



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO POTENCIAL RISCO  
AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Laura Magalhães de Azeredo Santos

Rio de Janeiro  
2019

LAURA MAGALHÃES DE AZEREDO SANTOS

O ATIVISMO JUDICIAL NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO POTENCIAL RISCO  
AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## O ATIVISMO JUDICIAL NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS COMO POTENCIAL RISCO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Laura Magalhães de Azeredo Santos

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo** – Este artigo objetiva analisar as ações estruturantes que envolvem graves violações de direitos fundamentais. Primeiramente, buscou-se investigar a sua necessidade a partir da análise do modelo clássico de demanda judicial, bem como delimitar o conceito dessas ações. Buscou-se, ainda, enfrentar as principais críticas a essas ações, como as que se referem ao caráter ativista das decisões judiciais que interferem em políticas públicas e a violação do princípio da separação dos Poderes. Por fim, investigou-se as técnicas decisórias aplicáveis a esses processos, que incluem medidas judiciais flexíveis acompanhadas de monitoramento, com a busca pela eficácia prática das decisões.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Medidas estruturais.

**Sumário** – Introdução. 1. As violações sistemáticas a direitos fundamentais e a necessidade de resposta do Poder Judiciário. 2. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário nas demandas estruturais frente o princípio da separação dos Poderes. 3. O ativismo judicial dialógico na construção das medidas estruturais e a atuação do magistrado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute o ativismo judicial, especificamente quanto às manifestações judiciais no bojo de demandas estruturais deduzidas em face de graves violações de direitos fundamentais. O tema ganha relevância pelo aumento de demandas dessa natureza no cenário brasileiro, as quais almejam a implementação e o reestabelecimento de direitos fundamentais como solução para superar o cenário de inconstitucionalidade.

No Brasil, com a redemocratização que sobreveio após o período da ditadura militar, houve a promulgação de uma Constituição Federal analítica. Nela estão previstos diversos direitos, muitos dos quais não estavam em Constituições brasileiras anteriores. Com a força normativa das normas constitucionais, e, conseqüentemente, dos direitos previstos no texto constitucional, houve o aumento do ajuizamento de demandas que buscam a efetivação desses direitos e a superação das situações de grave violação a direitos fundamentais.

Além do aumento quantitativo das demandas para a efetivação de direitos, essas se tornam mais complexas, pois alguns dos litígios que surgem podem envolver grupos de

peças com interesses convergentes e divergentes entre si. Nesses litígios policêntricos, impõe-se ao Judiciário a análise de todos os interesses em conflito, bem como a consideração das possíveis consequências da decisão no momento de apresentação de uma proposta de pacificação do litígio.

A partir da constatação de que há a necessidade de efetivação de direitos em demandas complexas, verifica-se a insuficiência de modelos processuais previstos no ordenamento jurídico, o que fomenta a busca de alternativas para que o estado de violação a direitos fundamentais não fique sem solução. Assim, procura-se discutir as formas de solução dos litígios estruturais levados ao Judiciário, as quais devem diferir dos moldes decisórios tradicionais já conhecidos.

Diante das questões apresentadas, para iniciar a abordagem do tema, o primeiro capítulo do trabalho discute até que ponto o Judiciário é capaz de solucionar os litígios estruturais que tenham por objetivo a mudança do funcionamento de instituições estatais que violam sistematicamente direitos fundamentais. Analisa-se, com esse intuito, o modelo processual clássico que é binário, ao colocar os sujeitos processuais em dois polos, e a necessidade de repensá-lo para enfrentar os litígios estruturais.

No segundo capítulo há a discussão acerca dos contornos do princípio da separação dos Poderes, considerando o intuito do Judiciário de reestabelecer os direitos constitucionais, de forma a cumprir o seu papel de guardião da Constituição. Nesse contexto, há a abordagem acerca da atuação exigida dos Poderes em face da necessidade de afastamento do estado de coisas inconstitucional.

