar das definições de ação coletiva e tutela jurisdicional. Os juristas explicam em sua obra²⁶:

ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas.

Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica ativa (direitos coletivos lato sensu de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos).

Unindo as definições dos institutos aos desafios enfrentados pelos operadores do Direito no que tange à efetividade das medidas judiciais em demandas coletivas, os autores²⁷ ressaltam em sua obra ser imprescindível a modificação ou implementação de um modelo que atenda aos anseios da sociedade:

a complexidade da matéria envolvida na implementação e aplicação de políticas públicas força a migração de um modelo meramente responsivo e repressivo do Poder Judiciário, modelo de atuação posterior aos fatos já ocorridos para aplicação da norma jurídica; para um modelo resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas.

[...]

Assim, são tomadas decisões mais flexíveis e provisórias, com inclusão dos envolvidos na supervisão das medidas adotadas, com a possibilidade de contínuas revisões para adequação dessas medidas aos problemas surgidos ao longo de sua implementação, iniciando-se por decisões estruturantes (organizativas) que estabeleçam metas, objetivos e parâmetros de controle do cumprimento e da efetividade das medidas judiciais adotadas.

Os processos coletivos são caracterizados como instrumentos de atendimento ao interesse público, tendo em vista que, na maioria das vezes, em um dos polos da relação jurídico-processual encontram-se grupos considerados marginalizados ou minoritários, a

²⁶ Ibid., p. 34.

²⁷ Ibid., p. 38.

exemplo dos consumidores, crianças e adolescentes, pessoas vítimas de catástrofes ambientais, cidadãos institucionalizados, dentre outros.

As próximas sessões serão dedicadas ao detalhamento desse modelo processual, em que serão abordadas as nuances, desafios e perspectivas para seu aprimoramento no deslinde das demandas coletivas no Brasil, especialmente no que tange às decisões de caráter estruturante (processos estruturais).

2.1. Classificação dos litígios coletivos

Tradicionalmente, a tutela coletiva no Brasil é classificada de acordo com os direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), percebidos em abstrato e de forma independente. A tutela desses direitos tem uma feição estrutural no Código de Defesa do Consumidor. Segundo Didier e Zaneti²⁸:

ao prever uma estrutura formal para a tutela coletiva o CDC garantiu aos grupos a possibilidade de veicular quaisquer pretensões afirmadas como pretensões coletivas em juízo, desde que dissessem respeito a uma coletividade de pessoas, reconhecendo a dimensão coletiva dos direitos subjetivos, já garantida pela Constituição.

Sendo assim, os autores²⁹ explicam o conceito da primeira classe dos litígios coletivos baseado nos direitos transindividuais, os direitos difusos:

assim, reputam-se direitos difusos (art. 81, parágrafo único, I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), titularizado por um grupo composto por pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato.

Entre os componentes do grupo não existe um vínculo comum de natureza jurídica, v.g., a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base, a proteção ao meio ambiente e a preservação da moralidade administrativa.

Por outro lado, os direitos classificados como coletivos *stricto sensu*, podem ser assim definidos³⁰:

²⁸ Ibid., p. 67.

²⁹ Ibid., p. 74.

³⁰ Ibid.

os direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, II, do CDC) foram classificados como direitos transindividuais (com a mesma sinonímia descrita acima), de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis (frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe determinável), ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. [...]

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

Portanto, para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, vez que a tutela se revela indivisível, e a ação coletiva não está “à disposição” dos indivíduos que serão beneficiados.

O legislador ainda apresenta uma terceira categoria, os direitos individuais homogêneos, com fundamento no art. 81, parágrafo único, III, do CDC³¹:

[...] a gênese dessa proteção/garantia coletiva tem origem nas *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano.

[...]

O CDC conceitua laconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais.

De acordo com a classificação ora apresentada, nota-se que se trata de conceitos com interseção entre o direito material e processual, com vistas à possibilidade de efetivação da prestação jurisdicional.

No entanto, houve uma alteração no entendimento metodológico da tutela coletiva, que abandonou o estudo do instituto com base na classificação abstrata dos direitos, passando a fundamentá-lo a partir do litígio coletivo empiricamente verificado.

A referida tese foi capitaneada por Edilson Vitorelli³², o qual alega que a análise tradicional acerca do tema se mostrou insuficiente e que a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando de sua violação, ou seja, no contexto de um litígio coletivo.

A nova roupagem do instituto baseia-se em duas premissas teóricas: objeto e conflituosidade/complexidade. Quando ao objeto, Vitorelli³³ destaca:

³¹ *Ibid.*, p. 75-76.

³² LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. 715 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015.

³³ *Ibid.*

primeiramente, a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando de sua violação, ou seja, no contexto de um litígio coletivo. Não importa de quem é o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. Pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado. [...]

[...] Os direitos transindividuais, enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas. [...]

Em relação às premissas da complexidade e conflituosidade, o autor³⁴ explica seus diferentes conceitos, correlacionando-os à classificação ora defendida:

em segundo lugar, cabe um esclarecimento do sentido que se atribui aos conceitos de complexidade e conflituosidade. Complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito. Um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela jurídica da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente. [...]

A conflituosidade, por sua vez, é um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto menor for a uniformidade do impacto sobre tais integrantes, ou seja, quanto mais variado for o modo como forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade. Como as pessoas tendem a preferir soluções que favoreçam a suas próprias situações, a diversidade de impactos fará com que elas passem a divergir entre si acerca de qual o resultado desejável do litígio. Conflituosidade é, portanto, uma característica endógena ao grupo titular, enquanto a complexidade lhe é exógena.

Com fundamento nos conceitos e premissas retromencionados, a nova classificação proposta de litígios coletivos perpassa por três categorias: litígios coletivos de difusão global, litígios de difusão local e litígios de difusão irradiada.

Segundo Vitorelli³⁵, a primeira categoria de litígios transindividuais (difusão global) é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa:

[...] fora o interesse compartilhado por todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Nessa situação em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura. Essa é a categoria que se aproxima das formulações atuais do processo coletivo, que veem a sociedade como um ente supra-coletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto. Aqui não se trata de proteger o direito porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa genericamente a todos.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

Por outro lado, os litígios de difusão local são aqueles que produzem dano coletivo relevante para uma determinada coletividade, de modo que este grupo se sinta impactado e queira participar da solução, conforme explica o autor³⁶:

as lesões a direitos transindividuais que atingem esses grupos causam efeitos tão sérios sobre eles, abalando suas estruturas de modo especialmente grave, que é justificável considerar que, nessa hipótese, eles são os titulares dos direitos transindividuais lesados. Mesmo que se possa admitir que outras pessoas tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

A última classificação dos direitos transindividuais, a dos litígios de difusão irradiada, é aquela em que a lesão afeta diferentes grupos, segundo Edilson Vitorelli³⁷:

a última categoria de direitos transindividuais que se pretende formular é a que se relaciona ao que Rodolfo de Camargo Mancuso denominou mega-conflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.

Retornando às premissas anteriormente expostas, as situações enquadradas nesta última categoria são de alta conflituosidade e complexidade, tendo em vista haver múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade, a exemplo dos desastres de Mariana e Brumadinho, que serão objeto de estudo no capítulo 4 da presente pesquisa.

Dessa forma, nota-se que o conceito de litígios irradiados está associado não somente à queda da ideia da natureza indivisível dos direitos coletivos em sentido lato, mas também à dificuldade de autocomposição nesse tipo de conflito. Marcus Aurélio de Freitas Barros³⁸ explica em sua obra que eventual acordo deverá contemplar os diversos interesses e ser produzido com a efetiva participação dos representantes adequados, sendo muito comuns acordos parciais com alguns dos subgrupos.

³⁶ Ibid.

³⁷ MANCUSO apud *ibid.*

³⁸ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais*: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p.27.

Marcus Aurélio³⁹ destaca ainda os aspectos dessa categoria de litígio coletivo:

além da conflituosidade, aponta-se a complexidade como outro indicador que varia entre os litígios coletivos. Nos litígios coletivos irradiados, a situação é altamente complexa, sendo possível várias formas de tutela jurídica, sem contar que, as mais das vezes, não há concordância sobre a que deva ser utilizada.

Outro aspecto digno de realce é que os litígios em comento envolvem problemas policêntricos, havendo vários centros de poder (grupos atingidos) que se irradiam e sentem os efeitos do problema coletivo, de modo que esses grupos findam possuindo interesses próprios, mas que se relacionam e interagem com os dos outros grupos sociais.

Percebe-se, portanto, que essa espécie de litígio coletivo (de difusão irradiada) é que permeará toda a discussão acerca da aplicabilidade dos processos estruturais no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se está diante de situações e demandas de alta complexidade que irão requerer uma atuação mais firme não somente do Poder Judiciário, mas de todas as instituições que, de alguma forma, possam contribuir com o deslinde da problemática e apresentem soluções efetivas para a coletividade envolvida.

Por fim, e tendo por base todas as classificações apresentadas, em sede de litígios complexos, necessário apresentar sua correlação à ideia do policentrismo, ou seja, local em que haverá a discussão de múltiplos interesses. Processos estruturais encontram-se envoltos nesse conceito, tendo em vista que para eliminar as causas do conflito, muitas variáveis devem ser verificadas, como explica Violin⁴⁰:

é justamente nesse âmbito de indeterminação jurídica que surgem críticas ao papel das cortes e à sua legitimidade para a reforma estrutural. A crítica é injusta. Na verdade, o policentrismo jurídico é consequência direta de pelo menos três fatores: (a) a permeabilidade do ordenamento jurídico a valores morais conflitantes; (b) a crescente utilização de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador; e (c) a dispersão da função normativa entre legislador e julgador.

Os métodos de ponderação e balanceamento são tentativas de reduzir a complexidade pela definição de uma ordem objetiva preferencial entre os critérios de solução. Ambos os métodos visam a racionalizar a atribuição de diferentes pesos a diferentes direitos, a depender das circunstâncias do caso.

Em resumo, processos policêntricos (ou multipolares) são aqueles em que coexistem diversos centros de interesse, sob o olhar de Fernanda Vogt e Lara Pereira⁴¹:

³⁹ Ibid.

⁴⁰ VIOLIN, Jordan. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. 2019. 256 f. Tese de doutorado (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

⁴¹ VOGT, Fernanda. PEREIRA, Lara. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021, p.387.

é justamente nos processos policêntricos que essa lógica é rompida. Neles, convivem múltiplos interesses, ainda que formalmente possam ser processos entre duas partes. Basta, para tanto, que gerem impactos extrapartes, alcançando a esfera jurídica de terceiros.

A conflituosidade interna entre os interessados (policentria) é uma das facetas da complexidade das demandas multipolares; a outra é a complexidade da matéria de fato e de direito envolvida no litígio. Resta montado, assim, um cenário de despolarização do processo, e, como consequência, de dinamização da cognição.

