



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

RAYANE AYRES LIMA

**LITÍGIOS ESTRUTURAIS: A NECESSIDADE DE
SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA EM DEFESA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Structural Litigation: a need for paradigmatic overcome in defense of fundamental rights

Brasília 2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA FACULDADE DE DIREITO

**LITÍGIOS ESTRUTURAIS: A NECESSIDADE DE
SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA EM DEFESA DOS DIRETOS
FUNDAMENTAIS**

Autora: Rayane Ayres Lima

Orientadora: Prof. Dra. Daniela Marques de Moraes

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel, na
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Brasília, 10 de Dezembro de 2019.

FOLHA DE APROVAÇÃO

RAYANE AYRES LIMA

Litígios Estruturais: a necessidade de superação paradigmática em defesa dos direitos fundamentais.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, na Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 10 de Dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Daniela Marques de Moraes

Doutora em Direito

Marcio Lucio Marques

Especialista em Direito

Paula Pessoa Pereira

Doutora em Direito

*Em homenagem aos meus avós, Wagner e Maria Helena,
todas as minhas conquistas são deles.*

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus pela renovação diária das forças tão necessárias nessa caminhada.

Aos meus avós e à minha mãe minha eterna gratidão pelo amor e cuidados sempre a mim dedicados. Vocês são minha inspiração diária, meu refúgio e alegria na vida. Sempre lhes dedicarei cada vitória, pois lhes devo tudo de bom que sou.

Ao meu pai agradeço o amor, parceria e inspiração para dedicar-me aos estudos. A sua determinação faz parte de mim e sempre vai me acompanhar.

Aos meus irmãos agradeço por compartilharmos o mesmo sangue, a mesma criação e um amor que nos transborda. Sempre serei grata pela sorte de sermos nós três.

Aos demais familiares agradeço o amor e cuidado.

Nesse momento externo profunda gratidão àqueles que me incentivaram a iniciar os estudos jurídicos: Dr. Carlos Moreira Alves, Dr. Marcio Lucio Marques, Dr. Rodrigo Navarro de Oliveira, Dra. Vanessa Carriço, Dra. Natasha Martins e Dr. Sérgio Mezine. Quando eu sequer sabia dos caminhos que trilharia vocês me inspiraram diariamente e guiaram meus passos com tanta gentileza que sequer notei que já estava totalmente envolvida no mundo do Direito e querendo aprender mais todos os dias. Sou grata a cada um de vocês por toda a paciência nos ensinamentos, por cada aula e por nunca se cansarem de me ajudar e me orientar. Não sei aonde a vida vai me levar, mas saibam que sempre os guardarei com respeito, carinho e gratidão no coração.

Agradeço aos demais colegas do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Vocês também são parte de quem sou, sou grata a cada um por todos esses anos de convivência, por todo o apoio e compreensão que sempre recebi.

Agradeço a Professora Paula Pessoa por suas aulas brilhantes e intrigantes, obrigada por me apresentar minha área de pesquisa. Certamente, depois dos nossos inúmeros debates em sala quanto a esse tema, a senhora irá se surpreender com tudo que aqui será defendido. Agradeço também a Professora Daniela por todo o apoio, carinho e respeito que sempre demonstrou comigo. Eu gostaria que todos os meus professores se espelhassem no ser humana que você é e no seu trato com os alunos. Muito obrigada pela liberdade de pesquisa e de produção de texto, a senhora facilitou muito esse processo de produção.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos amigos que estiveram ao meu lado todos esses anos. Em especial aos colegas do Direito, a experiência de ter dividido minha graduação com pessoas tão parceiras e gentis será sempre motivo de gratidão. Obrigada por todos os trabalhos em grupo, pelo conhecimento compartilhado, pelos materiais cedidos e pelo cuidado que me era dado no dia a dia através de palavras de consolo e força. Vocês são parte central na minha caminhada até o dia de hoje.

FICHA CATALOGRÁFICA

RESUMO

O Objetivo central desse trabalho é compreender como tem se dado a atuação do Poder Judiciário Brasileiro nos caso de violação sistêmica de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Fato é que o Poder Judiciário está lidando com litígios estruturais, que possuem como característica principal o alto grau de complexidade, através do Processo Clássico que obedece a lógica do Estado Liberal e que é totalmente incompatível com as necessidades desse litígio. Os objetivos específicos são, em suma, demonstrar a relação entre Estado e direitos fundamentais confirmando a premissa de que cabe ao Estado a garantia dos direitos fundamentais; demonstrar as principais características da violação sistêmica desses direito com o intuito de justificar que o Poder Judiciário está apto a atuar nos casos de litígio estrutural; demonstrar, através da análise das características do processo clássico em contraste com as características da violação sistêmica de direitos fundamentais, que a atuação por meio do processo clássico não é adequada aos litígios estruturais; apresentar o conceito de processo estrutural e delinear as principais características que ele precisa ter para ser o meio adequado ao judiciário quando da sua atuação em estruturais sociais complexas com o intuito de garantir a efetividade de direitos fundamentais.

Palavras-chave: processo estrutural; litígios complexos; políticas públicas, processo coletivo; flexibilização;experimentalismo.

ABSTRACT

The main objective of this present master thesis is to understand how the Brazilian judiciary has been acting in the case of systemic violation of constitutionally guaranteed fundamental rights. The fact is the judiciary is dealing with structural disputes, whose main characteristic is the high degree of complexity, through the Classical Process that obeys the logic of the Liberal State and is totally incompatible with the needs of this dispute. The specific objectives are, in short, to demonstrate the relationship between the state and fundamental rights by confirming the premise that the state must guarantee fundamental rights; demonstrate the main characteristics of the systemic violation of these rights in order to justify that the judiciary is able to act in cases of structural litigation; demonstrate, by analyzing the characteristics of the classical process in contrast to the characteristics of the systemic violation of fundamental rights, that acting through the classical process is not appropriate to structural disputes; present the concept of structural process and outline the main characteristics that it needs to have to be the appropriate means for the judiciary when acting in complex social structures in order to guarantee the effectiveness of fundamental rights.

Keywords: structural injunctions; complex litigation; policy; collective procedure; procedural flexibilization; experimentalism.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	v
RESUMO	viii
ABSTRACTC	ix
INTRODUÇÃO	1

PARTE I

RAZÕES PARA GARANTIR JUDICIALMENTE QUE O ESTADO EFETIVE DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1. DIREITOS FUNDAMNETAIS: UM OLHAR ATRAVÉS DO PARADIGMA DO ESTADO	5
1.1 Do Estado Absolutista ao Estado Regulador	6
1.2 As peculiaridades do caso Brasileiro.....	14
1.3 A Constituição Cidadã	16
1.4 Eficácia e aplicabilidade das normas garantidoras de direitos fundamentais.....	20
CAPÍTULO 2. LITÍGIOS ESTRUTURAIS: A VIOLAÇÃO SISTÊMICA DE DIRIETOS	24
2.1 Principais características da violação	25
2.2 A experiência Norte-Americana	27
2.3 O judiciário deve “intervir”?	29
2.3.1 A afronta ao princípio da Separação de Poderes.....	29
2.3.2 A falta de Legitimidade Democrática	32
2.3.3 A Falta de capacidade institucional do Judiciário	34
2.3.4 Os efeitos antidemocráticos	35
CAPÍTULO 3. SUPERANDO PARADIGMAS EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
3.1 Da compatibilidade com o Princípio da Separação de Poderes	38
3.2 A Legitimidade Democrática do Judiciário para atuar em litígios estruturais	40

3.3 A capacidade institucional do Judiciário	42
3.4 As ações estruturais como meio de promoção da Democracia	44
3.5 Efetivação de Direitos Fundamentais no Estado Regulador	45

PARTE II

UM PROCEDIMENTO ADEQUADO À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS QUE ENVOLVEM A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1. A INADEQUADA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	48
1.1 O problema da jurisdição de litígios estruturais por meio do Processo Clássico.....	48
1.1.2 Demandas individuais e a lógica da bipolarização.....	49
1.1.3 A preocupação retrospectiva e a atuação episódica.....	51
1.1.4 A interdependência entre direito e remédio e o Princípio da Demanda.....	53
1.1.5 O controle das partes sobre o processo.....	55
1.2 Influências do Processo Clássico nos Processos Coletivos.....	55
1.3 Consequências da jurisdição de litígios estruturais por meio do Processo Clássico.....	58
 CAPÍTULO 2. DELINEAMENTO DO PROCESSO ESTRUTURAL.....	 62
2.1 Os modelos forte e fraco de atuação do Judiciário.....	62
2.2 O conceito de processo estrutural.....	64
2.3 Principais características e objetivos	65
2.3.1 Construção interativa – representação e participação na negociação.....	65
2.3.2 Foco nos resultados.....	67
2.3.3 Transparência e publicidade.....	68
 CAPÍTULO 3. PROCEDIMENTOS NECESSÁRIOS AO PROCESSO ESTRUTURAL.....	 69
3.1 Superação paradigmática de questões processuais.....	69
3.1.1 Reinterpretação do Princípio da Demanda.....	69
3.1.2 Reinterpretação do Princípio da Preclusão, coisa julgada e da estabilização.....	70
3.1.3 A importância da oralidade.....	71
3.1.4 As possíveis condutas do juiz.....	72
3.2 A execução das ordens estruturais.....	74

3.3 O Estado de Coisa Inconstitucional e o Compromisso Significativo.....77

3.4 Movimentações no Legislativo.....80

3.5 Os benefícios do Processo Estrutural.....82

CONCLUSÃO.....85

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....89

INTRODUÇÃO

Como indicado pelo título, esse trabalho insere-se na discussão acerca das decisões estruturais. Por ora, vale dizer que na manhã de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América trouxe a público a polêmica decisão do caso *Brown v. Board of Education*, que determinou o encerramento da segregação racial nas escolas do país, o caso será melhor acurado no capítulo 2 da primeira parte desse trabalho. Owen Fiss¹ afirma que surgiu naquele julgamento uma nova forma de atuação do judiciário, através das *structural injunctions* ou decisões estruturais, que determinavam que instituições políticas e/ou administrativas se voltassem à elaboração de políticas públicas que garantissem a cessação da violação sistêmica de direitos fundamentais.