Por fim, o terceiro capítulo considera a necessidade de efetivação das decisões dos litígios estruturais, e tece considerações acerca do papel do Judiciário e da sua legitimidade em dizer qual a melhor forma de resolver as questões de violações de direitos que são levadas ao seu conhecimento. Nesse contexto, traz-se a ideia do ativismo dialógico, que propõe o fomento do diálogo entre os Poderes, como forma de chegar a uma solução possível de ser executada.

Para o desenvolvimento desse trabalho, a pesquisa se orientará pelo método hipotético-dedutivo, com a formulação de hipóteses que funcionam como premissas a serem analisadas para saber se podem ser consideradas verdadeiras ou equivocadas. Com esse intuito, partirá o artigo de uma pesquisa qualitativa, tendo em vista a pretensão de buscar bibliografia para sustentar os argumentos que serão apresentados.

## 1. AS VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSIDADE DE RESPOSTA DO PODER JUDICIÁRIO

O processo judicial brasileiro clássico é marcado por um modelo bipolar, que tem por objetivo o acertamento de um conflito linear entre duas partes. O juiz intermedia a relação processual, como figura neutra que, ao final do processo, decide a favor de um dos lados ou parcialmente em favor de cada um deles. A decisão proferida pelo juiz recai sobre eventos já ocorridos e, com o trânsito em julgado, fica acobertada pela imutabilidade decorrente da coisa julgada.

No entanto, com o avanço dos direitos sociais, houve a propagação de demandas e de processos coletivos, marcados pela multiplicidade de pessoas representadas em um único processo. Nesse grupo de pessoas, há indivíduos que são afetados de modos distintos pela questão a ser solucionada pela via processual, com visões diferentes e com interesses diversos a serem representados no processo, o que se denomina de litígio coletivo irradiado, conforme conceito proposto por Edilson Vitorelli<sup>1</sup>.

Os fatores acima indicados, relacionados à amplitude objetiva e subjetiva da demanda, ocasionam a dificuldade de simplificar a realidade para fazer com que ela caiba nos limites de um processo judicial. Essas demandas são, por isso, dotadas de elevado grau de complexidade decorrente da tutela jurisdicional demandada e da existência de conflito no âmbito do grupo que é titular do direito, diante da divergência de interesses entre os seus integrantes. Assim, cabe ao juiz traçar os limites desses conflitos, definir o direito pleiteado, limitar o direito que existe e efetivar a decisão.

Assim, os litígios estruturais, de acordo com Edilson Vitorelli<sup>2</sup>:

[...] são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há a necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

A origem das medidas estruturais decorreu da decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, quando a Suprema Corte norte-americana declarou a

---

<sup>1</sup>VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 715 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 561.

<sup>2</sup>VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix Jobim (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 372.

inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, denominada de doutrina dos *separate but equal*. Com o intuito de efetivar a decisão, houve a remessa dos casos aos juízes federais para a adoção das providências necessárias para superar a situação inconstitucional de segregação, com o desenvolvimento e a supervisão judicial das políticas públicas para adequar a realidade social e o funcionamento das instituições ao comando da decisão, afastando práticas reiteradas e contrárias à Constituição<sup>3</sup>.

Na Colômbia, as demandas estruturais foram incorporadas com a denominação de estado de coisas inconstitucional, aplicado aos casos de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais no funcionamento das instituições estatais<sup>4</sup>. Como as demandas estruturais, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais, com a declaração da inconstitucionalidade de leis e políticas públicas que violem os direitos fundamentais.

Os litígios estruturais são uma espécie de litígio irradiado, diante de indivíduos que são afetados de modo desigual e variável nos seus direitos. A nomenclatura de demandas estruturais decorre da finalidade de transformação de estruturas ou instituições que, no seu funcionamento, violam sistematicamente direitos fundamentais. Assim, os litígios estruturais, que dão origem a demandas estruturais, apresentam como peculiaridade a busca por medidas que tenham repercussão para o futuro, com efeitos prospectivos<sup>5</sup>. Toma-se, portanto, a violação aos direitos como ponto de partida para encontrar formas de cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece.<sup>6</sup>

Após o reconhecimento da situação da violação aos direitos fundamentais, há a necessidade de efetivação do provimento jurisdicional. Com esse intuito, foi desenhado um remédio para as demandas estruturais pela jurisprudência norte-americana. Sobre o tema, Owen Fiss<sup>7</sup> afirma que:

---

<sup>3</sup>Sobre o surgimento das medidas estruturais no caso “Brown v. Board of Education”, Owen Fiss, afirma que “The structural injunction was not handed down from high. It emerged as federal judges sought to implement de Supreme Court’s 1954 decision in Brown v. Board of Education mandating the transformation of the dual school systems of the nation – one school for blacks, another for whites- into unitary non-racial systems. Pressed by the forcé of circumstance, the federal judiciary turned the traditional injunction into a tool for managing thid reconstructive process.” FISS, Owen. “To Make the Constitucion a Living Truth”. In: *ibid.*, p. 583.

<sup>4</sup>DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, 2016, p. 158.

<sup>5</sup>BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions* no Direito Norte-Americano. In: ARENHART, JOBIM (Org.), *op. cit.*, p. 285.

<sup>6</sup>VITORELLI, *op. cit.*, 2017, p. 371.

<sup>7</sup>Tradução livre do original: “The remedial phase in structural litigation is far from episodic. It has a beginning, maybe a middle, but no end - well, almost no end. It involves a long, continuous relationship between the judge and the institution; it is concerned not with the enforcement of a remedy already given, but with the giving or shaping of the remedy itself. The task is not to declare who is right or who is wrong, not to calculate the amount of damages or to formulate a decree designed to stop some discrete act. The task is to remove the condition that

[...] a fase de remediação no litígio estrutural está longe de ser episódica. Tem um começo, talvez um meio, mas sem fim - bem, quase sem fim. Envolve um relacionamento longo e contínuo entre o juiz e a instituição; não se preocupa com a aplicação de um remédio já dado, mas com o dar ou modelar o remédio em si. A tarefa não é declarar quem está certo ou quem está errado, não calcular o montante dos danos ou formular um decreto destinado a impedir algum ato discreto. A tarefa é remover a condição que ameaça os valores constitucionais. (...) Então, o remédio envolve o tribunal em nada menos que a reorganização de uma instituição em andamento, de modo a remover a ameaça que representa para os valores constitucionais. A jurisdição do tribunal durará enquanto a ameaça persistir.

Em decorrência dos efeitos prospectivos das demandas que tratam de litígios estruturais, a providência pleiteada no momento do ajuizamento do processo estrutural pode deixar de ser adequada no momento da prolação da decisão ou da sua efetivação. Nesse sentido, há os que defendem que, no caso das demandas estruturais, haja a necessidade de atenuação da regra processual da congruência objetiva externa que apregoa a correlação entre a decisão e a demanda<sup>8</sup>. Essa permissão decorreria da lógica que permeia as demandas estruturais, que é a de busca de uma finalidade, sem estar adstrito aos meios eventualmente indicados pelas partes.

A insuficiência de determinação de medidas pontuais para solucionar o desrespeito aos direitos fundamentais leva à necessidade de reforma de instituições, a qual é ínsita às demandas estruturais, com a finalidade de superação da situação de inconstitucionalidade. Nesses casos, a mera decisão de deferimento, indeferimento ou de deferimento parcial dos pedidos formulados pelas partes não é suficiente, havendo a necessidade de determinação de medidas adaptáveis à situação fática que está em constante mutação<sup>9</sup>.

Com isso, observa-se a necessidade de adaptação do modelo clássico de processo, individualista e repressivo, para dar resposta às demandas estruturais, de natureza coletiva e prospectiva.

Atento à concretude da decisão, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a previsão de cláusula geral de efetivação, também denominada pela doutrina de atipicidade de medidas executivas<sup>10</sup>. Essa norma demonstra a preocupação com a efetivação das decisões

threatens the constitutional values. [...] Then the remedy involves the court in nothing less than the reorganization of an ongoing institution, so as to remove the threat it poses to constitutional values. The court's jurisdiction will last as long as the threat persists." FISS, Owen M. "The Forms of Justice". *Faculty Scholarship Series*. Paper 1220, 1979, p. 27-28. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1220](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220)>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>8</sup>DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, JOBIM (Org.), op. cit., p. 361.