Sendo assim, as medidas judiciais denominadas estruturantes (*structural injunctions*) vão muito além da concessão de uma obrigação específica. São decisões voltadas à efetividade prática, que envolvem diversos atores processuais e centros de interesse, inclusive a sociedade, em um modelo de performance específica com característica colaborativa.

2.2. Origem e características dos processos estruturais

Os processos ou decisões estruturais têm origem nos Estados Unidos, em conflitos ligados à implementação de políticas públicas. O *leading case* “*Brown v. Board of Education*”, oriundo da jurisprudência norte-americana no ano de 1954, adotou uma série de medidas estruturais para a efetiva solução da demanda, tendo em vista que uma simples sentença não conseguiria abarcar todas as nuances da questão sob análise. Owen Fiss⁴² nos Estados Unidos destacou a importância de se encontrar um meio para vencer a burocracia, ou seja, instrumentos para eliminar a possibilidade de não concretização das normas constitucionais:

[...] foi na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954 do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* que emergiu o *structural litigation* em razão das medidas que deveriam ser implementadas para que a decisão judicial fosse não só cumprida como também fosse perpetuada. O conjunto de ações que foi ordenado para cumprir a decisão exemplifica, perfeitamente, a teoria de Owen Fiss, pois o Judiciário enfrentou as organizações burocráticas para concretizar aquilo que está descrito na Constituição.

O autor norte-americano ressaltou o *adjudication*, modelo que está relacionado à solução de conflitos de forma prática e concreta por parte do Poder Judiciário. Jobim e Rocha explicam essa atuação frente aos conflitos com os demais poderes⁴³:

⁴² FISS apud JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 853-872.

⁴³ *Ibid.*

o ativismo judicial é um fenômeno que nasceu em contraposição à autocontenção judicial, num ambiente que o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar. Assim, o caso *Brown* é tratado como um precedente histórico de ativismo judicial através da intervenção do Poder Judiciário (pelo *structural litigation*) em esferas organizacionais que, originalmente, não lhe dizem respeito.

O novo modelo de *adjudication* tem o papel de colocar o Poder Judiciário diante dos valores públicos como protagonista, por meio de um ativismo judicial equilibrado para servir de alerta aos demais poderes para que estes, efetivamente, cumpram suas atribuições.

O caso *Brown v. Board of Education* trata da situação de uma criança negra (Linda Brown) que percorria uma grande distância para estudar todos os dias. Entretanto, havia uma escola próxima à sua residência, mas que não aceitava crianças negras. Logo, foi ajuizada ação contra o Conselho de Educação local (*Board of Education*) a fim de garantir a matrícula de Linda na referida instituição.

A Suprema Corte Americana garantiu o direito de a criança frequentar a escola, que era exclusiva de brancos. Além do caso de Linda Brown, outros semelhantes envolvendo a temática da segregação racial chegaram à Corte. O caso foi paradigma pois representa uma atuação judicial forte no sentido de ajudar a transformar a sociedade a fim de garantir os direitos das minorias, a igualdade e a não discriminação, um grande passo para a época.

Ocorre que, apesar do posicionamento favorável da Suprema Corte, a decisão mostrava-se de difícil concretização, face à cultura centenária de segregação, como destacam os autores⁴⁴:

para certo, o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* não aparentava facilidade de ser concretizado. Enfrentar uma cultura mais que centenária numa sociedade não é algo que se possa realizar naturalmente. Diante dessa constatação, alguns questionamentos eram previsíveis para os *Justices* ao julgarem o caso, entre eles: (i) como dar condições de possibilidade de uma afrodescendente frequentar uma escola para brancos sem que seja discriminada? (ii) será que apenas pelo julgamento do caso pela Suprema Corte dos Estados Unidos haveria de ser cumprida a decisão? Essas e outras tantas preocupações restaram consignadas na *opinion* da Corte e no julgamento do caso.

Dessa forma, para o deslinde do caso em tela, foram implementadas medidas estruturantes para que a decisão judicial admitindo uma criança negra numa escola exclusiva de brancos pudesse ser concretizada, quais sejam: novos procedimentos para seleção de professores e novos critérios no sistema de escolas e transportes públicos, dentre outras,

⁴⁴ Ibid.

desaguando no fortalecimento da mudança desses paradigmas históricos, conforme sustentam os especialistas⁴⁵:

os tempos passaram e a doutrina construída nos Estados Unidos do *separate but equal*, fortalecida pelo julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, não mais se sustentava frente aos avanços que os direitos dos negros ganhavam, dia a dia, na sociedade. Era tempo de mudanças, e a Suprema Corte deveria intervir. Um dilema era certo: modificar uma orientação centenária que segregava brancos e negros seria algo viável se a Corte assim o dissesse?

A resposta à pergunta veio com a chegada de momento tão esperado: o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Foi nele que, finalmente, o sistema de segregação racial foi amplamente discutido e rechaçado pelos *Justices* integrantes da Suprema Corte estadunidense, fulminando a doutrina até então dominante naquele país. Contudo, sabia-se que, possivelmente, pouca efetividade haveria naquela decisão se não tivesse o Tribunal tomado medidas necessárias ao seu cumprimento, criando-se, assim, o que Owen Fiss denominou de *structural reform*, expressão que foi traduzida por “medidas estruturantes”, ou seja, uma nova forma de *adjudication*, na qual os valores constitucionais são preenchidos pelos juízes que, conscientes da estrutura burocratizada do Estado, devem apontar soluções para a efetividade da decisão judicial.

Superada a análise acerca da origem dos processos ou decisões estruturais, necessário se faz abordar sua conceituação e características, de forma a aprofundar no arcabouço teórico do tema.

Segundo Edilson Vitorelli⁴⁶, os litígios estruturais seriam aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo seja a promoção de valores públicos pela via jurisdicional, por intermédio de uma reorganização institucional:

a caracterização de um litígio estrutural envolve a superposição de algumas características. Primeiro, trata-se de um conflito de elevada complexidade, que envolve múltiplos polos de interesse, os quais se apresentam em oposições e alianças parciais. Essa característica não é exclusiva dos litígios estruturais. Tanto na esfera pública, quanto no âmbito do Direito Privado, a ideia tradicional de bipolaridade dos conflitos (autor-réu) é insuficiente para explicar diversas situações.

Segundo, o litígio estrutural implica a implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente, na sociedade. Nos Estados Unidos, o esforço para se impor judicialmente a realização de valores públicos, talvez o mais ambicioso exercício de poder jurisdicional, ficou conhecido como *public law litigation*, ou ações de interesse público

[...]

Em terceiro lugar, o litígio estrutural se diferencia pela necessidade de reforma de uma instituição, pública ou privada, para permitir a promoção do valor público visado. Essa instituição pode ser a protagonista da violação do direito material litigioso ou pode obstaculizar a sua promoção. [...]

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: JOBIM; ARENHART, op. cit., p. 330-383.

O processo estrutural, portanto, faz parte de um modelo processual em que se requer a reestruturação de instituições, o envolvimento da sociedade e do Estado. Camila dos Santos cita em sua obra o famoso estudo feito por Abram Chayes⁴⁷ na década de 70, no qual ele analisou as formas jurisdicionais e processos de interesse público, apontando características do modelo tradicional de litigância:

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

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

O processo estrutural não é lugar de ideias tradicionais de individualização do processo civil, com a imposição de decisões rígidas, muito pelo contrário, é espaço para construção do diálogo entre as partes, com decisões flexíveis, em especial, pela necessidade de se olhar para a questão de políticas públicas. Corroborando o entendimento, Owen Fiss⁴⁸ explica:

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

⁴⁷ CHAYES apud SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira. *Processo Estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 68-69.

⁴⁸ FISS, Owen. As formas da justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 120.

Assim, nota-se que o modelo processual tradicional foi criado para, em regra, resolver interesses privados, em que duas partes em conflito terão uma decisão de um terceiro imparcial. O mesmo não ocorre em demandas estruturais, em que se busca alterar o funcionamento de uma engrenagem social para evitar ilícitos futuros, conforme destaca Jordan Violin⁴⁹:

Litígios estruturais decorrem da crescente importância que organizações desempenham no mundo contemporâneo. Em maior ou menor grau, a vinculação a determinada instituição é jurídica ou economicamente inevitável. Um apenado não pode voluntariamente se desligar do sistema prisional alegando condições indignas de confinamento; um paciente sob medida de segurança não pode cortar relações com o hospital psiquiátrico alegando tratamento desumano; um agente econômico não pode ignorar a agência reguladora alegando corrupção dos agentes públicos. Em todos esses casos, a impossibilidade é jurídica. Mas essa mesma lógica se aplica também a casos em que a desvinculação, embora juridicamente possível, é faticamente custosa. Um estudante não pode evadir do sistema educacional sob alegação de racismo sem notório prejuízo à sua formação e às suas oportunidades futuras. Tampouco pode ser viável recusar uma oferta de emprego numa grande companhia por causa de uma política de promoções machista ou xenofóbica. A inevitabilidade da relação entre indivíduo e instituição deixa apenas uma possibilidade: a identificação e substituição da prática violadora de direitos.

Portanto, o diálogo entre as partes visa dar uma solução concreta à coletividade afetada pela questão objeto da demanda, sendo a ação coletiva com pedido de natureza estrutural, o meio adequado para esse deslinde.

Imperioso se faz delimitar novos parâmetros de interpretação das ações coletivas, em especial no que tange à congruência entre o pedido realizado na demanda e a respectiva decisão judicial, tendo em vista sua complexidade e constante mutação.

Tradicionalmente, as decisões proferidas em ações judiciais de uma maneira geral possuem natureza impositiva, o contrário do que ocorre em processos estruturais, em que a decisão se dá com base em um diálogo institucional, de forma dialética.

Ressalta-se que, no Direito Brasileiro, o fundamento legal para a permissividade de decisões estruturais encontra-se no Código de Processo Civil⁵⁰ (art. 139, IV c/c art. 536, §1º) e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB⁵¹ (art. 21):

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
[...]

⁴⁹ VIOLIN, op. cit.

⁵⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 15 abr. 2022.

⁵¹ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 15 abr. 2022.

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 536 [...]

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Importante destacar que o referido dispositivo foi inserido na LINDB com o advento da Lei nº 13.665/18, demonstrando a preocupação com decisões que acarretem invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Os juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto de reforma da Lei de Introdução justificam a redação do artigo⁵²:

[...]

o dispositivo em questão apenas exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsidere em situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expreso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão

Sendo assim, com a finalidade de atender aos referidos dispositivos legais, é comum que as medidas estruturantes apresentem uma primeira decisão (denominada principal) e, em seguida, inúmeras outras que possuem por finalidade efetivar a concretização do resultado almejado na decisão principal, ou seja, da “decisão-núcleo” podem surgir questões pontuais (medidas práticas) a serem tratadas.