O Poder Judiciário está acostumado a lidar com demandas extremamente complexas e que tratam de pretensões sociais baseadas em múltiplos interesses. No entanto, os litígios que tratam dessa violação sistêmica de direitos demonstram-se de uma complexidade ímpar, a eles dá-se o nome de litígios estruturais. Desde o caso *Brown v. Board of Education*, a discussão acerca da atuação do Judiciário nesses casos tem ganhado relevância mundial e os diversos ordenamentos jurídicos estão oferecendo respostas cada vez mais intrigantes na garantia da defesa dos direitos fundamentais.

O objetivo geral desse trabalho é compreender como tem se dado a atuação do Poder Judiciário Brasileiro nos casos de violação sistêmica de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Para tanto o trabalho foi dividido em duas partes com três capítulos cada. A primeira parte busca estabelecer se realmente é dever do Estado garantir judicialmente esses direitos, e a segunda dedica-se a compreender a melhor forma de atuação do judiciário para tal objetivo. Todo o caminho argumentativo do texto é proposto através da superação de paradigmas postos para que se possa lidar adequadamente com os litígios estruturais.

Com o intuito de compreender se existe uma real obrigação do Estado em garantir direitos fundamentais, o Capítulo 1 da Parte I vai se dedicar primeiramente à compreensão do que vem a ser o Estado e qual sua relação com os direitos fundamentais. Após esse momento, essa discussão será proposta dentro dos modelos paradigmáticos de Estado de forma que se demonstre como se chegou a atual relação entre o Estado brasileiro, a Constituição de 1988 e

¹FISS, Owen M. **The Forms of Justice**. Harvard Law Review, v. 93, n.1-58, nov. 1979.

as normas garantidoras de direitos fundamentais. Após a compreensão dessa relação buscar-se-á compreender se é possível a exigibilidade judicial desses direitos nos casos de violação sistêmica.

O Capítulo 2 da Parte I vai se voltar para os litígios estruturais com o intuito de compreender as principais características dessa violação. Em um segundo momento são apresentadas as principais críticas doutrinárias quanto à “intervenção” do Judiciário nesse tipo de litígio. A argumentação contrária à intervenção judicial baseia-se em uma suposta afronta do princípio da Separação de Poderes; na falta de Legitimidade Democrática do Judiciário; na falta de capacidade institucional; e em possíveis efeitos antidemocráticos que possam surgir em decorrência da sua atuação. Por sua vez, o Capítulo 3 da Parte I irá propor uma superação paradigmática dessa compreensão bem como a total compatibilidade do Poder Judiciário com as necessidades impostas pelos litígios estruturais.

Após a compreensão das justificativas de atuação judicial para garantir a efetividade de direitos fundamentais o Capítulo I da Parte II irá se dedicar à demonstração de que o Judiciário já atua em estruturas sociais complexas, como políticas públicas. Será elucidado que o problema da atuação está no meio utilizado que não possibilita uma real adequação aos casos. Ainda nesse capítulo, será feita uma análise da inadequação da atuação do judiciário nos litígios estruturais que, até hoje, tem se dado basicamente de duas formas: através de demandas individuais ou por meio de demandas coletivas. As duas formas de atuação se baseiam no processo aos moldes clássicos, que segue a lógica dos litígios do Estado Liberal, de caráter individual e patrimonialista.

O Capítulo 2 da Parte II terá como foco a exposição das bases teóricas necessárias ao delineamento de um processo que responda adequadamente aos litígios estruturais. Para tanto, são apresentados o conceito de litígio estrutural e as principais características que esse procedimento precisa ter a fim de que possa garantir a legitimidade de atuação do Judiciário, a sua capacidade institucional e, o mais importante, os meios que garantam a efetividade da decisão.

Expor-se-á no Capítulo III a necessidade de superação paradigmática de algumas questões processuais que desvinculem de uma vez por todas o Processo Estrutural do Processo Clássico. Destaca-se para tanto a necessidade de reinterpretação do Princípio da Demanda, do Princípio da Preclusão, da Coisa Julgada e da Estabilização. Além disso, será destacada a importância do regresso à oralidade bem como as possíveis condutas a serem adotadas pelo juiz no intuito de viabilizar um ambiente democrático que possibilite o necessário diálogo e ambiente de negociação que são requeridos para a dissolução desse tipo de conflito.

Neste capítulo também será evidenciado como a questão do Processo estrutural tem sido tratada atualmente pelo legislativo através da análise do projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014 e do projeto de lei do Senado Federal n. 736/2015. Esses projetos também são interessantes na medida em que trazem outras formas de tratativa do judiciário brasileiro para com os litígios estruturais: o Estado de Coisa Inconstitucional, estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal pela primeira vez no julgamento da ADPF nº 347, que reconheceu o estado de inconstitucionalidade dos presídios brasileiros; e o Compromisso Significativo, alternativa que surgiu na África do Sul e mostrou-se como uma opção conciliadora para lidar com litígios estruturais.

Por fim, serão trazidas nesse último capítulo as formas de impacto dos litígios estruturais na sociedade, que se resumem em: i. efeitos diretos instrumentais; ii. efeitos diretos simbólicos; iii. efeitos indiretos instrumentais; iv. e efeitos indiretos simbólicos. Mediante toda argumentação trazida será defendida a superação de paradigmas com o intuito de garantir a exigibilidade judicial da efetividade de direitos fundamentais através de um Processo Estrutural que atenda às necessidades desses litígios de forma adequada e baseando-se no dever diálogo do Poder Judiciário, requisito indispensável para a manutenção do ambiente democrático.

PARTE I
RAZÕES PARA GARANTIR JUDICIALMENTE QUE O ESTADO EFETIVE DIREITOS
FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM OLHAR ATRAVÉS DO PARADIGMA DO ESTADO

Parte central da discussão que aqui será proposta parte da compreensão da importância dos direitos fundamentais. Inicialmente, essa parece ser uma questão pouco problemática, mas a forma como esses direitos vêm sendo tratados pelo Estado faz valer o questionamento. Será que o Estado e a sociedade assimilam de fato o que é um direito fundamental? Será que entendem sua relevância e, principalmente, sua indisponibilidade?

Pode-se dizer que todos os brasileiros tem acesso à alimentação saudável, saúde, educação e à trabalho em condições dignas? Todos são tratados igualmente pela lei? Todos têm acesso à moradia, informação e ao lazer? Esses são apenas alguns dos direitos fundamentais e, infelizmente, nenhuma dessas perguntas pode ter uma resposta positiva. Uma rápida análise da realidade do Brasil demonstra que ou esse conceito não está sendo compreendido ou vem sendo propositalmente ignorado.

Os direitos fundamentais delimitam a atuação estatal, são expressão e garantia da liberdade política, da liberdade pessoal e elementos constitutivos imprescindíveis para um Estado constitucional democrático. Para que se possa traçar o cenário que explique a violação sistemática desses direitos é preciso que se tenha em mente o caminho percorrido até o modelo de Estado atual e qual sua relação com os direitos fundamentais.

A existência desses direitos e sua congruência com a ideia de Estado é relativamente recente. Para que se compreenda como se deu esse encontro, bem como a forma como essa interação ocorre atualmente, é imperioso que se compreenda o Estado levando-se em consideração três pressupostos: i. todas as sociedades humanas precisam do mínimo de organização política, que não necessariamente culminará na existência do Estado; ii. essa forma de organização depende de diversos fatores ligados a complexidade da sociedade em questão e de sua diferenciação política, daí surge a necessidade de situar a organização política em análise no tempo e espaço; iii. Seja como concepção jurídico-política, seja como sistema institucional, o Estado está sempre em processo de mudança que são baseadas nos fins a que se propõe e na forma como se estrutura.

Nem toda organização política configura um Estado, existem sociedade historicamente antecedentes, como a família patriarcal, o clã, a tribo, a fratria grega, a gentilidade ibérica e a sociedade feudal. Ainda assim, é curioso o fato de que o conceito de Estado vem se desenvolvendo desde a polis grega, muitos autores se propuseram a estudar essa forma de organização se baseando em diversas concepções sociais, políticas e filosóficas. Nesse sentido

fica evidente que não é possível delimitar apenas um conceito para Estado, as definições são espelho do pensamento de cada autor situado em um determinado tempo e espaço, isso posto, cumpre esclarecer que para os objetivos dessa dissertação, o Estado será analisado sob o ponto de vista paradigmático e não a partir de um conceito específico. Thomas Kun conceitua paradigma como "realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência." ²

Para Menelick de Carvalho Netto, a noção de paradigma apresenta um duplo aspecto: o primeiro deles seria a possibilidade de explicar o desenvolvimento científico como um processo de rupturas e/ou, que se verifica mediante rupturas. E o segundo seria a possibilidade de se valer de "óbvias simplificações" que: "só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados." ³

A adoção da análise paradigmática se justifica, pois através dela é possível fazer essa simplificação válida que possibilita a percepção de como se dá a relação entre direitos fundamentais e o Estado e de como essa interação é relativamente recente e tem se mostrado conflituosa. Essa análise, no entanto, envolve uma perspectiva eurocêntrica, mas que continua sendo válida para o cenário brasileiro, já que as instituições nacionais absorveram muito dessas formas de ordenação social.

1.1 Do Estado Absolutista ao Estado Regulador

Após séculos da organização política medieval, marcada pela difusão do poder em diferentes autoridades, as sociedades europeias começaram a se organizar em volta da figura de um monarca. Observa-se que, nesse contexto de centralização de poder, o Rei buscava se libertar de vínculos internos e externos, como o poder do Papa, que dificultavam essa centralização. ⁴

² KUHN, Thomas s. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 43

³ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito**. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

⁴MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2005. p. 29.