<sup>9</sup>VIOLIN, Jordão. "Holt v. Sarver" e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: *ibid.*, p. 341.

<sup>10</sup>A redação do art. 139 do CPC é: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] 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

judiciais, ao prever que o magistrado pode determinar todas as medidas necessárias ao cumprimento da ordem judicial<sup>11</sup>. Assim, a observância das necessidades práticas refletiu na atividade legislativa, com a edição de norma que serve como fundamento para a adoção de medidas estruturantes no ordenamento brasileiro, com o objetivo de alcançar a finalidade de superação da situação de inconstitucionalidade.

No Brasil, houve a menção ao estado de coisas inconstitucional no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347<sup>12</sup>, que trata da situação do sistema penitenciário nacional. Na ocasião do julgamento da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a realização de audiências de custódia e a liberação pela União do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para sua utilização, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Ainda, houve a concessão de cautelar de ofício para determinar à União e aos Estados que encaminhem ao STF informações sobre a situação prisional.

A ação que trata do sistema prisional brasileiro, a despeito de, até o momento, somente ter tido a medida cautelar apreciada, já se delineia como uma demanda estrutural. A natureza das medidas cautelares concedidas indica a necessidade de imposição de desenvolvimento de políticas públicas pelo Executivo, com a determinação de emprego das verbas destinadas ao Fundo Penitenciário.

Diante da determinação pelo Judiciário de adoção de medidas pelos demais Poderes, Legislativo e Executivo, em busca de superar a situação de inconstitucionalidade, há críticas às demandas estruturais calcadas na alegação de violação ao princípio da separação dos Poderes, o qual conta com previsão constitucional, tema esse que será discutido no capítulo subsequente.

## 2. A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS ESTRUTURAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos Poderes foi sistematizado por Montesquieu na obra “O espírito das leis”, em que defendeu a divisão do poder em Legislativo, Executivo e Judiciário,

---

prestação pecuniária.” BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>11</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In: ARENHART, JOBIM (Org.), op. cit., p. 243.

<sup>12</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 05 mai. 2019.



com a finalidade de garantir da liberdade política por intermédio da distribuição das funções do poder para órgãos estatais diversos. Trata-se de princípio contemplado no art. 2º da CRFB/1988, o qual prevê que os Poderes são independentes e harmônicos entre si<sup>13</sup>.

O Poder Judiciário tem como função típica a interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico, essas que nem sempre possuem em si um sentido unívoco. Aplicam-nas aos casos a ele submetidos para apreciação, proferem decisões tomando-as por base e efetivam o provimento jurisdicional constante do processo.

Diversamente dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário carece de legitimidade majoritária, considerando que os seus membros não são eleitos pelo sufrágio popular. A sua atuação é, por sua vez, legitimada democraticamente, diante das competências exclusivas que são a ele conferidas pelo texto constitucional e pelas leis<sup>14</sup>.

O papel do Poder Judiciário é de ser um órgão contramajoritário que dá voz aos excluídos, àqueles que não têm a sua vontade considerada pela maioria, e, por esse motivo, correriam o risco de serem excluídos da vida política<sup>15</sup>. Sobre o tema, os professores Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>16</sup>, ao tratarem da diferenciação entre os Poderes, afirmam o seguinte:

[...] assim, o que realmente diferencia os poderes é a tônica de sua legitimidade, ou seja, exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo), ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público). (...) A função de garantia, portanto, atua como função contramajoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do modelo constitucional garantista.

Diante do sistema de separação das funções típicas do Poder, as demandas coletivas, bem como a formulação e execução de políticas públicas competem aos Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se de consequência da legitimação democrática majoritária desses Poderes

<sup>13</sup>A redação do art. 2º da CRFB/1988 é a seguinte: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2019.

<sup>14</sup>VERBIC, Francisco. “Ejecución de Sentencias em Litigios de Reforma Estructural em la República Argentina”. In: ARENHART, JOBIM (Org.), op. cit., p. 71.