⁵² CONJUR. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf> >. Acesso em: 29 mai. 2022.

3. MECANISMOS AUXILIARES PARA DECISÕES ESTRUTURAIS E SUA EFETIVIDADE

O presente capítulo visa abordar os desafios da efetividade das decisões estruturais, tendo em vista que, conforme já pormenorizado no capítulo 1 do presente estudo, o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário seria um ponto sensível neste cenário. E é exatamente a reforma ou implementação de políticas públicas e/ou a alteração de um comportamento institucionalizado os objetivos principais de um processo estrutural.

Um dos desafios mais essenciais de uma decisão estrutural seria o seu cumprimento efetivo (execução da sentença), especialmente porque a realidade fática da demanda pode sofrer constantes alterações, o que irá requerer estratégias imediatas. O planejamento do cumprimento dessa decisão deve ser cuidadosamente realizado pelo julgador, estabelecendo parâmetros para cumprimento, cronograma de implementação das medidas e prevendo eventuais alterações no curso da execução. A reforma estrutural requer, na maioria dos casos, inúmeras fases ou etapas para sua concretização.

Nesse sentido, Camila dos Santos⁵³ reflete acerca das medidas para cumprimento das decisões estruturais:

primeiramente, é necessário se definir, de forma clara, os limites do litígio em questão para que possam ser adotadas as melhores medidas para o seu enfrentamento. Para tanto, é essencial que as partes tragam as informações necessárias, que podem ser tanto por manifestação escrita quanto pela realização de uma audiência, privilegiando-se a oralidade.

[...]

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

A aproximação entre as instituições (Legislativo, Executivo, Judiciário, órgãos de controle, dentre outros) tem se mostrado uma necessidade, apesar dos inúmeros obstáculos e conflitos existentes. Sem um diálogo efetivo e estratégias bem definidas, todo o modelo estrutural restaria comprometido.

Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a alteração advinda da Lei nº 13.655/2018, proporcionou uma considerável reforma nas questões

⁵³ SANTOS, op. cit., p. 126-127.

relacionadas ao planejamento, consensualidade e atuação dos órgãos de controle na Administração Pública. Destaca-se o art. 22 da LINDB⁵⁴:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

O dispositivo retromencionado dispõe acerca da interpretação das normas sobre gestão pública. Não são raras as vezes em que os gestores alegam o descumprimento de regras em razão das dificuldades práticas de implementação. A intenção da norma é, portanto, fazer com que o Judiciário ou os órgãos de controle considerem não apenas a literalidade das regras que o administrador tenha eventualmente violado, mas também as dificuldades práticas que ele enfrentou e que possam justificar esse descumprimento.

Entretanto, necessário se faz sopesar a finalidade desse dispositivo, a exemplo do que propõe a professora Irene Nohara⁵⁵:

os elaboradores do texto normativo chamam essa exigência de primado da realidade. Todavia, podem existir vários olhares sobre essa previsão, por exemplo: (a) desnecessária, pois já deveria estar pressuposta na interpretação jurídica feita na área da gestão, que não pode se estabelecer sem que se considere a realidade; (b) ineficaz, porque podem existir interpretações variáveis e que não deixam de ser especulativas, abstratas, portanto, sobre quais seriam os obstáculos e dificuldades; e, por fim, (c) perigosa: se for utilizada como uma brecha capciosa para se alegar que, por exemplo, como a realidade não nos permitiu cumprir adequadamente as exigências legais, então, podemos nos eximir de garantir direitos.

[...]

Aqui é interessante que essa determinação normativa não seja utilizada, portanto, como um pretexto para o argumento no sentido de que a realidade vence o direito, ou seja, que se as circunstâncias de cumprimento da lei forem muito penosas, vamos questionar tal requisito, ou pior, negociar o seu cumprimento por um regime de transição, conforme será visto na sequência.

⁵⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 4657/1942*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2022

⁵⁵ NOHARA, Irene. *Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015)*. Disponível em: < <https://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 29 mai.2022.

Dessa forma, a seguir serão elencados alguns dos mecanismos que podem auxiliar e viabilizar os processos e decisões a nível estrutural. A intenção, no presente estudo, é a de propor estratégias práticas a fim de que as diversas partes envolvidas possam enxergar uma solução para as dificuldades enfrentadas.

3.1. Mapeamento do conflito e flexibilização do procedimento

O mapeamento do conflito como um mecanismo auxiliar das decisões estruturais envolve diretamente o diagnóstico do problema coletivo, assim como o controle institucional de políticas públicas.

Marcus Aurélio de Freitas Barros⁵⁶ destaca em sua obra a íntima ligação do tema com a tutela de novos direitos e a questão das políticas públicas:

esses “novos direitos”, que envolvem temas árduos como saúde, educação, assistência social, violência, meio ambiente, direitos das minorias, possuem inegável importância no âmbito de uma sociedade de massas, mas precisam ser promovidos com responsabilidade, a fim de serem garantidos em sua integralidade, pois são gravíssimas as consequências de sua violação.

Exigem, a bem da verdade, complexas prestações do Estado e eficiência na gestão dos serviços e na atuação dos poderes públicos, em especial o Poder Executivo e o Legislativo.

Tais direitos, por vezes, demandam, para sua concreção, políticas públicas eficientes, organizadas e vinculadas juridicamente.

Essas políticas, entretanto, exigem a estruturação de verdadeiros sistemas públicos de proteção de direitos. É necessária, portanto, toda uma organização do Estado, muitas vezes complexa, por exigir inúmeras medidas legislativas e administrativas, para a efetivação de direitos fundamentais no exercício da função de governo típica.

No Brasil, já há uma série de normas que regulamentam a questão das políticas públicas acima referenciadas, entretanto, apesar de todo esse arcabouço, não são raras as violações a esses direitos, especialmente, no que tange às omissões do Poder Público. Assim, além de conhecer a política pública aplicada ao caso concreto específico, fundamental se faz verificar a realidade fática das pessoas envolvidas, nas palavras de Barros⁵⁷:

assim, antes mesmo de utilizar a técnica ora evidenciada, de mapeamento do conflito, é importante conhecer as normativas que regulam a política pública, fazendo uma comparação entre a teoria e a prática, a fim de que a reestruturação da entidade burocrática permita a efetiva implantação da política pública em questão, nos exatos moldes em que está prevista.

⁵⁶ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais*: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p.90.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 92-94.

É fundamental, por fim, com o mapeamento do conflito, conhecer o problema coletivo, o contexto fático em profundidade, fazendo um bom desenho da realidade concreta, o que permite, também, divisar os grupos sociais atingidos pelo litígio coletivo. Na verdade, dito mapeamento permite conhecer a situação jurídica estrutural e o ilícito estrutural continuado.

[...]

Acrescente-se, ademais, que na hora em que se identifica bem a situação concreta, bem como suas interfaces jurídicas, há espaço mais aberto para uma solução consensual do conflito.

Quanto aos aspectos relacionados ao processo nas demandas estruturais, torna-se imperiosa a atenuação de algumas regras, a exemplo da congruência objetiva externa, que exige a correlação entre a decisão e a demanda, e que nem sempre o pedido da parte exaurirá o problema, seu desdobramento e suas possibilidades de resolução. Nesse sentido, os professores Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael de Oliveira⁵⁸ destacam:

em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios não estruturais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação.

[...]

Como consequência disso, também é preciso atenuar a regra da estabilização objetiva da demanda (art. 329, CPC), permitindo-se até mesmo que haja alteração do objeto, desde que assegurado o contraditório prévio e substancial.

[...]

A flexibilidade da congruência objetiva e da estabilização da demanda supõe que a interpretação do pedido (art. 322, §2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Numa ação coletiva que diga respeito, por exemplo, aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais.

O mesmo ocorre com a regra da estabilização objetiva da demanda, a qual é relativizada nos processos estruturais. Segundo Didier Júnior⁵⁹, citado por Fernanda Vogt e Lara Pereira, “em um contexto de litígio estrutural, não é possível a implantação de preclusões demasiado rígidas, sob pena de inviabilização do prosseguimento do feito, o qual, sistematicamente, demanda a aplicação dos princípios da adaptabilidade e de adequação do procedimento”.

Um outro elemento processual a ser considerado é a gestão do processo pelo juiz e a consequente eficiência em nível sistêmico, princípio estabelecido no art. 8º do Código de

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie, et al. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/147368/elementos_teorias_processo_didier.pdf >. Acesso em: 29 mai. 2022.

⁵⁹ DIDIER JR apud VOGT, Fernanda; PEREIRA, Lara. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART; JOBIM, op. cit., p.392.

Processo Civil. Fernanda Vogt e Lara Pereira⁶⁰ abordam essa questão processual sob a seguinte vertente:

na verdade, a diretriz a ser adotada pelo juiz para a gestão do conflito estrutural dependerá do seu conhecimento sobre todos os desdobramentos no curso do processo e das decisões prolatadas: o cumprimento de determinada medida, o conhecimento de determinadas exceções levantadas pelos agentes – um órgão ambiental que se diga incompetente para o licenciamento de medida específica, por exemplo – e, além de tudo, a repartição da cognição com entes tecnicamente mais adequados, o que pode ocorrer através da delegação de atos para outros centros especializados.

Jordan Violin⁶¹, em sua tese de doutorado, na qual retrata os processos estruturais sob uma perspectiva comparada, argumenta que “a resolução de problemas complexos deve ser baseada em ajustes mútuos e sucessivos a fim de se obter um equilíbrio”. O autor⁶² destaca que tais espécies de conflitos costumam ser revolidos por meio de “tentativa e erro” e apresenta algumas considerações:

esse experimentalismo é perceptível na experiência norte-americana. O modelo tradicional de análise de políticas públicas, consistente em definir o problema, identificar o objetivo, especificar alternativas, escolher a solução e implementá-la, não costuma ser seguido em litígios estruturais. O mais comum é que juízes atuem de maneira incremental: determina-se a mudança, geralmente bem delimitada, e aguardam-se suas repercussões. Com base nessa resposta é que são identificadas as potenciais soluções e até mesmo o objetivo a ser atingido. [...]

Esse método de resolução de problemas complexos, todavia, pode ser criticado por ser excessivamente informal. Ele parece mais intuitivo do que objetivo. O juiz vai tateando de modo especulativo, quase desordenado, até topar com uma possível solução. Mas, em problemas policêntricos, o aparecimento de repercussões imprevistas é uma constante. Pode ser mais produtivo atuar passo a passo, de modo responsivo, pontual e gradual, do que com base num plano abrangente e fixo.

Sendo assim, diferentemente de demandas simples, nos conflitos com a presença de uma questão estrutural, princípios e regras processuais costumam sofrer relativizações, na medida da permissividade legal com vistas ao seu melhor desenvolvimento.