Vários autores passaram a criar teorias que justificassem a necessidade de centralização do poder, dentre eles Maquiavel que em sua obra “O Príncipe”⁵ foi o primeiro a utilizar o vocábulo Estado (*stato*). Nesse sentido:

... do italiano a palavra passa para as restantes línguas europeias nos séculos XVI e seguintes, com maior ou menor êxito e precisão. E os nomes dos Estados em concreto adquirem valor jurídico e simbólico, enquanto exprimem momentos históricos determinados ou determinadas feições de individualizar os Estados, a sua forma ou o seu sistema político, uns em relação aos outros.⁶

Surge então o chamado Estado absolutista, no qual se opera a máxima concentração de poder nas mãos do rei. Há que se ressaltar que esse poder não era tão inquestionável assim. Uma vez que não existe Estado sem Direito, nenhum governante é absoluto o suficiente em si para desvincular-se das normas jurídicas que o intitulam como tal. Dessa forma, ainda que a legislação fosse a manifestação da vontade real e dela retirasse toda sua legitimidade, a lei era em si uma limitação ao próprio rei.⁷

Ainda que essa limitação existisse, o que se constata desse paradigma estatal é que o soberano usava-se da lei para limitar direitos sobre o pretexto de um bem maior, que não raras vezes, estava ligado intimamente apenas a seus interesses pessoais, ignorando-se massivamente a vontade dos súditos. Havia um dualismo político em que uma maior parcela da sociedade vivia à sombra do direito e a outra minoria estava sobre a proteção do rei. A razão de ser do estado absolutista era a conveniência e não a justiça ou a legalidade enaltecia-se o poder pelo poder.⁸

Havia nesse momento histórico, uma crescente institucionalização e um aumento na produção legislativa que visou atender aos interesses e necessidades de uma sociedade que se desenvolveu aos moldes do mercantilismo e assumiu os primeiros ares capitalistas. O Estado começou a se moldar atuando sistemicamente com a economia, já ao indivíduo restava uma esfera de autodeterminação não abrangida pelo próprio Estado.⁹

⁵ WINTER, Lairton. **A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel**. Tempo de ciência, 2006, p. 118: “A obra “O Príncipe” é, nesse sentido, uma reflexão sobre o poder político que permeia o Estado. Todo Estado é, fundamentalmente, constituído por uma correlação de forças, fundada na dicotomia que se estabelece entre o desejo de domínio e opressão, por parte dos grandes ou poderosos, e do desejo de liberdade, por parte do povo, que, em síntese, compõe as relações sociais”.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2005. p.24

⁷ Ibid.p. 30

⁸ LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**.2018 .p.5

⁹ “O que ficou assegurado foi uma esfera privada, caracterizada por um mínimo de paz que permitia a sobrevivência física e por uma competição, segundo leis de mercado, pelos escassos recursos materiais para a satisfação das necessidades, estando franqueado à economia extrair o trabalho dos indivíduos e ao Estado garantida a obediência dos súditos.” (LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**.2018 .p.6)

Aqueles que eram vistos pelo Estado como meros súditos, pagadores de impostos, com alguma força de trabalho para oferecer, tinham a vida resumida a subexistência, com péssimas condições de trabalho, moradia e faltava-lhes o básico como água e comida. Enquanto isso, a nobreza esbanjava luxos.

Já entre as burguesias comerciais, que haviam se formado graças à liberdade econômica garantida pelos monarcas, criou-se um forte sentimento de insatisfação, dado o fato de não lhes ter sido permitido grandes interferências no governo. Esse contexto levou ao esgotamento do modelo absolutista e culminou nas Revoluções Liberais dos séculos XVII e XVIII e com surgimento de um novo paradigma, o Estado Liberal.

Como pontos centrais do discurso revolucionário, destaca-se a defesa de um liberalismo econômico sem interferência estatal, o liberalismo jurídico da ideia de que todo indivíduo têm direitos, intrínsecos a sua condição de ser humano e que devem ser protegidos pelo Estado contra abusos de governantes. Como fruto desse discurso tem-se a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Inspirada nos pensamentos iluministas, bem como na Revolução Americana, esse documento sintetizou os ideais libertários da primeira fase de Revolução Francesa e pode ser considerado como os precursores dos direitos fundamentais.

A diferença entre os direitos dos homens e os direitos fundamentais está na positivação. Os dos homens tem uma marcante conotação jusnaturalista sendo aqueles direitos inerentes à natureza humana, positivados ou não. Já os direitos fundamentais são os direitos constitucionalmente positivados, ou positivados em tratados internacionais. Portanto, no que diz respeito a direito interno, os direitos fundamentais nascem no mesmo momento que as Constituições.¹⁰

Segundo Jorge Miranda, o Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado Liberal¹¹ negando as diretrizes do Estado Absolutista e tendo por objetivo “impedir as medidas particulares e individuais, típicas do poder de polícia do absolutismo, para construir um ambiente favorável, para uma economia governada, mas autônoma”¹². Para que isso fosse possível seria necessário que se diferenciasse a economia do sistema político-democrático através de leis que deveriam ser seguidas inclusive pelo Estado. O governo pautava-se então à

¹⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Conceito – Objetivo – Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Disponível em:** http://www.lex.com.br/doutrina_27021556_CONCEITO__OBJETIVO__DIFERENCA_ENTRE_DIREITOS_HUMANOS_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS.aspx.

¹¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2005. p. 30

¹² LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 2018 .p.7

dinâmica da economia, sendo cada vez mais econômico e aparelhando-se para garantir as melhores respostas a uma sociedade que baseava sua satisfação nos resultados econômicos.

A filosofia política jusnaturalista e as correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo, conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito, em que se buscava a contenção do poder pelo direito formalizado, através de leis positivadas. A expansão da juridificação culminou na limitação constitucional do Poder Executivo, que antes encontrava barreiras na lei e no exercício burocrático do Poder.¹³

Os países passam a criar Constituições escritas que reforçavam a institucionalização jurídica do poder político; a soberania nacional, e trazia a ideia do povo como conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres. As Constituições fizeram com que a lei passasse a ser mais do que a manifesta vontade do governante ou a mera organização do Estado, ela era a existência fática de direitos subjetivos oponíveis inclusive ao Estado.¹⁴

Tendo como base a ideia da liberdade burguesa, as Constituições se propunham a garantir a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade contratual e a liberdade de comércio, os conhecidos direitos fundamentais de primeira geração. O ordenamento jurídico passou a proteger os cidadãos positivando a existência de um sujeito jurídico livre, de ação autônoma. Esse ideal de uma sociedade constituída por cidadãos livres e iguais deu-se a partir da distinção entre direito privado e público.¹⁵

No âmbito das relações privadas, as relações eram horizontais tendo como princípio a igualdade entre as partes. Já no âmbito das relações públicas, a autoridade estaria subordinada à lei. O Estado passou a se submeter a esse sistema de regras, atraindo para si um caráter fiscal, em que a autoridade da administração passou a ser extremamente burocrática e só poderia ser exercida dentro dos limites legais.¹⁶

Havia, portanto, uma organização sistemática de um direito impessoal, o que era imprescindível para o desenvolvimento do capitalismo, uma vez que normas positivadas garantiam que fosse praticável fazer cálculos de custos e benefícios para o desenvolvimento da atividade econômica, enquanto o direito em si se afastava de questões éticas para garantir uma melhor interação entre o mercado desenvolvido, o sujeito livre, o Estado fiscal e administração burocrática.¹⁷

¹³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2005. p. 31

¹⁴ LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 2018. p.7

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

Em uma sociedade tão pautada na economia e pelas liberdades individuais, com um Estado que autodelimitava sua atuação no chamado intervencionismo negativo, atuando apenas através da delimitação de um mercado supostamente autorregulável, que a assimetria social, fruto do capitalismo que pautava as relações como proprietários que lucravam e trabalhadores subordinados, aprofundou-se cada vez mais. Isso foi resultado por se ter no centro da sociedade “o sujeito de interesse, *homo economicus*, calculador egoístico do autointeresse”¹⁸. O liberalismo enfrentou duras críticas doutrinárias vindas dos mais diversos campos, como os pensamentos reacionários dos movimentos políticos dos séculos XVIII e XIX, os pensamentos católicos e os pensamentos socialistas, ainda sim, é importante ressaltar que foi um período de grande evolução social que direta ou indiretamente só foi possível pelas diretrizes liberais¹⁹.

Essa estrutura estatal entrou em colapso quando a economia mundial se degingolou na crise de 1929. Nesse contexto, as diferenças sociais causadas pelo liberalismo exacerbado se acentuaram. Houve aqueles que continuaram insistindo na não intervenção do Estado, pois a atuação da “mão invisível” do mercado seria suficiente. Mas a mesma sociedade que antes defendia um Estado mínimo passou a cobrar dessas soluções e uma maior intervenção.

O paradigma do Estado Liberal acabou sendo sucedido, no início do século XX, pelo chamado Estado Social que se caracterizou por um novo movimento de juridicização, baseado em estratégias corporativas, que tinha por objetivo o balanceamento dos efeitos causados por um sistema que havia se voltado totalmente para a economia e que enfrentava sérios problemas sociais, gerados pela industrialização. Esse período é marcado pelo surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, denominados direitos sociais, culturais, econômicos ou de coletividade.²⁰

A diminuição do conflito de classes existente naquele momento só foi possível através de uma produção legislativa voltada para proteção social, trabalhista e fortemente marcada pelo reconhecimento de posições hipossuficientes. Houve uma limitação dos, até então, poderes irrestritos dos proprietários capitalistas e o Estado voltou-se para a proteção do indivíduo garantindo-lhe direitos como salário-mínimo, jornadas de trabalho regulares, restrições à

¹⁸ LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 2018 .p.8

¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2005. p. 33: “*Directamente: a abolição da escravatura, a transformação do Direito e do processo penais, a progressiva supressão de privilégios de nascimento, a liberdade de imprensa. Indirectamente: a prescrição de princípios que, ainda quando não postos logo em prática, viriam, pela sua própria lógica, numa espécie de auto-regência do Direito, a servir a todas as classes, e não apenas à classe burguesa que começara por os defender em proveito próprio (assim, a partir da liberdade de associação a conquista da liberdade sindical e a partir do princípio da soberania do povo a do sufrágio universal).*”

²⁰ LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 2018. p.12

demissão, proteção contra ilícitos, direito de propriedade... Para esse paradigma de estado a liberdade aceitável era a de fato e não apenas a jurídica e só era possível quando interpretada como liberdade igual para todos.²¹

Após a Segunda Guerra Mundial, a intervenção estatal se intensificou, uma vez que os países do eixo capitalista precisaram se reorganizar, através de políticas como o plano Marshall, em busca da reconstrução da Europa ocidental. A ideia era aumentar os investimentos estatais na cidadania, de forma que se possibilitasse à população meios para aumentar seu consumo, o que resultaria no fomento da economia ocidental. Esse foi o princípio do Estado de Bem-Estar Social, na qual o desenvolvimento econômico, que seguia sendo baseado em uma economia capitalista industrial, deveria ser atrelado ao crescimento social.²²

Jorge Miranda destaca quatro linhas de força dominante no período pós-guerra²³: as transformações do estado em contraposição ao *laissez faire* liberal, tornando-se mais democrático, social e intervencionista; ii. o aparecimento e desaparecimento de regimes totalitários diversos; iii. a emancipação dos povos coloniais com sua organização moldada pelo tipo de estado europeu, embora com sistemas políticos-constitucionais diferentes; iv. A organização da comunidade internacional e a proteção internacional dos direitos do homem.