<sup>15</sup>Sobre o tema há o livro intitulado “Democracia e Desconfiança” do autor John Hart Ely que tem por escopo a reconciliação entre exercícios fortes do poder judicial com um sistema democrático de governo, sob uma teoria que concebia o Judiciário como uma instituição de “reforço de representação”. De acordo com essa teoria, o judiciário não transgrediria as normas democráticas quando honra as reivindicações dos cidadãos que foram excluídos ou de outra forma enganados pelos processos eleitorais. Para Ely, o Judiciário era para dar voz aos que não a possuíam. FISS, Owen. “To Make the Constitution a Living Truth”. In: *ibid.*, p. 588-589.

<sup>16</sup>DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 364.

decorrente do voto, que é instrumento que oportuniza a manifestação da escolha da maioria dos indivíduos para compor os Poderes referidos e representar a sua vontade.

No entanto, há situações que se apresentam de descompasso entre a esfera política e a sociedade, com a falta de efetividade dos direitos sociais, contemplados no texto constitucional, diante da falta de leis elaboradas pelo Legislativo e da inércia na atuação do Executivo. Nesse contexto, o Judiciário é provocado a atuar e efetivar as normas que têm a incumbência de proteger, em um movimento de recondução das expectativas sociais do cidadão ao processo judicial<sup>17</sup>. Assim, verifica-se uma mudança de paradigma, principalmente com demandas que tratam do alcance ou da implementação de políticas públicas que são levadas ao Judiciário<sup>18</sup>.

Nesses processos, ao proferir a decisão de efetivação de normas constitucionais carentes de instrumentos que possibilitem o seu exercício, o Poder Judiciário pode ser levado a avançar sobre outros ramos do Poder Público, com a imposição de ordens complexas e continuadas no tempo para os demais Poderes.<sup>19</sup> Essa interferência em matéria de políticas públicas, a partir da interpretação proativa do texto constitucional, denota uma atuação política do Judiciário, o que seria praticamente impensável sob a égide da clássica visão de separação de Poderes<sup>20</sup>.

Especificamente no tocante à separação dos Poderes, Sérgio Cruz Arenhart defende a necessidade de um sistema jurídico no qual haja a revisão da ideia da separação dos Poderes, percebendo que não há Estado Contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público<sup>21</sup>.

Sustenta-se, assim, que o princípio da separação dos Poderes tem que ser afastado, mitigado ou, talvez, reinterpretado. Ao Poder Judiciário deve ser reconhecida a capacidade de reestabelecer os direitos constitucionais violados, de forma a cumprir o seu papel de guardião da Constituição.

Destarte, a efetivação de direitos constitucionais não pode ser obstada pela interpretação absoluta do princípio da separação dos Poderes, sob o risco de haver o esvaziamento das normas constitucionais dotadas de autoaplicação. Deve ser permitido ao

---

<sup>17</sup>REIS, Maurício Martins. A estruturalidade hermenêutica nas decisões do Supremo Tribunal Federal. In: *ibid.*, p. 478.

<sup>18</sup>VERBIC, op. cit., p. 69.

<sup>19</sup>*Ibid.*, p. 63.

<sup>20</sup>DALLA, Humberto; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014, p. 231.

<sup>21</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, 2013, p. 398.

Judiciário, portanto, imiscuir-se em matéria de políticas públicas, quando necessária à reversão da situação de violação a direitos constitucionais. Ademais, a objeção de que as medidas estruturais possibilitam ao Judiciário usurpar funções que pertencem ao Legislativo e Executivo, com a conseqüente violação da separação dos Poderes, esvazia o dever constitucional dos juízes de decidir os direitos do demandante e fazê-los uma realidade prática, de forma a tornar a Constituição uma verdade viva<sup>22</sup>.