Apesar das incontáveis vantagens da condução de uma demanda estrutural sob uma visão sistêmica, não se pode deixar de pontuar seus grandes desafios, especialmente, pontos que tangenciam eventual inexperiência do juízo no desenvolvimento de políticas públicas (tipicamente realizada pelo Executivo) por exigir amplo conhecimento técnico de uma área específica.

⁶⁰ Ibid., p.391.

⁶¹ VIOLIN, op. cit.

⁶² Ibid.

A necessidade de um bom mapeamento da situação em apreço e eventuais flexibilizações de medidas são confirmadas quando se coloca sob exame, por exemplo, custos de implementação das decisões proferidas e o que de fato será mais benéfico para as partes interessadas.

Por tudo isso, um diálogo efetivo entre as instituições e o atendimento à cooperação são outros mecanismos primordiais ao desenvolvimento das demandas objeto do presente estudo, conforme se passa a analisar.

3.2. Diálogo institucional e cooperação

De acordo com previsão no artigo 6º do Código de Processo Civil⁶³, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Trata-se de fundamento de um dos pilares das demandas estruturais, que é o diálogo entre as instituições que façam parte de um procedimento judicial ou extrajudicial.

Essa colaboração ou cooperação desenhada pelo Código de Processo Civil atinge não somente as partes formais de um processo, mas também uma cooperação entre as instituições (judiciais ou não), pois, conforme já visto, litígios estruturais demandam providências por parte de diversos interessados, inclusive da Administração Pública.

A consensualidade e a cooperação emergem como novos paradigmas do Direito Administrativo, pautadas no atendimento das demandas do Estado como garantidor dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Lúcio Picanço Facci⁶⁴ fundamenta a importância da cooperação no princípio da moralidade administrativa:

a cooperação como trabalho conjunto, ajuda ou suporte operacional, é inerente ao princípio da moralidade administrativa, porquanto sustenta o adequado funcionamento do Estado e promove o respeito mútuo nas relações de natureza jurídico-administrativa. Uma Administração relacional reconhece o diálogo e o equilíbrio no processo de tomada de decisão e na implementação do mesmo.

Técnicas e métodos voltados à cooperação apresentam grande utilidade nos processos estruturais, em especial, porque essas espécies de demandas visam a um reestabelecimento social em razão de alguma violação de direitos. O conteúdo tratado no item anterior, que aborda

⁶³ BRASIL. *Decreto-lei nº 4657/1942*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 jul. 2022

⁶⁴ FACCI, Lúcio. *Meios Adequados de Resolução de Conflitos Administrativos: a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 135.

a flexibilidade do procedimento, encontra-se intimamente ligado aos objetivos da cooperação e do diálogo institucional, dado que são corolários de uma prestação jurisdicional compatível com o que a sociedade reivindica.

Em seus estudos, Guilherme Braga Penã de Moraes⁶⁵ destaca a expressão “ativismo dialógico” quando explica a correlação do protagonismo institucional do Poder Judiciário com a implementação de políticas públicas, que pode resultar no estado de coisas inconstitucional (temática já tratada no capítulo 1 do presente trabalho):

o estado de coisas inconstitucional é demonstrado pelo fracasso generalizado de políticas públicas que, causado pelo bloqueio do processo político ou institucional, resulta em violações massivas de direitos humanos.

A teoria foi desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia na solução de casos estruturais, como, por exemplo, os relacionados aos estabelecimentos carcerários, deslocamentos internos e saúde pública, na forma do art. 27, no 3, do Decreto no 2.591, de 19 de novembro de 1991.

O estado de coisas inconstitucional é contemplado em ordens judiciais de execução complexa do tribunal constitucional que, no exercício da jurisdição supervisora que lhe é investida, deve proceder à realização de audiências públicas de prestação de informações e de autos de monitoramento das providências adotadas pelo Estado.

Diferentemente do ativismo clássico, que tem a pretensão de resolver, com a sentença ou acórdão, todos os problemas discutidos no processo judicial, propõe o ativismo dialógico o emprego de procedimentos de mudança organizacional pela implementação gradual do julgado.

Além disso, a ampla participação dos envolvidos e das instituições que possam de alguma forma contribuir para o deslinde do caso, garantem um contraditório ampliado com a possibilidade de soluções antes não cogitadas. Nesse sentido, Gustavo Cavalcanti Lamêgo⁶⁶ destaca:

o fortalecimento da participação das partes, nos processos estruturais, tem utilidade prática, para além da óbvia necessidade de se respeitar os princípios ligados ao devido processo legal. É que, não raro, há dificuldade de se visualizar a exata dimensão do problema a ser enfrentado nos litígios estruturais. É essa dificuldade, inclusive, que faz com que as violações a direitos sejam atacadas por medidas judiciais sem que o estado de coisas que as sustentam seja combatido. Por isso, a amplificação da participação social no processo pode ajudar os envolvidos a compreender o problema numa perspectiva geral.

⁶⁵ DE MORAES, Guilherme Braga Pena. Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: *Direito em Movimento*. Disponível em: <<https://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/155>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

⁶⁶ LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. Técnicas de cooperação judiciária nacional aplicadas a processos estruturais. In: ARENHART; JOBIM, op. cit., p.500.

Além do dispositivo do Código de 2015 já citado, outros fundamentam o modelo de processo cooperativo, a exemplo dos artigos 67, 69, 261 e 357, §3º. Da interpretação dessas normas, depreende-se que há, em litígios complexos, uma divisão processual de responsabilidades. A aplicação dinâmica e flexível das regras processuais novamente é ressaltada nesse aspecto, como explica Pedro Domingos⁶⁷:

o juiz cooperativo fomenta a controvérsia na fase preparatória do julgamento, conforme prevê o artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, ampliando as oportunidades de esclarecimentos e a homologação de acordo sobre as questões de fato e de direito que serão delineadas. Além disso, pode sanear questões processuais pendentes em audiência por meio de solução consensual, convenção processual e negócios jurídicos em cooperação com as partes. Dierle Nunes vai adiante, compreendendo que tal modelo cooperativo de processo, por ele denominado de “comparticipativo”, seria o mais adequado para a democracia, porque os atores processuais passam a ser vistos “em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.

O diálogo entre as partes e instituições interessadas propicia não somente o atendimento às regras processuais voltadas a uma adequada solução do conflito, mas, principalmente, o desenvolvimento de uma decisão compatível e detalhada. Esse detalhamento é uma das características elementares das decisões estruturais, pois irá prever as fases, modo de execução, participação, fatores que serão decorrência desse cooperativismo e comunicação efetiva entre os interessados.

A efetividade do cumprimento de uma decisão estrutural depende da colaboração mútua das partes. Nessa espécie de litígio, a decisão não se limita a solucionar uma questão pretérita, mas se projeta para o futuro, o que reforça o diálogo entre as partes envolvidas, segundo Camila dos Santos⁶⁸:

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

Sendo assim, nota-se que uma decisão consensual e dialogada proporciona imensuráveis vantagens processuais e práticas. Primeiramente, porque as partes detêm um conhecimento

⁶⁷ DOMINGOS, Pedro Luiz de Andrade. A divisão de responsabilidades em um processo judicial complexo. In: *Ibid.*, p.1043.

⁶⁸ SANTOS, op. cit., p. 129.

específico e detalhado das questões fáticas. Além disso, quando há consenso e comunicação para o desenho de uma solução compatível, a probabilidade de os réus cumprirem com as obrigações oriundas dessa decisão é infinitamente maior, tendo em vista que eles próprios auxiliaram na formulação dessa proposta.

3.3. Atores auxiliares do juízo

Como visto até o presente momento, alguns mecanismos apresentam-se imprescindíveis na busca pela efetividade das decisões judiciais no âmbito dos litígios estruturais. Além da própria flexibilização e do diálogo institucional, já detalhados anteriormente, ferramentas interessantes podem ser vislumbradas neste objetivo. Neste item, serão correlacionadas algumas sugestões, tendo como base o direito comparado ou até mesmo casos práticos brasileiros que obtiveram bons resultados.

Inicialmente, destaca-se a figura denominada de *special masters*, que podem ser conceituados como auxiliares do juízo na fase de cumprimento das decisões estruturais. Trata-se de assessoria especializada que pode ser contratada para contribuir e assistir o juízo na execução da sentença, tendo em vista que esses especialistas possuem conhecimento técnico específico, que nem sempre os magistrados detêm.

A figura do *special master* foi prevista na legislação norte-americana, como fundamenta Vitorelli⁶⁹:

o modelo do *town meeting* pode ser conduzido não diretamente pelo juiz, mas por um *special master* por ele designado, com poderes variáveis em cada caso. O *special master* é um estudioso com grande expertise em ações coletivas – geralmente um ex-juiz ou professor universitário – ou na área do conhecimento especificamente relacionada ao caso. Ele exerce uma variedade de funções no processo civil nos Estados Unidos. Pode ser nomeado para facilitar a obtenção de um acordo, em papel análogo ao de um mediador, para revisá-lo, depois de pronto ou, na fase de execução, para auxiliar o juiz com as providências e decisões necessárias a implementá-lo. Pode também supervisionar a produção de provas, presidir audiências e fazer relatórios ou recomendações ao juízo, acerca das matérias submetidas a sua apreciação. O *special master* é remunerado com as verbas decorrentes do acordo, ou por uma das partes, conforme determinação judicial.

O Projeto de Lei nº 8058/14⁷⁰, que visa instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, traz a previsão da possibilidade de

⁶⁹ LIMA, op. cit., p. 571-572.

⁷⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 8058/2014*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758> >. Acesso em: 16 mar. 2022.

nomeação de um comissário, semelhante ao que seria o *special master* no direito norte-americano:

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo único. Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela.

Uma segunda e importante ferramenta auxiliar nesse processo decisório seriam as audiências públicas, mecanismo de participação popular, já utilizadas no processo coletivo brasileiro com o objetivo de se permitir um debate com a sociedade interessada. Apesar desse histórico, conforme destaca Edilson Vitorelli⁷¹, “as audiências públicas vêm se mostrando empiricamente limitadas, quando o objetivo é verificar a opinião de um grupo vasto heterogêneo de pessoas indeterminadas, ao invés de um seletivo número de especialistas”.

Embora apresentem as referidas limitações, as audiências públicas podem proporcionar algum incremento na atividade processual, pois são capazes de fazer surgir objeções que não foram consideradas no decorrer do procedimento. A participação popular, de uma forma ampla, proporciona maior legitimidade à atuação do Poder Público, tanto no âmbito judicial quanto administrativo, numa perspectiva do Estado Democrático de Direito, segundo pondera o professor Rafael Oliveira⁷²:

a participação popular no procedimento administrativo, nessa perspectiva do consensualismo, revela-se um importante instrumento de democratização da Administração Pública, pois permite uma melhor ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses dos particulares, identificando, com maior precisão, os problemas e as diferentes consequências possíveis da futura decisão. Ademais, a participação aumenta a probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões administrativas, constituindo, por isso, importante fator de legitimidade democrática da atuação da Administração Pública.