Nesse contexto, surgem os direitos fundamentais de terceira geração que tratam do direito ao desenvolvimento, a paz, a um meio ambiente equilibrado, a comunicação... Percebe-se o aumento na juridificação garantidora das liberdades, a constitucionalização das relações privadas e a promoção da ideia de justiça social, que deveria ser assegurada pelo Estado através de políticas que garantissem a igualdade formal. A estratégia corporativista do Estado Social foi substituída por estratégias compensatórias. Othon Lopes destaca que:

No Estado de Bem-Estar Social, a política social selecionou situações de debilidades extremas para absorvê-las, deixando intactas as relações de propriedade, receitas e dependências. Regulações e prestações estatais dirigiam-se para a consecução de um equilíbrio social por meio de compensações, mas também para a correção de externalidades coletivamente sensíveis, como meio ambiente, cidades, políticas sanitárias etc.²⁴

Com o passar do tempo essa estrutura mostrou-se problemática, o Estado de Bem- Estar Social começou a apresentar sérios sinais de crise. O Estado se agiganta como nunca antes, tornando-se caro, ineficiente e fraco, não suportando os custos de serviços cada vez mais

²¹LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 2018. p.12

²² Ibid.

²³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2005. p. 33.

²⁴LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 2018. p.13.

extensos para a população, bem como aqueles necessários para a manutenção de sua própria estrutura, que precisava ser enorme para alcançar seus objetivos.²⁵

Esse fato, somado à crescente corrupção dessa administração pública extremamente burocrática, passou a inviabilizar a existência desse modelo estatal, que também não conseguia competir, numa economia globalizada, com países sem o mesmo grau de proteção social.²⁶

Existia uma complexidade de pressões sociais e econômicas tão grandes sobre o Estado que ficava impossível satisfazer uma racionalidade material e de resultados. Ficou claro que os efeitos negativos do Estado de Bem-Estar Social não se demonstram como efeitos colaterais. A própria estrutura estatal ameaçou a liberdade dos beneficiários. Valendo-se do discurso jurídico de compensação/indenização, acabou-se criando uma rede de assistência clientelista muito difícil de ser mantida. As relações sociais pautadas na dependência estatal não suportaram as pressões criadas pelas burocracias encarregadas de atuar na distribuição de bens de serviço. Quanto mais densas as redes de garantias formadas pelo Estado mais debilidades de outra ordem apareciam.²⁷

Atualmente discute-se a superação do paradigma do Estado de Bem-Estar Social. Busca-se um modelo mais realista, com uma atuação estatal mais restrita que se limite a impulsos controladores indiretos.²⁸ Ressalta-se que dentro desse modelo ainda que se mantenha uma sociedade capitalista a preocupação política de bem-estar deve prevalecer. Chama-se esse novo modelo de Estado Regulador, onde nota-se um foco no direito como sistema regulador abrangente de toda sociedade no qual:

o poder político-burocrático assume a configuração de um sistema Administrativo protegido diante de partidos e do público, configurando um planejamento compreensivo e apresentando-se como uma autoridade responsável pela expansão do horizonte de possibilidades, e, que se fundamentam a ciência e a administração e que se vale de um direito como meio de sobrecarga por estabilizações cognitivas imperativos pragmáticas.²⁹

Mas qual seria o papel do Estado na efetivação dos direitos fundamentais nesse novo modelo? Após a crise do modelo de Bem-Estar Social, demonstra-se completamente plausível a ideia de que o Estado precisa reorganizar suas funções. Para tanto, o Estado Regulador vai entender que a atuação estatal deve se dar através da regulação, meio essencial para a efetivação

²⁵ LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 2018. p.15

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid p.17

²⁸ Ibid p.24

²⁹ Ibid p. 26

do equilíbrio entre o risco da atividade econômica, a sociedade política e a preservação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos ameaçados por distorções produzidas por um mercado livre.

Essa é a visão trazida por Márcio Iorio que ressalta que, no atual contexto, a teoria da separação de poderes precisa ser interpretada sob um novo viés, segundo o qual o Estado passa a ter uma função administrativa ligeiramente distinta das funções executivas, legislativas e jurisdicionais. Essa função será exercida através da administração das leis, como uma atividade intermediária entre as três clássicas do Estado³⁰.

Dessa forma, a necessária influência política direta do Estado, se efetivará através da conformação das atividades essenciais segundo ordens de promoção dos direitos fundamentais delas dependentes. Há um acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais mediante opções regulatórias de encaminhamento do setor. Fala-se, no Estado regulador, de uma Administração Pública gerencial no lugar de uma Administração Pública burocrática.

Enquanto, na Administração Pública burocrática, a garantia dos direitos sociais é remetida à contratação direta de servidores públicos atuantes nos diversos ramos das atividades econômicas, na Administração Pública gerencial, o mercado é tomado como instrumento para consecução dos direitos fundamentais mediante acompanhamento conjuntural e ponderado de custos, infraestrutura, serviços, bens públicos, tarifas, áreas de cobertura, dentre outros componentes das opções de investimento de um setor regulado.³¹

Outro autor a propor um modelo estatal substituto ao de Bem-Estar Social é Lucas Furtado. Para ele, compreender o Estado apenas como o instrumento realizador dos direitos fundamentais não é mais suficiente. Urge a necessidade de adaptar o aparato estatal e o ordenamento jurídico de forma que se defina mais adequadamente os papéis dos diversos entes públicos e a forma como se relacionam com o setor privado. O autor ressalta que independente de ideologias há que se reconhecer que tanto o setor público quanto o setor privado, isoladamente, não conseguem resolver as questões básicas relacionadas aos direitos fundamentais.

O Estado não se restringe, portanto, a prestações diretas de serviço, ele deve atuar como agente incentivador ou parceiro de entidades privadas que se dedicam ao desempenho de serviços que atendem a população. O autor chama esse novo paradigma de Estado Cooperativo que:

³⁰ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. Create Space, 2013.

³¹ Ibid, p.58.

é detentor de instrumentos que permitam agir de forma harmoniosa e negocial com os particulares. Devendo dispor também de instrumentos que garantam sua posição de império, cabendo ao ordenamento jurídico indicar esses instrumentos e as diferentes situações em que cada um deles se mostra mais adequado à realização dos direitos fundamentais.³²

Analisar os modelos paradigmáticos de organização social na forma de Estado se mostra interessante, pois é possível observar que há um constante embate entre direitos e economia. Os diversos contextos históricos moldaram gerações que entendiam pela maior ou menor intervenção do Estado, tanto na efetivação de direitos, quanto na própria economia. Após anos de intensa participação estatal, hoje, discute-se uma limitação ao Estado. Mas é curioso perceber que ainda que se fale em limitação não se questiona mais se o Estado deve ou não intervir na economia ou na efetivação de direitos, o grande questionamento de hoje é como deve se dar a atuação estatal nesses dois setores.

Apesar desse questionamento ser mundial, obviamente não se busca nesse trabalho zerar as possibilidades possíveis. Pretende-se compreender como se dá a atual atuação do Estado brasileiro na efetivação dos direitos fundamentais e como os argumentos econômicos têm sido utilizados nesse contexto. Assimilar os modelos de Estado e a forma como cada um deles lida com esse questionamento possibilita não só que se chega à resposta pretendida, como também, que se entenda o caminho percorrido até que se chegasse a atual compreensão de atuação estatal.

Como argumentado, o foco nesse momento, é no Estado Brasileiro, portanto, para que se alcance a resposta almejada, é preciso se atinar para a forma como os paradigmas estatais foram absorvidos pelo Brasil. Obviamente os modelos de Estado foram moldados a sociedade e ao processo histórico brasileiro, que são completamente distintos dos europeus. Passa-se então a analisar como se deu esse processo.

1.2 As peculiaridades do Caso Brasileiro

Como já destacado, os paradigmas de Estado se baseiam em modelos europeus que foram absorvidos pelas instituições nacionais e adequados ao cenário brasileiro. Algumas características do país precisam ser levadas em consideração para que se compreenda como se deu essa adequação.

³² FURTADO, Lucas. **Curso de Direito Administrativo**. 2013, p. 33

A primeira delas diz respeito ao fato de que o Brasil inseriu-se tardiamente no capitalismo. Antes da década de 30, a economia brasileira era baseada em monocultura e seus sucessivos ciclos econômicos. Esse fato, somado ao período escravagista da história brasileira, que perdurou até o século XIX, fez com que o Brasil não chegasse a ter um Estado Liberal em nenhum momento de sua história.

Diferente do que ocorreu na Europa, a tardia industrialização brasileira não se deu com a prévia acumulação de capital nas mãos da iniciativa privada, aqui ela só foi possível por ter sido financiada pelo Estado Novo que trouxe consigo as facetas de um Estado social corporativo. Outra característica que não pode ser ignorada é a forma como a desigualdade social se dá no país.

A desigualdade social possui diversos conceitos. Para Marx Engels³³ é o processo, baseado principalmente em questões econômicas, que dá origem a situações de diferenciação social tendo como resultado a redução da condição humana. Salgado³⁴ traz um conceito mais contemporâneo ao afirmar que a desigualdade social é um produto da interação entre sujeitos sociais, frente à desigualdade de oportunidades que culminam em relações de poder. Para esse autor, o processo de diferenciação entre esses indivíduos produz classes ou estratos, nas quais as capacidades e oportunidades determinam a mobilidade social ascendente ou descendente de um indivíduo.