Nesse cenário, foi desenvolvida a teoria da falha legislativa, de acordo com a qual a jurisdição estaria limitada pelas normas editadas pelo Legislativo, a menos que se caracterizasse uma hipótese de falha legislativa, ou seja, a não ser que houvesse alguma razão para considerar os processos da legislatura inadequados<sup>23</sup>. Com isso, a interferência do Poder Judiciário sobre os demais Poderes somente seria admitida em casos excepcionais, considerada a regra que é no sentido da deferência aos demais Poderes quando não é necessária a intervenção judicial.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>24</sup>, ao tratar do estado de coisas inconstitucional, traz três pressupostos a serem observados para que seja legitimada a atuação do Poder Judiciário sobre as atribuições dos demais Poderes, que são:

[...] a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

Essa postura ativa do Judiciário é denominada de ativismo judicial, que consiste no 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<sup>25</sup>. O Poder Judiciário aparece como único meio para superar os

<sup>22</sup>No original: “[...] this objection overlooks the multi-dimensional nature of the judge’s authority and, in fact, his duty – the judge must not only decide the rights of the plaintiff, but also make this right a practical reality”. FISS, op. cit., 2017, p. 596.

<sup>23</sup>RODRIGUES, Luis Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As *structural injunctions* e o direito processual brasileiro. In: *ibid.*, p. 529.

<sup>24</sup>CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

<sup>25</sup>JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: *ibid.*, p. 567.

desacordos políticos e institucionais nos casos graves de violação de direitos fundamentais, e, para tanto, determina medidas concretas de superação da situação de inconstitucionalidade, ocupando posição de protagonismo em relação aos outros Poderes.

A atividade judicial, assim, deve ser limitada pela regra da necessidade. Desse modo, a interferência deve ser apenas e tão somente aquela necessária e suficiente para a adequação aos valores constitucionais.<sup>26</sup> O controle das políticas públicas, do ponto de vista jurídico, passa por identificar se está ocorrendo, no caso concreto, proteção insuficiente<sup>27</sup> e, somente nesse caso, estaria o Poder Judiciário autorizado a adentrar na esfera de atuação dos demais Poderes. A situação justificadora seria aquela na qual houvesse prolongada inércia do Poder Público na implantação de direitos fundamentais; grau de urgência da decisão, com risco de danos irreparáveis aos indivíduos; e a existência de consenso político sobre os direitos em disputa<sup>28</sup>.

Portanto, é fundamental a advertência de que a atuação jurisdicional deve estar limitada pela extensão das normas constitucionais, sendo a função da prestação jurisdicional conferir efetividade a elas. Para tanto, é necessário dotar o juiz dos mais amplos poderes para dar cumprimento às decisões por ele exaradas, visto que de nada adianta defendermos a possibilidade de o Judiciário garantir tais direitos, se não lhe reconhecermos poderes para efetivamente conceder na prática o direito material cujo atendimento a parte visa alcançar.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO NA CONSTRUÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURAIS E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Ambas as atividades, cognitiva e executiva, estão relacionada à prestação jurisdicional, que só se completa no momento em que há a satisfação da pretensão. Por esse motivo, incumbe ao juiz efetivar a sua decisão. Para isso, devem ser desenvolvidos meios para efetivar as medidas determinadas na sentença.

Tradicionalmente, as sentenças judiciais colocam termo a uma fase processual e definem as medidas a serem adotadas para atender a pretensão reconhecida. Na fase executória, ocorre apenas a fiscalização pelo juiz do cumprimento da condenação que recaiu sobre a parte. Nesse sentido, nos procedimentos de execução previstos na legislação não há a

---

<sup>26</sup>VIOLIN, op. cit., p. 345.

<sup>27</sup>DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 365.

<sup>28</sup>DANTAS, op. cit., p. 167.

rediscussão do conteúdo da sentença, limitando-se à utilização dos meios dispostos nas leis para a efetivação do mandamento judicial.

Nas demandas estruturais, por sua vez, em razão da complexidade que as envolve, o juiz possui dificuldade em determinar desde logo a solução para o problema apresentado, diante da exigência de conhecimentos interdisciplinares para que haja a formulação de medidas adequadas. Por esse motivo, há a adoção de decisões declaratórias, que apenas reconhecem a situação de inconstitucionalidade e determinam a sua superação, com a imposição de medidas abertas e flexíveis<sup>29</sup>.

Não é possível ignorar que os processos estruturais podem perdurar por muitos anos, pois envolvem situações complexas, com diversas variáveis e atores sociais. Muitas vezes, é exigida a implantação gradual e progressiva das medidas estruturais, ou, até mesmo, a alteração dessas medidas determinadas em um primeiro momento, caso verificada a sua ineficácia.