Além da possibilidade de participação popular, pode ser considerada, também, a habilitação de *amicus curiae*, ator que tem potencial para contribuir na elaboração e implementação da decisão estrutural, auxiliando nas discussões para possíveis alternativas de

⁷¹ LIMA, op. cit., p. 521-522

⁷² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2021, p. 45.

solução do conflito. O Código de Processo Civil⁷³, em seu artigo 138 prevê sua nomeação em qualquer processo em razão da “relevância da matéria”:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Esses atores auxiliares do juízo no desenho das decisões estruturais são somente algumas das muitas alternativas que podem ser utilizadas pelo Judiciário com vistas a uma maior efetividade do seu cumprimento. Conforme já tratado, uma das maiores dificuldades de um processo estrutural é justamente a execução da sentença, ou seja, além de um deslinde bem delineado e planejado, deve haver uma mudança de mentalidade com o fito de pacificação e implementação das ações requeridas.

3.4. Métodos equivalentes de resolução de conflitos

Consoante já abordado nos itens anteriores, a decisão estrutural envolve a implementação de uma reforma institucional de maneira a viabilizar a uma política pública ou a concretização de direitos fundamentais.

Para que esses objetivos possam ser alcançados, além do litígio em si, a utilização de métodos equivalentes de resolução de conflitos mostra-se compatível e adequada, tendo em vista que permite que as próprias partes desenhem um acordo benéfico a elas.

Tradicionalmente, o país encontra-se enraizado na cultura do conflito, em que as partes de uma determinada relação (seja contratual, familiar, empresarial ou, até mesmo, envolvendo a Administração Pública) recorrem ao Judiciário como forma principal para resolução de suas demandas. Conseguir enxergar a judicialização como uma última instância alternativa ainda é

⁷³ BRASIL, op. cit., nota 50.

um desafio para uma sociedade, conforme destaca Alexandre Câmara⁷⁴:

no Brasil desenvolveu-se, desde sempre, uma cultura segundo a qual os conflitos deveriam ser solucionados por meio da atuação do Poder Judiciário. Houve, por assim dizer, uma judicialização dos conflitos. (...) É preciso deixar claro que o Judiciário deve ser o meio alternativo. A sociedade deve dar-se conta de que é capaz de resolver, por si própria, os conflitos jurídicos que nela surgem. Tais conflitos devem ser solucionados pacificamente, pelos meios adequados de resolução dos litígios, os quais se desenvolvem dentro dos próprios organismos da sociedade, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Apenas naqueles casos em que esses meios adequados não sejam capazes de resolver o conflito é que será preciso ir ao Judiciário.

Antes de adentrar à possibilidade de utilização desses mecanismos, necessário se faz apresentar um arcabouço histórico acerca dos métodos consensuais no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de diversa da estrutura que se tem hoje, os métodos consensuais para resolução de conflitos remontam ao século XIX, quando na Constituição do Império do Brasil de 1824⁷⁵ foi instituída a figura do juiz de paz, tornando a conciliação obrigatória:

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

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas atribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

Logo após, também houve uma evolução da aplicabilidade de medidas consensuais, conforme explica Camila dos Santos⁷⁶:

posteriormente, em 15 de outubro de 1827, foi promulgada a Lei Orgânica das Justiças de Paz, aumentando substancialmente a autoridade dos juizes de paz, cujos acordos valiam como sentença, sendo que os juizes de paz podiam ainda executá-los caso estivessem nos limites de sua alçada. Em 1850, foi criado o Regulamento nº 737, que, além de regular o processo de julgamento de causas comerciais, passou a ser aplicado também para outras disputas cíveis. Seu artigo 23 também estabelecia a obrigatoriedade da conciliação prévia, prevendo o art. 36, ainda, a possibilidade do comparecimento voluntário das partes também do âmbito pré-processual.

⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Mediação e conciliação na Res. 125 do CNJ e no projeto de Código de Processo Civil. In: MENDES, Aluísio; WAMBIER, Teresa. *O processo em perspectiva – Jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: RT, 2013, p. 144.

⁷⁵ BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 14 mar. 2022.

⁷⁶ SANTOS, op. cit., p. 112.

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

No entanto, após a Proclamação da República e até a década de 1980, esse cenário sofreu grande transformação, colocando fim à obrigatoriedade de conciliação prévia como condição para acesso ao Judiciário, por exemplo. Diplomas normativos do período não apresentaram incentivos à utilização de métodos consensuais.

Com o advento da Lei nº 7244/84 que criou o Juizado de Pequenas Causas, reacendeu-se a ideia de implementação de soluções consensuais, segundo a jurista⁷⁷:

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

Na sequência, tendo em vista a bem-sucedida implementação dos Juizados de Pequenas Causas, o próprio texto constitucional trouxe sua previsão nos artigos 24, inciso X e 98, inciso I, assim como foi editada a Lei nº 9099/95, criando os Juizados Especiais em substituição aos Juizados de Pequenas Causas.

A edição da Resolução nº 125/10 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tornou-se o marco da estabilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos, com a instituição da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. Com isso, foram criados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Hoje, no Brasil, pode-se entender que há um microsistema de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover⁷⁸:

os marcos regulatórios que regem os métodos consensuais no Brasil são três: (a) a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que – embora em nível de norma administrativa – instituiu e continua regendo a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos; (b) os novos dispositivos do CPC; e (c) as normas sucessivamente promulgadas como a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Em sua grande maioria, as normas dos marcos regulatórios são compatíveis e complementares, aplicando-se suas disposições à matéria. Mas há alguma incompatibilidade entre poucas regras do novo CPC em comparação com as da Lei de Mediação, de modo que, quando entrarem em conflito, as desta última deverão

⁷⁷ Ibid., p. 113.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BONATO, Giovanni (Org.). *O novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo. Atlas, 2015, p. 1-2.

prevalecer (por se tratar de lei posterior, que revoga a anterior, e de lei específica, que derroga a genérica). Apesar disto, pode-se falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formado pela Resolução nº 125 do CNJ, pelo CPC e pela Lei de Mediação, naquilo que não conflitarem.

Os diversos diplomas normativos acima apontados encaminham para uma mudança no comportamento e mentalidade não só do Poder Judiciário, mas, principalmente, das partes envolvidas nas demandas. Logo, hoje há um modelo de “Justiça Multiportas”, em que há uma série de possibilidades legítimas para pacificação de um conflito que não seja tão somente a via jurisdicional, ou seja, na justiça multiportas, as demandas são encaminhadas a diferentes mecanismos de resolução de conflitos (portas) de acordo com os critérios definidos em lei.

Fredie Didier e Hermes Zaneti⁷⁹ destacam em seu artigo sobre autocomposição em direitos coletivos, a importância da tradução de justiça multiportas:

a justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas.

Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.

[...]

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos.

Os autores⁸⁰, ainda, complementam a ideia de “adequação” do meio e sua “alternatividade”, tendo em vista que não haveria superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias, inclusive nas demandas coletivas, objeto do presente estudo:

esse movimento ocorreu no âmbito da tutela dos direitos individuais; assim, pergunta-se: podemos negar este processo de evolução dos mecanismos de prestação jurisdicional na justiça coletiva? No processo coletivo não é nem poderia ser diferente. Embora cuide de direitos indisponíveis, cabe autocomposição em causas coletivas, não há dúvida.

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. Disponível em: < <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/132/123>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

⁸⁰ Ibid.

[...]

Apesar de serem conhecidas como ADR - *Alternative Dispute Resolution* - as técnicas ligadas à Justiça Multiportas (*multi-door justice*) não são alternativas.

O que rege a possibilidade de opção é o juízo de adequação; se o meio for adequado, aplica-se a política nacional de conciliação e mediação.

Como o foco está na tutela dos direitos, serão as técnicas mais adequadas para a solução de litígios complexos que devem ser utilizadas, sejam elas técnicas judiciais ou extrajudiciais, seja a decisão por terceiro imparcial (jurisdição estatal ou arbitragem), seja a solução apresentada por autocomposição (mediação, conciliação, negociação direta ou outro de solução disponível).

Nos processos coletivos, especialmente nas decisões ou processos estruturantes, casos em que existe a necessidade de implementação de políticas públicas que exigem uma justiça coexistencial, desdobrada no tempo e sem ruptura social, o cumprimento da decisão e a própria decisão estão para além da fixação de quem tem ou não tem razão; as técnicas de justiça consensual e autocomposição podem revelar-se nestes casos muito mais adequadas, pois seu objetivo não é a aplicação pura e simples da solução normativa previamente estabelecida;

[...]

No tocante aos litígios estruturais, a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos mostra-se extremamente adequada. Destaca-se a previsão acerca da utilização dos métodos consensuais no Projeto de Lei nº 8058/14⁸¹:

Art. 11. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

§ 1º A qualquer tempo e em qualquer fase e grau do processo, a autoridade judiciária poderá propor às partes que se submetam à mediação ou conciliação, conduzidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, nos termos da legislação em vigor.

§ 2º A audiência de mediação ou conciliação será obrigatória quando se tratar de direito passível de transação.

§ 3º A remuneração dos mediadores e conciliadores e seus direitos e obrigações serão regidos pela legislação em vigor.

Art. 12. A qualquer momento as partes poderão transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público ou o Defensor Público, conforme o caso. 6

Parágrafo único. A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 13. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão tomar da Administração ou do ente privado termo de ajustamento de conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, somente terá eficácia após manifestação do autor.

Parágrafo único. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 12.

Sendo assim, é notável a compatibilidade entre o regramento do Código de Processo Civil e das normas que tratam sobre os meios de resolução de controvérsias, que até então eram

⁸¹ BRASIL, op. cit., nota 68.

aplicáveis somente às ações individuais, aos processos coletivos, de forma que a própria natureza de estruturação institucional se coaduna aos benefícios dos métodos consensuais, proporcionando resultados efetivos.

Nesse sentido, a próxima sessão trata do estudo do “Caso Samarco”, em que foram utilizados métodos alternativos para resolução dessa complexa demanda estrutural (reunião de diversas ações coletivas) que envolveu o desastre de Mariana/MG. Trata-se de caso brasileiro emblemático, exemplo de aplicação de técnicas para decisões estruturais.

4. CASO CONCRETO BRASILEIRO

Tanto no Brasil quanto no exterior, há casos que se apresentam como paradigmas no tocante a conflitos estruturais relacionados a políticas públicas. Suas características, desafios, estratégias e resultados são diversos, especialmente no que tange à execução e implementação das medidas oriundas das decisões judiciais.

O Caso “Beatriz Mendoza” (Argentina) e a “ACP do Carvão” (Brasil) foram referências de demandas estruturais que tratavam de recuperação de áreas ambientais degradadas decorrentes de ações poluidoras de longo prazo. Já a “ADPF nº 347” tratou da política carcerária brasileira, um problema estrutural acerca da superlotação e condições degradantes das penitenciárias no país.