Países com histórias mais antigas costumam justificar suas desigualdades sociais a partir do setor privado, mas, para Carlos Gouvêa³⁵, no caso do Brasil, há que se destacar o próprio Estado como fonte de desigualdade. O autor faz uma crítica ao que chama de adoção universal da teoria patrimonialista weberiana para explicar o fenômeno da desigualdade social. Segundo ele, essa teoria se adéqua ao contexto do capitalismo e do Estado moderno europeu, mas que não se aplica ao caso brasileiro.

Weber³⁶ afirmava que as sociedades medievais se caracterizavam pela falta de separação entre propriedade privada e propriedade estatal. A propriedade estatal era do príncipe e todos os serviços públicos eram financiados por ele, o que fazia da propriedade privada dos súditos algo restrito. Portanto, a criação de um sistema burocrático de separação entre o patrimônio do Estado, com recursos próprios, e dos seus cidadãos seria um dos principais requisitos para a

³³ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução CASTRO E COSTA, Luiz Cláudio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁴ SALGADO, Jorge. **Las desigualdades desde una perspectiva de complejidad: hacia un epistemología teórico-normativa del conflicto social**. Revista de Paz y Conflictos, Madrid, n. 2, p.44-58, 2010.

³⁵ GOUVÊA, Carlos; Direitos Sociais contra os Pobres. 2011

³⁶ WEBER, Max. **Economy and Society**. University of California Press, 1978, p. 231.

sociedade moderna. Essa necessidade geraria ainda outra: a criação de um governo eficiente. Para Weber a democracia eleitoral era a resposta a essa carência, através dela seria possível alcançar um governo forte, baseado na burocracia estatal, controlado por uma democracia competitiva e seu resultado seria uma distribuição do poder político e econômico.

Nesse contexto, Marx Weber entendia as desigualdades sociais como uma manifestação de três diferentes dimensões de estratificação social, cada qual apoiada em sua configuração de poder específica. A hierarquia econômica, baseada no poder econômico, que define a “classe”; a hierarquia social, fundados no poder social, que forma os “grupos de status”; e a hierarquia política, baseada no poder político, que dá origem aos “partidos”.³⁷

Para Carlos Gouvêa³⁸, o resultado previsto por Weber, de distribuição de poder político e econômico, fruto de um governo forte que se baseava na burocracia estatal, não se aplicou ao Brasil justamente pela modernização da sociedade brasileira ter se dado com a manutenção da desigualdade social e do patrimonialismo. O autor justifica que tal processo se deu pela estrutura social híbrida brasileira que tinha características da estrutura feudal e da sociedade moderna capitalista europeia.

No Brasil, não se formaram classes sociais, mas sim, uma sociedade com uma profunda separação entre um estamento superior e o restante. O resultado dessa formação social específica foi uma concentração desproporcional de recursos políticos e econômicos nas mãos de um grupo pequeno e específico. Essa sociedade híbrida fez com que as transformações jurídicas, que em outros países resultaram em momentos revolucionários, tivessem pouca expressividade no Brasil. Dessa forma, o país segue em destaque nos rankings sobre desigualdade social, ainda que figure entre os países com um dos maiores PIB's do mundo.³⁹

Compreender todas essas peculiaridades é de suma importância, pois são elas que inicialmente justificam como o Estado Brasileiro lida de forma débil com os direitos fundamentais que visam a proteção do indivíduo tanto em si mesmo quanto como ser social. Portanto, uma das razões de ser dos direitos fundamentais é a diminuição das desigualdades sociais. Esse é um dos projetos da Constituição Federal de 1988.

1.3 A Constituição Cidadã

³⁷Ibid.

³⁸GOUVÊA, Carlos; Direitos Sociais contra os Pobres. 2011.

³⁹FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: A formação do Patronato Político Brasileiro** (Globo, 1975).

Há mais um traço marcante que precisa ser explorado nesse caminho de compreensão dos fatores que permeiam a relação do atual Estado brasileiro com os direitos fundamentais: o período ditatorial e o processo de redemocratização, que resultou na Constituição de 1988, marco do paradigma do Estado de Bem-Estar Social aos moldes tupiniquins, e responsável pela ampliação do rol de direitos fundamentais em seu artigo 5º, somados aos direitos econômicos e sociais previstos nos artigos 6º e 7º.

No período anterior a ditadura, o Brasil ainda estava no contexto de seu Estado Social lidando com os conflitos relacionados à sua tardia industrialização. Economicamente o capitalismo brasileiro integrava-se ao sistema econômico mundial e recebia fortes pressões para que o capital estrangeiro entrasse no país. A urbanização fez crescer problemas como o desemprego, aumento da criminalidade e doenças. Havia um claro atrito entre as estruturas políticas no poder e o movimento operário, que havia sido desarticulado na ditadura de Vargas, mas que, em meados de 1945 voltou a florescer na conjuntura democrática, que possibilitava uma crescente participação popular nas decisões do país.⁴⁰

O período de 1945 a 1964, chamado por alguns de “experiência democrática” foi, portanto, uma fomalha, prestes a explodir. De um lado, o operariado urbano desejoso de maior participação e melhorias de vida, junto com eles uma massa crescente de despossuídos que ocupavam os morros e periferias das cidades; de outro lado a elite, acostumada a não ter muitos problemas para impor sua vontade; no meio, a classe média urbana, nova e extremamente ansiosa em parecer-se em consumo e pensamento com os da classe alta. Em suma, um barril de pólvora.⁴¹

O golpe militar de 1964 foi o resultado desse contexto de instabilidade institucional e agitações políticas, econômicas e sociais que permeava o cenário brasileiro desde a década de 30. Somou-se aos fatores internos a crise gerada pela Guerra Fria, que, na América Latina, resultou em diversas ditaduras militares que tinham como pretexto a contenção de uma suposta “eminente tomada de poder comunista”.

A ditadura militar brasileira durou de 1964 a 1985, a relação do período ditatorial com os direitos fundamentais foi bem clara: restrição ou suspensão. Prova disso são os números registrados por Piovesan⁴², houve o desaparecimento forçado de cento e cinquenta pessoas, a morte de cem, fora as mais de trinta mil denúncias de tortura realizadas por agentes públicos

⁴⁰ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.523

⁴¹ Ibid, p. 525.

⁴²PIOVESAN, Flávia. **Lei de Anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto Sul-Americano**. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 21. p. 456-469.

sob a orientação da Doutrina de Segurança Nacional. Além disso, Mezarobba⁴³ afirma que aproximadamente dez mil cidadãos brasileiros foram exilados e no mínimo cento e trinta banidos.

O direito deixou de se voltar para a estruturação de uma sociedade democrática e passou a ter por objetivo a consolidação do regime militar. Surgiram os Atos Institucionais, diplomas legais do poder executivo que estavam acima da Constituição vigente à época e que tinham como função aumentar a repressão através do ataque aos direitos individuais e garantir a manutenção do militares no poder.

Além disso, o governo ditador outorgou sua própria Constituição em 1967, que segundo Castro⁴⁴, era o resultado das disposições da Constituição de 1946, extraídos os pontos democráticos e acrescidos os Atos Institucionais. Cabe ressaltar que direitos individuais tais como a vida, liberdade, segurança e a livre manifestação de pensamento foram assegurados, porém com a possibilidade de perda dos direitos civis e responsabilização penal e civil caso se estendesse que houve “abusado de tais direitos”.

Ponto importante a ser destacado é que a desigualdade social aumentou significativamente no período do governo militar. Essa afirmação espanta, uma vez que em 1973 o país cresceu 10% ao ano, o PIB aumentou 14% e houve queda significativa da inflação.⁴⁵ Acontece que o fato do crescimento ter sido bom para empresários não significa necessariamente que alcançou a população.

Para que o crescimento fosse possível, os militares fizeram um plano de contenção dos salários mudando a fórmula que previa os reajustes da remuneração pela inflação, essa medida atingiu os trabalhadores gerando perdas reais de poder aquisitivo. Uma medida como essa só foi possível através do aparelho repressivo do Estado. A quase inexistente distribuição dos resultados do crescimento econômico resultou no aumento da concentração de renda e em níveis absurdos de desigualdade social.⁴⁶

No fim da ditadura militar, o governo enfrentava graves denúncias de corrupção e a perda da confiança popular no governo que resultaram na perda das eleições legislativas. O auge do

⁴³ MEZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. **SUR – Revista internacional de Direitos Humanos**, v. 7, n. 13, p. 7-25, São Paulo, dez. 2010. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_01.htm>. Acesso em: 04 fev. 2013.

⁴⁴ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.544

⁴⁵ VELOSO, Fernando. VILELA André, GIAMBIAFO Fabio. **Determinantes do “milagre” econômico brasileiro(1968-1973): uma análise empírica. 2008.**

⁴⁶ BALTHAZAR, Ricardo; FRRAZ, Lucas; FRAGA, Érica; FRANCO, Bernardo; MAISONNAVE, Fabiano; MENDONÇA, Ricardo; **Tudo sobre a Ditadura Militar.** Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/especiais/2014/03/23/o-golpe-e-a-ditadura-militar/a-economia.html>

movimento de redemocratização foi a campanha Diretas Já na qual milhares foram às ruas lutar por seu direito ao voto direto. No entanto a emenda que possibilitava tal demanda não foi aprovada. O candidato eleito indiretamente foi Tancredo Neves que faleceu antes de assumir o cargo. Em seu lugar, assumiu seu vice José Sarney, político proveniente do partido que apoiava o Regime Militar.⁴⁷

A teoria política que explica a redemocratização em países da América Latina que passaram por Ditaduras Militares é conhecida como o “pacto das elites”⁴⁸. Segundo essa teoria o processo se dá em três momentos: militar, político e econômico. No militar, destacam-se os acordos políticos feitos entre o governo e as elites políticas. Porém não é possível que esse momento se estenda no tempo, restando no pacto apenas as elites políticas que excluiriam os militares. No momento político, as elites políticas se mobilizariam para organizar um sistema político partidário e eleitoral bem como mecanismos de negociação dos conflitos que naturalmente surgem desse processo.