Para evitar que haja prejuízo na prestação jurisdicional pela necessidade de dedicação a uma demanda complexa por muitos anos, há exemplos de delegação pelos juízes da execução das sentenças estruturais a quem possa ficar incumbido da execução. Esses indivíduos que têm a possibilidade de se dedicar ao cumprimento da decisão com mais afinco, diante da maior disponibilidade de tempo que possuem, ou mesmo diante de mais conhecimentos técnicos na área envolvida na demanda, podem atender com maior eficiência as finalidades das demandas estruturais. Francisco Verbic<sup>30</sup> traz como exemplos:

[...] delegação da execução a um tribunal inferior, o estabelecimento de comitês de controle e supervisão com participação do terceiro setor e a cidadania, a intervenção de organismos públicos específicos para controlar certos aspectos técnicos da execução, e a geração de mesas de trabalho para avançar em soluções consensuadas.

Como regra geral, portanto, os juízes não fixam analítica e antecipadamente todas as medidas que devem ser cumpridas para satisfazer a pretensão reconhecida na decisão, nem impõem medidas de execução unilateralmente, mas apenas indicam os resultados que a decisão deve produzir. Assim, os modos para alcançar a finalidade especificada na decisão não se encontram pré-definidos, mas dependem de formulação na fase executiva do processo judicial<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup>Ibid., p. 169.

<sup>30</sup>VERBIC, op. cit., p. 74.

<sup>31</sup>Ibid., p. 65-67.

A partir da decisão que reconhece o direito, inaugura-se uma nova fase no processo estrutural, voltada para a efetivação da sentença estrutural, que tem por finalidade compatibilizar a estrutura burocrática estatal e as práticas institucionais com a ordem constitucional. Nesse momento do processo, as medidas flexíveis e abertas indicadas na decisão são submetidas às partes, que sobre elas discutem, enquanto o juiz adota uma postura de supervisão judicial.

A discussão, por sua vez, não deve ficar limitada aos atores iniciais do processo, mas deve ser ampliada a todos com interesse na causa e que possam contribuir para a formulação da melhor solução para a situação de inconstitucionalidade constatada no curso do processo. Nesse sentido, o professor Sérgio Arenhart<sup>32</sup> assevera que:

[...] o processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que várias posições e vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial.

Apresentam-se como instrumentos aptos a permitir a oitiva e a participação dos indivíduos na construção das medidas a serem implantadas, as audiências públicas, os *amici curiae*, o uso da internet, que possuem a capacidade de ampliar os limites subjetivos da demanda ao possibilitar a participação de todos os interessados, sem ficar adstrito às partes que inicialmente propuseram a demanda. Com isso, observa-se a concretização do contraditório participativo ampliado e do princípio democrático, materializados na sugestão coletiva das medidas estruturantes a serem adotadas.

O ativismo judicial nas demandas estruturais é dialógico, já que, além da oportunidade de manifestação dos interessados na demanda e nas suas consequências, há a convocação dos demais Poderes para a participação e delineamento das medidas estruturais. Assim, privilegia-se a elaboração compartilhada de medidas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com a valorização dos diálogos institucionais. A função dos magistrados, na execução das decisões estruturais, dessa feita, está relacionada à promoção de diálogos com o objetivo de alcançar uma solução para os problemas estruturais e para a situação de violação de direitos fundamentais.

---

<sup>32</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar. Participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, JOBIM (Org.), op. cit., p. 448.

Com isso, as medidas proferidas são dotadas de maior grau de legitimidade democrática, pela convergência da contribuição de todos os Poderes constitucionalmente previstos, sem que haja mera imposição pelo Poder Judiciário das medidas que entender cabíveis. Portanto, pode-se dizer que há a provocação de deliberação sobre as políticas públicas com os responsáveis pelo seu desenvolvimento, com a compreensão do Judiciário como “peça importante na construção da ordem jurídica, e não como único intérprete da Constituição”<sup>33</sup>.