Dois grandes desastres ambientais ocorreram no Brasil nos anos de 2015 e 2019, os conhecidos “Casos de Mariana e Brumadinho”, oriundos de rompimento de barragens de rejeitos e as trágicas consequências ambientais, humanas e socioeconômicas.

A presente pesquisa abordará, especificamente, as ações civis públicas oriundas do desastre de Mariana (conhecido como “Caso Samarco”), tendo em vista que foi o maior desastre ambiental da história do Brasil e, também, a primeira oportunidade em que o Poder Judiciário teve de conduzir uma demanda estrutural de grande porte.

Serão apresentados o histórico da tragédia, as consequências jurídicas e não jurídicas e como o Judiciário, em um diálogo institucional, conduziu a demanda de forma a apresentar alternativas e inovações no que tange ao desenho de decisões estruturais.

4.1. Ações Civis Públicas oriundas do desastre de Mariana (“Caso Samarco”)

O desastre de Mariana/MG foi a maior tragédia ambiental do Brasil e uma das maiores do mundo. De acordo com dados do Ministério Público Federal⁸², o rompimento da Barragem de Fundão ocorreu no dia 05 de novembro de 2015. Por volta das 13h, o Centro de Sismologia da Universidade de São Paulo detectou o primeiro tremor de terra na região de Bento Rodrigues. Na sequência, cinco outros tremores foram registrados, sendo dois de intensidade mais forte.

Às 15h30, uma equipe de funcionários da mineradora Samarco é deslocada às pressas para tentar conter um vazamento na barragem. Às 16h20, rompe-se a Barragem de Fundão, liberando uma enxurrada de 60 milhões de metros cúbicos de lama e rejeitos, mudando a

⁸² BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Samarco*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>. Acesso em: 29 jul. 2022.

paisagem, o ecossistema e a vida de milhares de pessoas. Teve início, naquele instante, o maior desastre ambiental do Brasil.

A Barragem de Fundão rompeu-se em Mariana e chegou até o Oceano Atlântico, tanto para o litoral norte quanto para o sul, um desastre com, aproximadamente, 879 km de extensão, atingindo populações de diversas cidades.

O volume extravasado foi estimado em aproximadamente 60 milhões de metros cúbicos de lama, quantidade que encheria 25 mil piscinas olímpicas. A título de comparação, no Desastre de Brumadinho ocorrido no ano de 2019, estima-se que a lama vazada corresponda a 12 milhões de metros cúbicos.

A lama oriunda do rompimento da barragem percorreu uma distância superior a 750 km, levou 17 dias para chegar ao Oceano Atlântico e deixou rastros de destruição, morte e desesperança por onde passou. No total, foram 41 cidades impactadas nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo; uma degradação ambiental de mais de 240 hectares de Mata Atlântica e 3 reservas indígenas atingidas

Para que se possa compreender tecnicamente a dimensão do desastre, a atividade de extração de minério de ferro consiste em separar o material valioso do que não tem valor comercial. Nessa separação, o material que não vai ser utilizado (rejeito) tem que ser, em acordo com as leis ambientais, armazenado em reservatório para não causar danos. As estruturas que servem de reservatórios são feitas de terra compactada e recebem o nome de barragem.

A barragem rompida no dia 5 de novembro era conhecida por barragem do Fundão. Era de propriedade da Samarco Mineração S/A. A barragem de Fundão entrou em operação em dezembro de 2008. Em 2015, a empresa Samarco ocupava a posição de 12ª maior exportadora do país. Só a atividade da Samarco representava 5% de todo o PIB do Estado do Espírito Santo e 50% da receita da cidade de Mariana.

Como consequências do rompimento da barragem podem-se destacar: danos materiais, imateriais, morais e psicológicos; um total de 500 mil pessoas atingidas direta ou indiretamente; somente em Bento Rodrigues (local do rompimento) mais de 200 famílias perderam suas casas; poluição e degradação ambiental; nascentes completamente soterradas; danos socioeconômicos; aldeias indígenas atingidas; 19 mortes; impactos no PIB, no modo de vida tradicional das comunidades e municípios “falidos”.

Quanto às consequências jurídicas provenientes do desastre ambiental, podem ser elencados: o ajuizamento de inúmeras ações judiciais (sem qualquer controle ou coordenação); a multiplicidade de demandas na Justiça Federal e na Justiça Estadual (Justiça Federal de Minas Gerais, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Justiça

Federal do Espírito Santo, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal de Justiça do Espírito Santo); anseios da sociedade por respostas efetivas e atenções voltadas ao Poder Judiciário.

Por tudo isso, o Judiciário precisou enfrentar algumas questões, quais sejam: como lidar estrategicamente com a multiplicidade e diversidade de ações ajuizadas em foros distintos? Como equacionar, institucional e juridicamente, as discussões sobre competência jurisdicional? A jurisdição clássica resolve adequadamente esse tipo de demanda? O Poder Judiciário está preparado para lidar com essas demandas? Podem ser aplicados métodos alternativos de resolução de disputas (sistema multiportas)? Como gerir um desastre desta magnitude?

Em palestra ministrada pelo Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Mário de Paula Franco Júnior⁸³, responsável pelo julgamento das principais ações civis públicas ajuizadas no caso, apresenta as técnicas e estratégicas utilizadas para resolução dessa demanda estrutural, conforme se passa a expor.

Ao se deparar com esse tipo de demanda, o juízo encontrou grandes desafios, especialmente aqueles relacionados à diversidade de demandas em foros distintos e o “caos processual”. Nesse caso, foi necessário estabelecer uma racionalidade processual. Por onde a lama passou, diversas ações civis públicas foram ajuizadas. O resultado foi um número considerável de ações coletivas em comarcas diferentes.

As ações civis públicas mais relevantes foram ajuizadas pela União (valor da causa estimado em R\$ 20 bilhões) e pelo Ministério Público Federal (valor da causa estimado em R\$ 155 bilhões). Diante desse cenário, percebeu-se que as outras ações civis públicas locais estavam, de alguma forma, contidas nessas duas ações principais. A forma encontrada de se trazer mais racionalidade e estratégia à questão foi a suspensão das ações locais e prosseguimento das duas ações principais (propostas pela União e MPF).

Nesse diapasão, importante destacar o grande desafio para o Poder Judiciário no que tange à administração do conflito. Apesar de ainda pouco aplicado na prática, mostra-se extremamente benéfico à condução de demandas estruturais que juízes possuam conhecimento acerca da teoria do conflito e de técnicas de negociação.

Tradicionalmente, o conflito sempre foi visto sob um viés negativo. Entretanto, imperiosa se faz uma mudança de mentalidade por parte de todos os envolvidos. O conflito é inerente à condição humana, é consequência natural e inevitável da interação em sociedade. A

⁸³ FRANCO JR., Mário de Paula Franco Júnior. *Palestra: A conciliação em demandas estruturais: o Caso Samarco*. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=0RdC4dxOkuo>>. Acesso em: 29 jul. 2022.

partir do momento que o conflito é visto de forma positiva, se transforma em ferramenta para solução das demandas.

Já a negociação, segundo o professor Yann Duzert⁸⁴, “é um processo ético e elegante de tomada de decisões racionais e colaborativas, visando a obtenção de benefícios mútuos”, o que a torna uma ferramenta indispensável no deslinde de demandas coletivas complexas. Afinal, problemas estruturais, requerem decisões estruturais.

Lúcio Facci⁸⁵ ainda complementa a ideia de que a negociação é uma técnica pertinente aos métodos adequados de resolução de conflitos e que não encontra óbice de ser empregada pela Administração Pública:

com efeito, nada obsta que a negociação possa ser levada a efeito pelo Poder Público, sendo absolutamente lícito ao Poder Público se utilizar das técnicas de autocomposição para solucionar conflitos intra-administrativos, interadministrativos, ou com os cidadãos administrados, sem intervenção externa, considerando que a principal diferença da negociação direta quanto a outros meios autocompositivos é a inexistência, na negociação, de um terceiro imparcial para a composição da controvérsia.

A Teoria dos Jogos traz um estudo de situações estratégicas, em que se compreende a autocomposição, de acordo com o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça⁸⁶:

A teoria dos jogos consiste em um dos ramos da matemática aplicada e da economia que estuda situações estratégicas em que participantes se engajam em um processo de análise de decisões baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage. Esta abordagem de interações teve seu desenvolvimento no século XX, em especial após a Primeira Guerra Mundial. Seu objeto de estudo é o conflito, o qual “ocorre quando atividades incompatíveis acontecem. Essas atividades podem ser originadas em uma pessoa, grupo ou nação”. Na teoria dos jogos, o conflito pode ser entendido como a situação na qual duas pessoas têm de desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, de acordo com certas regras preestabelecidas.

Foi no âmbito na Teoria dos Jogos que John Nash⁸⁷ desenvolveu a sua teoria (Equilíbrio de Nash) fundada na ideia de cooperação demonstrando matematicamente que a cooperação com o adversário poderia possibilitar a maximização de ganhos individuais:

⁸⁴ DUZERT, Yann. *Newgotiation: Newgotiation for Life*. Amazon, 2019, [e-book].

⁸⁵ FACCI, op. cit., p. 141.

⁸⁶ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016 (pdf).

⁸⁷ Ibid.

[...] John Nash introduziu o elemento cooperativo na teoria dos jogos. A ideia de cooperação não seria totalmente incompatível com o pensamento de ganho individual, já que, para Nash, a cooperação traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o outro participante (até então, adversário). Não se trata de uma noção ingênua, pois, em vez de introduzir somente o elemento cooperativo, traz dois ângulos sob os quais o jogador deve pensar ao formular sua estratégia: o individual e o coletivo. “Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham”.

A Teoria dos Jogos apresenta-se como uma importante ferramenta para a mediação/conciliação e demais processos autocompositivos, pois com ela podem ser extraídos os melhores resultados dos conflitos.

Sendo assim, os conflitos oriundos do desastre de Mariana foram conduzidos com base na teoria do conflito, em técnicas de negociação, com fundamentos normativos e matemáticos. O ponto de partida seria um conflito de grande magnitude, com diversos atores, sem precedente no direito brasileiro. O ponto de chegada seria a resolução do conflito em si e atendimento das demandas da população, especialmente.