O último momento, chamado de momento econômico, possibilitaria as reais transformações políticas que resultariam na diminuição da desigualdade social. Uma análise dessa teoria demonstra que no processo de redemocratização brasileira passou-se pelo momento econômico e político, mas que os poderes econômicos e políticos do Brasil se mantiveram na mão de uma elite política, social e econômica específica. Carlos Gouvêa destaca que:

no caso brasileiro, vários elementos da estrutura de poder vigente durante os regimes militares foram mantidas intactas no processo de democratização. Em particular, não ocorreram mudanças significativas no sistema eleitoral, na divisão e estruturação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no sistema policial e penal e na organização do Judiciário. Ou seja, alguns aspectos essenciais da distribuição de poder no Estado brasileiro foram mantidos sem qualquer alteração substantiva.⁴⁹

Portanto, o momento econômico, que traria as reais mudanças, não foi alcançado. Ainda assim, o momento político foi proveitoso, pois culminou na atual Constituição. A Assembleia Nacional Constituinte foi instituída em 1º de fevereiro de 1987 e propiciou um debate do conteúdo constitucional sem precedentes na história brasileira. Após amplo debate e negociação a Constituição foi promulgada em 05 de outubro de 1988.

Além da promessa de promoção da democracia, a nova Carta ampliou direitos e garantias individuais, razão pela qual foi definida por Ulysses Guimarães como “Constituição Cidadã”.

⁴⁷ Ibid

⁴⁸ O'DONNELL, G. SCHMITTER, P. **Transitions from Authoritarian Rule**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1986. p.37-47.

⁴⁹ GOUVÊA, Carlos; **Direitos Sociais contra os Pobres**. 2011. Disponível em: Acesso em: 24 set. 2019

Sarlet afirma a existência de três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988: seu caráter analítico, em razão do seu grande número de dispositivos legais; seu pluralismo, uma vez que em seu texto final há um acolhimento e tentativa de conciliar posições e reivindicações conflitantes entre si, fruto das diversas forças políticas envolvidas na Constituinte; e por fim, seu cunho programático e dirigente com várias normas orientadoras a serem concretizadas pelo poder público.⁵⁰

Percebe-se no texto constitucional a presença dos direitos fundamentais de terceira geração, o aumento na juridificação garantidora das liberdades, a constitucionalização das relações privadas, e a promoção da ideia de justiça social a ser assegurada pelo Estado através de políticas que garantam a igualdade formal. Essas, como já mencionado, são características do modelo de organização do Estado de Bem-Estar Social.

Nesse sentido, o artigo 3º é claro ao estabelecer como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer origem. Esses objetivos fundamentais, bem como a garantia dos direitos fundamentais, sociais e econômicos, dentro da lógica do Estado de Bem-Estar Social adotado pela Constituição, devem ser assegurados pelo Estado, sendo esse, portanto, um dever estatal.

1.4 Eficácia e aplicabilidade das normas garantidoras de direitos fundamentais

A discussão sobre a real eficácia e aplicabilidade das normas garantidoras de direitos fundamentais permeiam todas as democracias do mundo. Esses direitos começaram a surgir apenas com a ascensão dos Estados Constitucionais, portanto, em um momento relativamente recente. No entanto, os diversos modelos de paradigma de Estado apontam para uma paulatina construção de uma íntima relação entre os direitos fundamentais e a própria razão de ser do Estado.

Dependendo do tempo e espaço em análise pode-se dizer que exista, por parte da sociedade, um maior ou menor anseio quanto a participação do Estado na sua efetivação, mas percebe-se também que, ainda que na época não fossem concebidos como direitos fundamentais, todas as vezes foram exacerbadamente violados, o modo de organização dessa

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; **Eficácia dos Direitos Fundamentais : uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

sociedade ruiu. Portanto, para que uma sociedade siga se desenvolvendo de forma saudável e não passe por uma crise levando-a a uma reorganização é necessário que o Estado, ou seja, o atual modelo de organização dessa sociedade se comprometa com a efetivação dos direitos fundamentais.

Falar dessa efetivação no Brasil, nos moldes propostos pela Constituição de 1988, dentro da lógica de Estado de Bem-Estar Social, é extremamente complexo. Fica claro que no país que sequer teve um modelo de Estado Liberal; no qual sua industrialização só foi possível por ter sido impulsionada por um Estado Social corporativo; e que viveu um traumático período ditatorial de cerceamento de direitos, o Estado de Bem-Estar Social aos moldes tupiniquins, esbarraria em suas próprias peculiaridades.⁵¹

No Brasil, se comparado ao modelo europeu, as políticas garantidoras de direitos fundamentais do Estado de Bem-Estar Social contam com um empecilho prático que dificulta sua viabilização. Lopes afirma que no contexto da promulgação da Constituição de 1988, que ampliou essas políticas, havia uma acanhada formação de capital. A questão econômica e a suposta falta de dinheiro do Estado é uma desculpa constante na não efetivação dos direitos fundamentais. Obviamente isso delimita a possibilidade compensatória e redistributiva, intrínsecas a um Estado de Bem Estar Social.⁵²

Cabe ressaltar que mesmo nesse contexto de “baixos recursos financeiros”, o Poder Constituinte optou por vincular a Administração Pública, e, portanto o Estado, à efetivação dos direitos fundamentais. Uma vez que essa opção estava posta no ordenamento jurídico, a questão que surgiu foi como se daria a exigibilidade dos direitos fundamentais que demandassem uma prestação positiva do Estado na busca do “bem-estar social”, como é o caso do rol dos direitos sociais.

Inicialmente, a maior parte da doutrina, aqui representada por José Afonso da Silva, lhes atribuiu caráter meramente programático, ou seja, os entendia como objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública, sem ser necessário que se especificasse o modo como seriam alcançados. Sob a alegação de baixa densidade normativa, defendia-se a impossibilidade de exigibilidade pela via jurisdicional ⁵³. Portanto, a eficácia desses direitos dependeria da

⁵¹ LOPES, Othon de Azevedo. **Juridificação e Paradigmas de Estado**. Disponível em: <https://www.othonlopes.com.br/juridificacao-e-paradigmas-de-estado/>.

⁵² Ibid.

⁵³ José Afonso da Silva defendia a eficácia limitada dos direitos sociais, em razão da vagueza de seus enunciados linguísticos. Em suas palavras: “A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a

interposição do legislador. Essa interpretação mostrou-se extremamente problemática a longo prazo, pois prejudicou a tutela jurisdicional dos direitos sociais⁵⁴, uma vez que os Tribunais negavam-lhe qualquer eficácia, deixando sua efetividade à mercê da vontade da Administração Pública.

Percebendo que a interpretação estava levando a não efetivação da Constituição Federal, a doutrina majoritária⁵⁵ e a jurisprudência mudaram seu entendimento conferindo aplicabilidade direta e eficácia imediata aos direitos sociais, de forma que a exigibilidade pela via judicial passou a ser possível. Ao tratar do tema, o professor norte-americano David Landau entende existirem quatro meios para garantir judicialmente a efetivação dos direitos sociais: *(i.)* por meio das ações individuais; *(ii)* por meio das injunções proibitivas; *(iii)* por determinações fracas de políticas públicas; e por *(iii)* decisões estruturais⁵⁶.

Nas ações individuais o magistrado concede a prestação apenas ao demandante. Já nas injunções proibitivas impede-se que algum direito social seja cancelado por alguma autoridade ou lei, também tem efeito limitado aos demandantes. Para Landau as determinações fracas de políticas públicas e as decisões estruturais costumam cuidar de litígios mais complexos e difusos. Nas determinações fracas de políticas públicas o judiciário reconhece a necessidade de elaboração de uma determinada política pública a fim de que se garanta a efetivação de um direito fundamental, mas não especifica a forma como essa política pública deve ser desenvolvida. Já nas decisões estruturais há não só o reconhecimento da necessidade da elaboração da política pública, como também há uma participação da corte no seu desenvolvimento, de forma que são prolatadas ordens de execuções complexas para alterar sistemicamente uma instituição burocrática do Estado.

Observa-se no cenário nacional e internacional uma mudança de interpretação, no entanto, na prática, muitos dos debates encontram-se atrasados, uma vez que ainda se discute “se” os direitos sociais podem ser efetivados judicialmente. Ora, como já demonstrado, tais

Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados de direitos fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.163-164.

⁵⁴A afirmação é de SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.374.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Op. Cit. P. 201

direitos são umas da razão de ser do Estado brasileiro e, ainda que seja possível tecer críticas ao modelo programático adotado pela Constituição, tais críticas não mudam o fato de que esses direitos tem aplicabilidade direta, eficácia imediata e são passíveis de exigibilidade no judiciário.

CAPÍTULO 2. LITÍGIOS ESTRUTURAIS: A VIOLAÇÃO SISTÊMICA DE DIREITOS

Como estabelecido pela Constituição de 1988 é dever do Estado garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Depois que a doutrina e a jurisprudência passaram a entender pela exigibilidade judicial desses direitos, observou-se o aumento e um determinado tipo de demanda. O judiciário passou a se deparar com repetitivas situações em que a violação de direitos fundamentais se dava de forma sistemática, massiva e generalizada sendo muitas vezes fruto de uma ação ou omissão do próprio Poder Público.

Com o intuito de compreender como se dá a atuação do judiciário nos casos de violação sistêmica de direitos fundamentais, há uma importante conceituação a ser analisada: a de litígios estruturais. Aqui, será utilizado o conceito de Vitorelli que entende o litígio estrutural como sendo:

um litígio irradiado⁵⁷ no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura.⁵⁸

Nesse momento é necessário que se faça algumas ressalvas, a primeira é: nem toda a violação de direitos fundamentais é um litígio estrutural, e nem todo litígio estrutural trata de forma direta da violação de um direito fundamental. No entanto, uma vez que o interesse dessa monografia é compreender como o judiciário deve atuar nos casos em que a violação desses direitos fundamentais acontece de forma sistemática, massiva e generalizada, situação que requer uma atuação em estruturas complexas, a análise dessa questão será feita sob a ótica dos litígios estruturais que envolvem direitos fundamentais.

A segunda ressalva a ser feita é que litígios estruturais não necessariamente dizem respeito a instituições públicas. Como ressaltado por Vitorelli, é completamente possível que uma instituição privada demande alterações estruturais para produzir resultados sociais desejáveis. Essa demanda de alteração estrutural é ainda mais necessária quando se trata de violação de direitos fundamentais.