Por fim, quanto aos efeitos das medidas estruturais, as suas consequências orçamentárias devem ser reconhecidas e discutidas, porém não constituem uma razão suficiente para impedir seu manejo. Essas medidas deveriam, em vez disso, serem vistas como o preço do constitucionalismo<sup>34</sup>, considerando ser impositivo que todas as instituições estatais devam operar dentro dos limites da Constituição.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, houve uma breve exposição acerca das demandas estruturais e das críticas que a elas são dispensadas. Com relação ao seu ajuizamento, discutiu-se a necessidade de superação do modelo processual clássico binário, insuficiente para tratar desses litígios complexos ou irradiados. No momento do seu julgamento, tratou-se da legitimidade do Poder Judiciário de proferir uma decisão voltada para resolver a situação de violação de direitos fundamentais. Por fim, quanto à efetivação da decisão judicial, abordou-se a mutabilidade da decisão e a participação dos interessados como mecanismo democrático.

Após uma visão sucinta e geral dessas demandas, conclui-se que os litígios estruturais que se apresentam ao Judiciário têm por finalidade a correção de falhas estruturais presentes na sociedade, que culminam na violação de direitos fundamentais previstos na norma fundamental do ordenamento jurídico, a Constituição Federal. O ajuizamento das ações estruturais, portanto, impõe a demonstração da violação sistemática dos direitos fundamentais e da existência de omissão estatal, em face da situação de inconstitucionalidade, o que demanda solução urgente.

Nas ações estruturais, o Poder Judiciário intervém na sociedade mediante a imposição de implantação de políticas públicas pelos demais Poderes instituídos. Trata-se de

---

<sup>33</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 176.

<sup>34</sup> FISS, op. cit., 2017, p. 593.

medida impositiva e necessária, diante da inércia dos membros dos demais Poderes na tutela e efetivação de direitos fundamentais, pois, caso o Judiciário, quando provocado, não agisse, não haveria outro Poder ao qual recorrer. Assim, a demanda estrutural é um mecanismo importante de resistência à violação sistemática aos direitos fundamentais pelos demais Poderes.

Ademais, como forma de abrir um espaço democrático nas demandas, tanto no momento da instrução processual quanto no da execução, defende-se a abertura democrática com a possibilidade de manifestação dos interessados na demanda. Assim, há a formação de uma solução a partir do diálogo entre os Poderes instituídos, denominado de diálogo institucional, e os demais interessados na demanda.

No tocante aos instrumentos que promovem o diálogo institucional, podem ser citadas a realização de audiências públicas e a elaboração de planos judiciais, os quais consubstanciam um modelo cooperativo de processo, com a efetiva participação dos envolvidos na situação discutida no processo, bem como dos potenciais interessados. Com isso, há a superação da falta de informação e da alegação de violação ao princípio da separação dos Poderes.

Assim sendo, diante da demonstração da importância das demandas estruturais, bem como da necessidade de sua admissão no ordenamento brasileiro, a despeito da ausência de previsão legal e das críticas, constata-se que deve ser garantida a sua subsistência como meio de efetivação de direitos fundamentais.

Nesse esteio, verifica-se que nessas demandas é necessária a postura ativa do juiz, organizando o processo e determinando as medidas estruturantes necessárias com o objetivo de resolver o problema concreto. Assim, em vez de resistir às demandas e medidas estruturantes, importa admitir a postura ativista do juiz, fomentando a participação dos demais atores, promovendo um ambiente democrático dentro da demanda judicial, dotando a solução de legitimidade e de chances de efetivação pelos atores que com ela se comprometem.

Portanto, as demandas estruturais são instrumentos úteis para a superação de situações nas quais se verifica flagrantes inconstitucionalidades e violações massivas a direitos fundamentais e humanos, cabendo aos operadores do direito aprofundar os seus estudos sobre o tema para que haja a potencialização e o aperfeiçoamento desse instrumento.



## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, p. 389-410, 2013.

\_\_\_\_\_; JOBIM, Marco Félix Jobim (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 24 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 05 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

DALLA, Humberto; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016.

FISS, Owen M. "The Forms of Justice" (1979). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1220. Pp. 27-28. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1220](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220)>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. *Revista de Processo*, v. 289, n. 2019, p. 423-448, 2019.

VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 715 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.