A partir desse mapeamento, foram utilizadas avançadas técnicas de resolução de disputas, dentre elas, o *Dispute System Design* – DSD (Teoria do Desenho de Solução de Disputa). Essa técnica foi desenvolvida em Harvard e tem por fundamento a análise das tipologias do conflito, interesses, posições, regramentos, poderes, conjuntura social e econômica, ou seja, para cada problema estrutural, será necessária a construção de um sistema específico (desenho customizado, produto personalizado). Dierle Nunes e Camilla Paolinelli explicam⁸⁸:

As mais modernas e sofisticadas abordagens de *Dispute system designs* (DSD) demonstram que esta recorrente prática de criar barreiras não produz os melhores resultados. Apenas uma perspectiva holística na gestão do sistema de resolução de disputas é capaz de compatibilizar todos os ângulos no desenvolvimento de “DSDs eficazes, adaptados aos seus fluxos de disputa, partes interessadas, cultura e contextos” e no qual “os designers precisam de uma estrutura e mapa conceitual” embasado em dados da realidade e do sistema.

[...]

O desenho individualizado de sistemas direcionados a tratar os conflitos, desde a origem, ressignifica a visão de acesso à justiça, no sentido não apenas de preencher necessidades jurídicas não satisfeitas, como também contribui para minimizar o desequilíbrio de forças entre litigantes habituais e eventuais, oferecendo soluções muitas vezes centradas nos interesses dos usuários.

⁸⁸ NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla. *Acesso à justiça e tecnologia: minerando escolhas políticas e customizando novos desenhos para a gestão e solução de disputas no sistema brasileiro de justiça civil*. Disponível em: < https://www.academia.edu/45169399/ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_E_TECNOLOGIA_MINE_RANDO_ESCOLHAS_POL%C3%8DTICAS_E_CUSTOMIZANDO_NOVOS_DESENHOS_PARA_A_GEST_%C3%83O_E_SOLU%C3%87%C3%83O_DE_DISPUTAS_NO_SISTEMA_BRASILEIRO_DE_JUSTI%C3%87A_CIVIL >. Acesso em: 30 jul. 2022.

As justificativas para a adoção do *Dispute System Design* no desastre de Mariana foram: consenso de que o sistema clássico de jurisdição não atenderia adequadamente as especificidades do Caso Samarco; a realidade de um universo de 500 mil pessoas atingidas, com múltiplos interesses antagônicos; o desenvolvimento de um sistema personalizado, através de um desenho específico.

Estabelecida a racionalidade judiciária e processual, compreendido o conflito e estabelecida a técnica mais adequada de negociação, o desafio seguinte seria a construção de bases de um sistema que pudesse contemplar a solução ampla e integral do conflito. Algumas questões abarcadas nas demandas: reparação, restauração e compensação de todos os danos ambientais; recuperação do Rio Doce, afluentes, mata ciliar, nascentes, qualidade da água; recuperação da fauna e flora; indenização às vítimas e atingidos; indenização por danos morais, danos emergentes e lucros cessantes; reconstrução dos distritos impactados.

Como estratégia, foram definidos três eixos temáticos: (i) Eixo socioambiental; (ii) Eixo socioeconômico; (iii) Eixo de repactuação dos programas (referente aos outros dois eixos). Importante ressaltar que a ideia de ser criado um eixo de repactuação visa atender a uma característica essencial das demandas estruturais, que é a dinâmica de alteração da realidade fática, especialmente por se tratar de um desastre ambiental, no qual os impactos são constantemente alterados.

Em junho de 2018 foi assinado o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), modelo de construção coletiva de conciliação em uma demanda estrutural, entre a Samarco e suas acionistas, BHP Billiton Brasil e Vale, os Ministérios Públicos (Federal, do Espírito Santo e de Minas Gerais), as Defensorias Públicas (da União, do Espírito Santo e de Minas Gerais) e as Advocacias Públicas (da União, do Espírito Santo e de Minas Gerais).

O acordo buscou aprimorar a participação das pessoas impactadas pelo rompimento da barragem de Fundão nos programas de reparação. As partes também concordaram em estabelecer um processo de negociação visando à eventual repactuação dos programas destinados à reparação dos danos, a ser discutida após o término dos trabalhos dos especialistas contratados pela Samarco para assessorar o Ministério Público.

Quanto às indenizações, foi estabelecido um sistema indenizatório simplificado, que envolve múltiplas vítimas e danos. Entendeu-se que categorias informais (carroceiros, ambulantes, camelôs, pescadores artesanais, faiscaidores, garimpeiros artesanais, artesãos, etc) não conseguiriam comprovar os danos materiais alegados. Assim, esse sistema permitiu uma flexibilização para esse grupo de forma a viabilizar uma justa indenização.

O fundamento para tal flexibilização se deu com base no artigo 8º do Código de Processo Civil, que trata do princípio da eficiência aplicado à solução do caso concreto, assim como no artigo 375, que garante ao juiz a aplicação de regras de experiência comum com base na observação.

Outra justificativa seria a ideia do *rough justice* (justiça possível), oriunda do direito norte-americano, em que se tenta a resolução de um grande número de casos oferecendo aos litigantes a fixação de uma compensação (indenização) a partir de uma base comum presumível. O objetivo é se valer de um processo simplificado para lidar, de forma efetiva e pragmática, com questões indenizatórias de massa, em que se revela impossível exigir que cada uma das vítimas apresente em juízo a comprovação material dos seus danos, conforme explica Danilo Vital⁸⁹:

a adoção da *rough justice* ocorre em processos de indenização em larga escala em que a prova do dano muitas vezes é inexistente ou muito frágil. É aplicável ao caso de Mariana (MG) porque os estragos ambientais atingiram uma população estimada entre 250 e 300 mil pessoas passíveis de exigir indenização, muitas delas vulneráveis e que teriam dificuldades de comprovar dano e mensurar extensão.

Assim, o sistema aplicado pelo juiz Mário de Paula Franco Júnior estabeleceu categorias informais de vítima, cada qual com uma matriz de dano calculada, que pode ser acessada por meio de provas mais flexíveis. A contrapartida é que o beneficiário abre mão de receber a indenização que pleiteava, passando a receber valor fixado por parâmetros diferentes da extensão individual do dano.

As indenizações contemplam pescadores, revendedores de pescados, comerciantes, artesãos, areeiros, carroceiros, agricultores, produtores rurais, ilheiros e lavadeiras de Baixo Guandu (ES) e Naque (MG), áreas profundamente afetadas pelas consequências ambientais do desastre.

A partir do *rough justice*, implementam-se as flexibilizações probatórias necessárias, de acordo com cada categoria atingida, a fim de possibilitar uma indenização padrão a partir dos critérios estabelecidos, ao invés de uma indenização individual.

A implementação do sistema indenizatório simplificado no “Caso Samarco” permitiu que mais de 75 mil pessoas fossem indenizadas em um ano e meio. Trata-se do maior programa de indenização em massa do Poder Judiciário, acessível de forma digital, via web.

Apesar dos ganhos apresentados com a técnica aplicada, as decisões do juízo foram questionadas pelo Ministério Público Federal⁹⁰, que entendeu as condutas praticadas pelo magistrado foram abusivas, que a fixação da matriz de danos viola acordos homologados

⁸⁹ VITAL, Danilo. *Decisões referendam uso de matriz de danos para indenizar desastre ambiental*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/trf-referenda-uso-sistema-indenizatorio-simplificado>. Acesso em: 30 jul. 2022.

⁹⁰ Ibid.

judicialmente e que o montante fixado aleatoriamente não possui qualquer ato instrutório no curso dos próprios processos, com indícios haver de lides simuladas.

Por todo o exposto, verifica-se que é possível fazer com que o Poder Judiciário esteja apto a se organizar e a se estruturar para responder aos desafios administrativos e jurisdicionais que decorrem de processos complexos (demandas estruturais) como os casos dos desastres de Mariana e Brumadinho.

Como se percebeu ao longo da exposição do presente caso, a doutrina nacional e o direito comparado apresentam estratégias, ferramentas e fundamentos jurídicos para o tratamento diferenciado desse tipo de demanda.

Ainda há um grande caminho a ser percorrido no desenho de decisões estruturais. Entretanto, o Caso Samarco pode ser considerado paradigma no que tange à gestão processual proveniente de um grande desastre ambiental, em que decisões individuais não seriam efetivas e, talvez, justas. Não existe uma solução única para todos os casos. Para cada tipo de problema, dentro de cada tipo de processo, deve haver um desenho personalizado.

4.1.2. Ação Civil Pública acerca da política de mineração no Brasil

No item anterior, foi detalhado o desastre ambiental ocorrido em Mariana/MG no ano de 2015. Entretanto, em 2019 a tragédia se repeliu na localidade de Brumadinho/MG. Diante dessa recorrência extremamente danosa, em diversos aspectos, o Ministério Público Federal propôs uma Ação Civil Pública em face da União e da Agência Nacional de Mineração (ANM) para se sejam adotadas medidas estruturais na política de mineração brasileira, conforme se depreende da peça exordial⁹¹:

Esta ação civil pública pretende a adoção de medidas estruturais para a revisão da política federal de aprovação, licenciamento, operação e fiscalização de barragens, a cargo dos réus. As medidas estruturais aqui pleiteadas são uma resposta necessária aos desastres ambientais e humanos que se abateram sobre o país nos últimos três anos, mas que não provocaram mudanças jurídicas e gerenciais significativas, perpetuando-se uma situação de intolerável risco ambiental e humano mediante o desenvolvimento de um processo estrutural, planejar, implementar e fiscalizar medidas capazes de criar, no futuro, uma estrutura pública de fiscalização de barragens que possa desempenhar suas tarefas de maneira confiável e eficiente. A pretensão se funda em diversas normas constitucionais, dentre as quais se destacam a proteção da dignidade humana (art. 1º) e a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

⁹¹ BRASIL.Ministério Público Federal. *Ação Civil Pública com pedido de tutela provisória de urgência*. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1 >. Acesso em: 30 jul. 2022.

A ACP nº 1005310-84.2019.4.01.3800⁹² destaca que, mesmo após a ocorrência de duas grandes tragédias ambientais, os problemas estruturais permanecem os mesmos, dentre eles, os déficits de recursos humanos, materiais e financeiros mínimos para o regular funcionamento e segurança das barragens envolvidas na atividade de mineração:

de acordo com os levantamentos realizados pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no Processo nº 032.034/2015-6/TCU, por meio do Relatório de Auditoria e Fiscalização do DNPM dos Planos de Segurança das Barragens de Mineração e do Acórdão nº 2440/2016, de 21/09/2016, conclui-se que o DNPM (ANM) não conseguiu garantir que, no desastre ocorrido em Mariana/MG, a empresa Samarco Mineração S/A seguisse os padrões exigidos pela Lei nº 12.334/2010, em razão da falta de planejamento, de pessoal e de recursos financeiros.

O Ministério Público Federal explicou em sua inicial que se trata de um problema estrutural. A pretensão da demanda é reorganizar o modo como interagem as instituições responsáveis pela garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, notadamente, o direito a que esse meio ambiente não continue sendo duramente lesado a exemplo do que ocorreu nos desastres de 2015 e 2019.