⁵⁷Vitorelli conceitua litígios irradiados como: “a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há uma perspectiva social comum, qualquer vínculo de solidariedade. A sociedade que titulariza esses direitos é fluida, mutável e de difícil delimitação, motivo pela qual se identifica com a sociedade como criação. VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. 2018. p. 3.

⁵⁸Ibid. p. 6.

Por fim, a terceira ressalva guarda significativa importância vez que os litígios estruturais são confundidos constantemente confundidos com o controle judicial de políticas públicas. Como já abordado, o Estado tem o dever constitucional de garantir direitos fundamentais, muitas vezes o cumprimento desse dever se dá através de uma política pública⁵⁹. Desse modo, ao não efetivar adequadamente uma política pública ou ao omitir-se em fazê-la, o Estado pode passar a ser o ente responsável pela violação de um direito fundamental. Não é sempre que essa violação se dará de forma sistêmica, mas nos casos que em que isso ocorrer e que for necessária a reestruturação do sistema burocrático de uma determinada política pública, o controle judicial da política pública estará diante de um litígio estrutural. Portanto nem todo litígio estrutural diz respeito a um controle judicial de políticas públicas e nem todo controle judicial de políticas públicas é um litígio estrutural.

Feitas essas ressalvas é possível passar para a análise dos litígios estruturais relacionados a direitos fundamentais. Para tanto, o ponto de partida inicial é compreender as principais características da violação sistêmica, que é quesito central tanto para a qualificação desses litígios como estruturais quanto para compreender a melhor forma de atuação do judiciário quando nesses casos.

2.1 Principais características da violação

Para que se compreenda os litígios estruturais, é necessário primeiramente observar as principais características e a forma como se dá a dinâmica da violação sistêmica de direitos. Nesse sentido, Ferraro⁶⁰ expõe como principais características dessa violação: *(i)* o fato de serem dinâmicas e estarem em curso; *(ii)* nesses casos o infrator põe-se como uma abstração e as partes afetadas são grupos; *(iii)* o foco da preocupação não são condutas específicas que inobservam direitos, mas o próprio contexto em que acontecem; *(iv)* não ganha relevância a averiguação de intenções e culpa para configurar essas espécies de violação dos direitos; *(v)* existe uma relação, que se prolonga no tempo, de dependência ou compulsoriedade entre as vítimas e as instituições; *(vi)* a causalidade é complexa.

Nos litígios estruturais as violações são frutos de ações/omissões repetitivas e enraizadas em uma determinada estrutura burocrática. Dessa forma, elas não podem ser encaradas de forma

⁵⁹Aqui se entenderá política pública como “o padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” DIAS, Jean Carlos. **O conjunto judicial de políticas públicas**. 2ª Ed. Salvador: Jus PUDIVM, 2016. p. 49.

⁶⁰FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. p.14.

pontual, pois são dinâmicas e estão em curso. Essa característica da violação impede que o tratamento de litígios estruturais se dê sob a perspectiva de acontecimentos passados, isso inviabilizaria a percepção de elementos necessários para a concretização da reestruturação da instituição que está violando direitos⁶¹.

O segundo ponto a ser observado é que, devido à violação ser sistêmica e estar em curso, perdurando no tempo, é quase impossível ponderar cada sujeito dessa relação. Essa lógica se aplica tanto aos sujeitos que cometem a infração quanto às vítimas. Uma vez que os direitos não são desrespeitados por condutas isoladas, o infrator tende a abstratizar-se⁶². Por outro lado, a violação de direitos não atinge apenas indivíduos específicos, mas sim um grupo diverso.

É possível observar também que, como há a abstratização da figura do agente do ato ilícito, a identificação desse tipo de litígio não se faz com base na procura de intenções, de condutas individualizadas ou motivações, mas no resultado de um conjunto de fatores⁶³. O foco da preocupação não são condutas específicas que inobservam direitos, até porque muitas vezes os atos ou omissões em si sequer configuram um ilícito com consequências específicas previstas no ordenamento jurídico. Para que seja possível garanti-los é necessário que o foco seja no dano em si.

Outra questão importante a ser constatada está relacionada às causas dos litígios estruturais. A análise macro que esses litígios exige que se demonstre que existem diversas causas para um problema estrutural já que a violação em si é resultado de um conjunto de práticas dinâmicas institucionais. Uma consequência lógica do fato das causas serem diversas é que, da mesma forma, as soluções possíveis serão múltiplas.

A compreensão das principais características da violação sistêmica de direitos fundamentais possibilita que se compreenda as razões de ser do próprio litígio estrutural. César Rodríguez-Garaviti assinala⁶⁴ que o litígio estrutural é caracterizado por: *(i)* afetar um grande número de pessoas que alegam violação de seus direitos fundamentais; *(ii)* envolver vários agentes estatais, que figuram como réus da ação por serem responsáveis por falhas sistemáticas de políticas públicas; e *(iii)* abranger ordens de execuções complexas, que obrigam os administradores a implementar políticas para proteger os direitos de toda população afetada.

⁶¹FISS, Owen M. **The Forms of Justice**. ob. cit., p.23

⁶² Ibid., p.18-24.

⁶³ SHARP, N. **Wrongful System Rights Violations...**, ob. cit, p. 19

⁶⁴ RODRIGUEZ-GARAVIOTO, César; Franco, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la corte constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: centros de estudio de Derecho, Justicia y Sociedad, Desjusticia, 2010, p. 16.

2.2 A Experiência Norte-Americana

Um dos primeiros litígios estruturais, tratado como tal, foi o caso norte-americano *Brown v. Board of Educations of Topeka*, julgado em 1954 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Esse foi o nome dado ao conjunto de cinco casos que tratavam da segregação racial no sistema de escolas públicas americanas. Os casos possuíam características próprias e aconteceram em Distritos diferentes, mas tinham o mesmo problema.

Os juízes de primeira instância decidiram os casos contra a comunidade negra, o que fez com que Thurgood Marshall e a NAACP Legal Defense and Education Fund apelassem para a Suprema Corte. Marshall argumentava que estava havendo uma violação sistêmica da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que estabelece a proteção igual a todos os cidadãos, uma vez que, ainda que na teoria os dispositivos para a aprendizagem nas escolas separadas pelo critério racial fossem iguais, a segregação racial nas escolas públicas era inerentemente desigual. Tal argumento era contrário ao precedente do princípio do “separados mais iguais”.

Após muito embate a Corte declarou de forma unânime a decisão pela inconstitucionalidade do sistema de segregação racial nas escolas públicas. No entanto, após ter se passado um ano do proferimento da decisão, percebeu-se que a declaração de inconstitucionalidade não foi suficiente para alcançar os resultados almejados. Foi feita uma reanálise do caso onde se delegou aos juízes locais a missão de realizar as mudanças estruturais necessárias. Para tanto, os juízes começaram a intervir da designação de alunos para cada escola, na contratação de professores, no ensino de idiomas, nas provas e no próprio currículo escolar. Além disso, escolhiam os locais onde as escolas seriam construídas e instituíram impostos para custeá-las⁶⁵.

As técnicas usadas no julgamento, conhecidas como *structural injunctions*, ordens judiciais de fazer ou não fazer, deram início às *structural reforms*, que é “um modelo de adjudicação⁶⁶ no qual o Poder Judiciário determina que autoridades políticas ou administrativas elaborem políticas públicas voltadas à cessação de violação sistêmica a direitos fundamentais.”

⁶⁵ MELNICK, R. Shep. **Courts and Agencies**. In MILLER, Mark C; BARNES, Jeb. (Org.) Making Policy, Making Law: an interbranch perspective. Washington: Georgetown University Press, 2004, p. 98.

⁶⁶ Camila Porfiro ressalta que ainda que o termo Adjudicação em português esteja mais relacionado à relações de posse e propriedade é correto sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa, onde o juiz ao julgar um caso concreto aplica uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão. PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais – Legitimidades democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.25

Após a década de 60, as *structural injunctions* passaram a ser utilizadas em outros casos de reformas estruturais, como a reforma de prisões, instituições psiquiátricas, departamentos de polícia e sistemas públicos de habitação. Owen Fiss afirma que:

as medidas estruturantes tiveram um alcance tão amplo quanto os órgãos existentes no estado burocrático moderno.⁶⁷
 (...) as lições tiradas dos casos de dessegregação escolar passaram a ser aplicadas em outros contextos: na proteção da segurança pessoal em face de abuso policial, na garantia humanitária na prisão e hospitais psiquiátricos, na proteção do devido processo legal na administração pública e na uniformização dos gastos com os sistemas educacionais estaduais⁶⁸.

Na década de 80 as ações estruturais americanas alcançaram um patamar sem precedentes. A fim de garantir as structural reforms, os juízes nomearam interventores para acompanhar a correção da instituição sob intervenção, organizaram comitês populares para supervisionar a implementação das medidas delineadas, determinaram, alterações substanciais nas condições estruturais de instituições públicas, interferiram em seus quadros de funcionários e chegaram ao ponto de determinar a órgãos governamentais que aumentassem os impostos para suprir os custos das medidas estruturais⁶⁹.

O caso do sistema prisional é marcante por demonstrar as dimensões alcançadas pela atuação do judiciário⁷⁰. Além de declarar a inconstitucionalidade dos sistemas prisionais de 41 estados norte-americanos, houve a nomeação de interventores na administração de presídios, controlou minúcias do funcionamento dessas instituições, através da implementação de medidas que cobriam aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário... Proferiu-se ameaças de prender funcionários públicos que deixassem de atender decisões⁷¹ soltaram presos encarcerados em presídios superlotados⁷² e ordenaram a contratação de médicos, enfermeiros e nutricionistas para garantia do direito à saúde dos presos⁷³.

Toda essa “intervenção” por parte do judiciário passou a ser alvo de severas críticas, sendo considerada uma interferência excessiva à organização interna da Administração Pública e graves exemplos de violação do princípio da separação de poderes. Os juristas destacavam a falta de legitimidade democrática e a falta de *expertise* do judiciário para exercer esse tipo de

⁶⁷ FISS, OWEN. **Two models of adjudication**. Op. Cit. P. 761

⁶⁸ Id., **The forms of justice**. Op. Cit. P. 3-4.

⁶⁹ FRUG, Gerald E. **The Judicial power of the purse**. Op. Cit. p. 718-719.