O MPF destaca, ainda, que não se trata de um problema jurídico comum, não podendo a ação ser conduzida como um processo civil comum. Elenca, portanto, os seguintes pedidos⁹³:

- 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos, de forma horizontal, dialógica, plural e participativa;
- 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável;
- 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado;
- 4) a avaliação, com participação dos grupos afetados, dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura;
- 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e
- 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.

Após a propositura da referida ação, foi celebrado acordo⁹⁴ entre as partes com a intenção de colocar fim ao litígio, criando obrigações e responsabilidades aos réus. O acordo

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. *Termo de Acordo*. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo-anm_mpf.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

prevê que a Agência Nacional de Mineração procederá a atos de inspeção, vistoria e fiscalização de barragens de mineração, apresentando cronogramas de prioridades e planejamento de fiscalização, dentre outras obrigações.

Nota-se que se trata de um processo estrutural e que o acordo firmado encerrou uma tramitação que poderia transcorrer por longos anos. Trata-se de uma mudança de cultura e postura das partes envolvidas na busca por métodos alternativos que possam solucionar os conflitos, especialmente aqueles que sejam provenientes de problemas estruturais.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho objetivou apresentar o modelo de processo estrutural sob uma nova perspectiva do Direito, em que as partes não precisem, nem devem, se submeter ao modelo processual clássico, em que o juízo “diz o direito” pura e simplesmente em uma concepção tradicional de tentativa de resolução de conflitos.

Verificou-se que demandas de natureza e problemas estruturais, notadamente ações coletivas que envolvem a Administração Pública, necessitam de um tratamento compatível com a sua complexidade. A implementação de políticas públicas não é algo simples e corriqueiro, mormente quando o Poder Judiciário, de alguma forma, contribui para a busca de sua execução.

Neste ponto, foram debatidos os atuais posicionamentos da doutrina e dos Tribunais Superiores no que tange ao princípio da separação de poderes, ao ativismo judicial e ao respectivo controle jurisdicional de políticas públicas. Apesar das críticas ao modelo de intervenção do Judiciário ante à omissão do poder público, nota-se que a garantia de atendimento aos direitos fundamentais vem prevalecendo.

A relevância da pesquisa fica evidenciada nos direitos que toca. Contrapondo-se o mínimo existencial garantido constitucionalmente à reserva do possível invocada pela Administração Pública como fundamento para a não concretização dos direitos sociais, por exemplo, prepondera uma solução baseada no diálogo institucional, que visa atender aos anseios da sociedade.

Nota-se a interdisciplinaridade da temática abordada, uma vez que foram expostos aspectos do Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil. A busca de um conhecimento global e de uma visão sistêmica das situações jurídicas e não jurídicas que se apresentam ao longo das demandas é parte essencial da justificativa e defesa da adoção dos processos estruturais no âmbito dos litígios coletivos complexos.

Como não se está diante de um modelo processual tradicional, o presente trabalho buscou identificar mecanismos ou alternativas de auxílio para o desenho de uma decisão judicial que seja efetiva para as partes interessadas. Um bom mapeamento do conflito, conjugado com o diálogo institucional e cooperação entre os envolvidos, garantem um deslinde mais benéfico.

Ademais, o sistema de justiça multiportas garante alternativas plausíveis nesse aspecto, a exemplo da viabilidade da mediação, da implementação de técnicas de negociação pelas partes envolvidas, dentre outras medidas. Assim, métodos equivalentes de resolução de conflitos foram elencados como um avanço na construção de decisões compatíveis com a

profundidade dos problemas objeto dos processos estruturais que envolvem a Administração Pública e a sociedade.

Conforme demonstrado, um dos principais desafios das demandas estruturais é a sua execução. Garantir que uma decisão judicial nesse tipo de conflito seja plenamente cumprida e, mais ainda, tenha viabilidade de cumprimento, é um dever não somente do magistrado, mas de todas as partes interessadas. Nesse ponto, percebe-se a responsabilidade compartilhada entre todos os interessados no desfecho da controvérsia, notadamente quando se está diante de um desastre ambiental ou de questões socialmente relevantes.

A fim de alcançar os fundamentos expostos pela doutrina e pela legislação pertinente, foi estudado um caso concreto brasileiro paradigma na temática dos processos estruturais, o “Caso Samarco”, ou seja, foram verificadas as ações civis públicas oriundas do desastre de Mariana/MG ocorrido no ano de 2015. O caso foi escolhido não somente por ser um dos mais impactantes a nível nacional e internacional, mas, principalmente, porque a sua condução se deu com base em técnicas e alternativas condizentes com uma demanda estrutural.

Ao retratar a maior tragédia ambiental da história do país, foi possível perceber que diante de um problema estrutural (que acabou se repetindo em 2019 com o rompimento de outra barragem em Brumadinho/MG), o Poder Judiciário precisou se reinventar. Afinal, não seria viável conceber a possibilidade de incontáveis decisões individuais em um cenário com mais de 500 mil pessoas atingidas.

Imperiosa foi a tarefa de colher do direito comparado e de outras áreas da ciência, ferramentas e alternativas para uma resolução efetiva. Técnicas de negociação, teoria do conflito, teoria dos jogos, *Dispute System Design* (Teoria do Desenho de Solução de Disputa) e a ideia do *rough justice* (justiça possível) foram alguns dos fundamentos para o desenho de uma solução para o caso. Apesar das críticas e questionamentos acerca de sua utilização, evidencia-se o esforço das partes envolvidas na investigação e busca de possibilidades, ou seja, adoção de meios alternativos aos tradicionalmente manejados, que, na maioria das vezes, não apresentavam considerável efetividade.

Conclui-se, assim, que ainda há um árduo caminho a ser percorrido no aspecto dos processos estruturais. A mudança de cultura e mentalidade por parte das instituições e a quebra de paradigmas talvez sejam grandes desafios. Problemas estruturais demandam decisões estruturais. Tentar impor um modelo processual tradicional em questões complexas e delicadas não se apresenta mais compatível ao que se busca na atualidade. Novas situações surgem para que pessoas, instituições e processos tenham a possibilidade de se reinventarem.

Uma forma de tutela processual diferenciada e mais adequada a essa nova realidade é urgente. Os litígios estruturais tangenciam questões fáticas complexas e mutáveis, demandando, portanto, flexibilidade procedimental, franqueando aos envolvidos a oportunidade de manifestação. Decisões judiciais em demandas estruturais não se atêm a resolver um problema do passado, mas se projeta no futuro e, por vezes, influencia na implementação de políticas públicas.

Apesar da ausência de lei específica para o tema, foi possível perceber que o Código de Processo Civil, assim como a doutrina nacional e o direito comparado garantem essa flexibilização requerida e que há formas inéditas de resolução de conflitos que podem e devem ser desbravadas. É possível fazer com que o Poder Judiciário esteja apto a se organizar e a se estruturar para responder aos desafios administrativos e jurisdicionais que decorrem de processos complexos e de problemas estruturais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Disponível em: < <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35045> >. Acesso em: 30 nov. 2021.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> >. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, v9, nº33, 2006. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf >. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 15 abr. 2022.

_____. *Constituição de 1824*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 14 mar. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 4657/1942*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 29 mai. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 4657/1942*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 19 jul. 2022.

_____. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 15 abr. 2022.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Samarco*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>. Acesso em: 29 jul. 2022.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Ação Civil Pública com pedido de tutela provisória de urgência*. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1 >. Acesso em: 30 jul. 2022.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo-anm_mpf.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

_____. *Projeto de Lei nº 8058/2014*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758> >. Acesso em: 16 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45 MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 23.452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf> >. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 23.452/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf> >. Acesso em: 11 out. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Mediação e conciliação na Res. 125 do CNJ e no projeto de Código de Processo Civil. In: MENDES, Aluísio; WAMBIER, Teresa. *O processo em perspectiva – Jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: RT, 2013.

CHAYES apud SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira. *Processo Estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo. Almedina, 2021.

COMPARATO apud LAGO, Gustavo Felipe da Cruz; ROSA, Lucas Salles da Silveira. *As Entidades de Infraestrutura Específica (claims resolution facilities) como mecanismo para a efetivação das políticas públicas: uma análise à luz das decisões estruturantes*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

CONJUR. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf> >. Acesso em: 29 mai. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado, 2007 apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010.

DE MORAES, Guilherme Braga Pena. Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: *Direito em Movimento*. Disponível em: < <https://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/155> >. Acesso em: 14 ago. 2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____; _____. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. Disponível em: < <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/132/123>>. Acesso em: 14 de março de 2022.

_____, et al. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/147368/elementos_teorica_processo_didier.pdf >. Acesso em: 29 mai. 2022.

_____ apud VOGT, Fernanda. PEREIRA, Lara. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021.

DOMINGOS, Pedro Luiz de Andrade. A divisão de responsabilidades em um processo judicial complexo. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021.

DUZERT, Yann. *Newgotiation: Newgotiation for Life*. Amazon, 2019, [e-book].

FACCI, Lúcio. *Meios Adequados de Resolução de Conflitos Administrativos: a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

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

FISS apud JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: _____. In: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021.

FRANCO JR., Mário de Paula Franco Júnior. *Palestra: A conciliação em demandas estruturais: o Caso Samarco*. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=0RdC4dxOkuo>>. Acesso em: 29 jul. 2022.

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

_____; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021.

LAGO, Gustavo Felipe da Cruz; ROSA, Lucas Salles da Silveira. *As Entidades de Infraestrutura Específica (claims resolution facilities) como mecanismo para a efetivação das políticas públicas: uma análise à luz das decisões estruturantes*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. Técnicas de cooperação judiciária nacional aplicadas a processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. 715 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOHARA, Irene. *Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015)*. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 29 mai.2022.

NUNES, Dierle. PAOLINELLI, Camilla. *Acesso à justiça e tecnologia: minerando escolhas políticas e customizando novos desenhos para a gestão e solução de disputas no sistema brasileiro de justiça civil*. Disponível em: <https://www.academia.edu/45169399/ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A_E_TECNOLOGIA_MINERANDO_ESCOLHAS_POL%C3%8DTICAS_E_CUSTOMIZANDO_NOVOS_DESENHOS_PARA_A_GEST%C3%83O_E_SOLU%C3%87%C3%83O_DE_DISPUTAS_NO_SISTEMA_BRASILEIRO_DE_JUSTI%C3%87A_CIVIL>. Acesso em: 30 jul. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2021.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira. *Processo Estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo. Almedina, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Livraria do Advogado Editora Ltda. Edição do Kindle. Porto Alegre, 2015.

SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020.

VIOLIN, Jordan. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. 2019. 256 f. Tese de doutorado (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VITAL, Danilo. *Decisões referendam uso de matriz de danos para indenizar desastre ambiental*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/trf-referenda-uso-sistema-indenizatorio-simplificado>. Acesso em: 30 jul. 2022.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021

VOGT, Fernanda; PEREIRA, Lara. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2021.

ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia in o controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013.