⁷⁰ Um inventário completo de jurisprudência sobre o tema pode ser encontrado em FRUG, Gerald E. **The judicial Power of purse**. Op. Cit. p. 724-725

⁷¹ (V. e.g., EUA, Suprema Corte. *Spallone v. United States*, 493 U.S. 265 (1990)).

⁷² (V. e.g., *Newman v. Alabama*, 683 .2d 1312, 1320-21 (11th Cir. 1982).

⁷³ (Cf. *Mitchell v. Untreiner*, 421 F. Sup. 886,899 (N.D.Fla. 1976).

atuação. Chamavam atenção para os altos gastos que envolviam os litígios estruturais. Além disso, afirmavam que as intervenções do judiciário representavam uma subversão do seu papel nas democracias contemporâneas⁷⁴. Uma das reações mais conservadoras foi por parte do Congresso norte-americano que:

acabou estabelecendo severas restrições às injuctions. A Prison Litigation Reform Act (PLRA), lei promulgada em 1996, impôs significativos limites aos poderes jurisdicionais e cerceou a aplicação das injuctions no sistema prisional norte-americano. A partir dessa lei apenas em último caso as cortes poderiam ordenar a liberação de presos encarcerados em presídios superlotados e adotar remédios estruturais mais invasivos.⁷⁵

Esse cenário fez com que houvesse um declínio na concessão de medidas estruturantes a partir da década de 90. Mas mesmo após décadas de críticas, esse ainda segue sendo um modelo de adjudicação comum nos Estados Unidos.

2.3 O judiciário deve “intervir”?

A “intervenção” do judiciário nos casos de litígios estruturais segue sendo questionada. Para que se possa responder adequadamente a esse questionamento cumpre primeiramente conhecer as principais críticas e argumentos contrários a referida intervenção. Como já esclarecido, nem todos os litígios estruturais tratam de políticas públicas, no entanto, as críticas direcionadas ao seu controle jurisdicional são igualmente relevantes aos litígios estruturais, pois se centram na suposta inadequação do Poder Judiciário. Além disso, a compreensão dessas críticas também é relevante em decorrência do fato de grande parte dos litígios estruturais tangenciarem a intervenção judicial em políticas públicas. Os principais argumentos contrários são: (i) violação ao princípio da separação dos poderes; (ii) falta de legitimidade democrática; (iii) falta de expertise e capacidade institucional do Poder Judiciário para coordenação de políticas públicas; (iv) efeitos antidemocráticos do ativismo judicial.

2.3.1 A afronta ao princípio da Separação de Poderes

⁷⁴LANDSBERG, Brian K. Does **Prision Reform Bring Sentencing Reform? The Congress, the Courts, and the Structural Injunction**. *McGeorge Law Review*, v. 46, p. 719-774, 2014, p. 757. No mesmo sentido, cf. MISHKIN, Pul J. **Federal Courts as State Reformers**. *Washington and Lee Law Review*, v. 35, p. 949-976, 1978, *passim* e FRUG, Gerald E. *The judicial Power of the purse*. Op. Cit.

⁷⁵PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais – Legitimidades democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.34

A ideia de Separação de Poderes não é recente. Em sua obra, “A República”, Platão afirmava que a concentração de poder nas mãos de um só homem o faria perder sua virtude, daí a importância de dividir as funções do Estado. Apesar disso, foi Aristóteles a ser considerado o primeiro a esboçar o princípio da Separação dos Poderes de forma específica. A separação era necessária dentro da própria lógica de justiça desenvolvida por ele, de forma que a concentração de poder era vista como perigosa e injusta, uma vez que seria impossível uma única pessoa prever tudo o que a lei era capaz de prever. O filósofo afirmava a existência de três funções essenciais: a função deliberativa, que legislaria sobre os negócios do Estado; a função executiva, que compreenderia todos os poderes necessários à administração do Estado; e por fim, a função judicial, que abrange os cargos de jurisdição.⁷⁶

A fim de defender os ideais do Estado Absolutista, Maquiavel, no século XVI deu sua própria interpretação ao princípio. Para ele havia um poder legislativo, representado pelo parlamento francês; um poder Executivo, materializado na figura do Rei; e um poder Judiciário, autônomo. No entanto essa “separação de poderes” só era possível na medida que beneficiasse o Rei⁷⁷ “ uma vez que não tendo o mesmo que resolver conflitos ou editar leis, seria poupado de um desgaste na sua imagem de soberano”. Nesse sentido:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.⁷⁸

Diversos outros autores trataram das funções do Estado, porém, foi Montesquieu a trazer o Princípio da Separação de Poderes como hoje é mais conhecido. Em sua obra, “O espírito das leis”, o autor aprimora a teoria de Aristóteles trazendo a ideia de três poderes harmônicos e independentes: o poder Legislativo, Executivo e Judiciário. A grande inovação de entendimento trazida por ele não era a divisão de funções em si, mas a forma como se dava essa divisão⁷⁹:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a

⁷⁶ LEMOS, Eliane Christine. **O princípio da tripartição dos Poderes sob o prisma do Estado Democrático de Direito**. 2017, p. 5

⁷⁷Ibid. p. 7

⁷⁸DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.p.16.

⁷⁹LEMOS, Eliane Christine. **O princípio da tripartição dos Poderes sob o prisma do Estado Democrático de Direito**. 2017, p. 10.

um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16.⁸⁰

Montesquieu pregava uma autonomia e separação total dos poderes, segundo a qual cada um deles exerceria sua função típica, que aqui era compreendida como inerente à sua natureza, de forma totalmente independente.⁸¹ Esse princípio foi positivado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 e desde o advento do Estado Constitucional é elemento onipotente nas Constituições Liberais.⁸²

Um aspecto desse princípio que merece cautela é que apesar de se falar classicamente em uma separação de poderes, deve-se compreender que a especialização das atividades estatais significa dividir funções e não poderes⁸³. É sempre importante lembrar que o poder político do Estado, aqui compreendido como “a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispendo dos necessários meios de coação⁸⁴”, é uno e indivisível. Nesse sentido:

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. Embora realidade única, ele manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária. Essas funções, por muito tempo, houve-se concentradas junto a determinado organismo estatal. O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que corretamente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. Deveras, como o poder é uno e indivisível, não há falar em separação de Poderes, mas, sim, em separação de funções do Poder político ou simplesmente de separação de funções estatais. Insistimos: não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado.⁸⁵

No ordenamento jurídico Brasileiro, o princípio da separação dos Poderes está positivado no artigo 2º da Constituição Federal, tem *status* de cláusula pétrea e dispõe que “são Poderes

⁸⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 433.

⁸¹MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁸² LEMOS, Eliane Christine. **O princípio da tripartição dos Poderes sob o prisma do Estado Democrático de Direito**. 2017, p. 11.

⁸³ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157, nota de rodapé nº1.

⁸⁴CAETANO, Marcello. *Apud* CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 514.

⁸⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p 515

da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Percebe-se que o referido artigo consagra não só a separação dos poderes, bem como, estabelece a independência e harmonia entre eles com objetivo de promover o projeto democrático de autogoverno dos povos evitando a concentração de poder e o arbítrio dos governantes⁸⁶.

Além da lógica trazida por Montesquieu, hoje, o Princípio da Separação dos Poderes também é interpretado a partir da ótica do sistema constitucional norte-americano que concebeu o sistema de *checks and balances*. Tal sistema estabelece que apesar de existir uma horizontalidade entre os poderes, decorrente da inexistência de hierarquia entre eles, um deve exercer controle sobre outro para evitar que qualquer um deles ultrapasse o campo de suas respectivas atribuições⁸⁷, garantindo assim a perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Camila Porfiro afirma que a perspectiva tradicional do Princípio da Separação de Poderes entende que o avanço judicial em questões políticas seria uma forma de usurpação de poder, pois seria considerada como uma ingerência do Judiciário na seara dos poderes legislativo e executivo.⁸⁸ Para exemplificar tal entendimento doutrinário, a autora cita teóricos como Roberto Negel⁸⁹ e Gerald Frug⁹⁰ que entendem que as sentenças estruturais são essencialmente autoritárias por intervirem na discricionariedade administrativa indo contra a legalidade estrita e o princípio da separação de poderes. Em sede nacional, a autora cita Ingo Wolfgang Sarlet⁹¹ que também entende como ilegítima a atuação do Judiciário, especialmente quando as ordens estruturais determinam como os Poderes Executivo e Legislativo devem proceder.

2.3.2 A falta de Legitimidade Democrática

Outra crítica que se faz quanto à “intervenção” do judiciário é uma objeção de ordem democrática. Para muitos teóricos, os juízes não podem intervir em questões de políticas públicas por carecerem de legitimidade democrática, uma vez que não foram eleitos por voto

⁸⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 306.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais – Legitimidades democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.52.

⁸⁹ NAGEL, Robert F. **Separation of Power and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review, v. 30, 1978, passim.

⁹⁰ FRUG, Gerald E. **The judicial Power of the purse**. Op. Cit. p. 735.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais sociais e o mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional**. In: ARENHART, Sérgio; JOBIN, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 228.

popular. Essa crítica também se baseia na *accountability*, pois uma vez que os juízes não estão sujeitos ao controle dos cidadãos através de novas eleições, eles exercem seu poder de forma não responsiva à sociedade. Dentro dessa lógica, quando o judiciário altera significativamente decisões políticas tomadas por agentes públicos eleitos pelo voto popular, ele extrapola suas funções típicas através de atores judicantes não eleitos. Afrontando, portanto, a democracia republicana por estar em desacordo com o princípio do autogoverno dos povos.

Picoli⁹² estabelece três premissas básicas relacionadas a essa objeção. A primeira é que há uma relação óbvia entre Legislativo e Democracia, de forma que as decisões devem ser tomadas por membros eleitos e através de maiorias⁹³; a segunda premissa diz respeito ao valor normativo abstrato outorgado aos direitos fundamentais que invariavelmente ensejarão desacordos sinceros, sobre os quais o povo deve continuamente decidir⁹⁴; a terceira premissa é a de que desacordo quanto a ideais públicas são próprios de sociedades democráticas e devem ser resolvidos em ambientes democráticos, sendo o Poder legislativo adequado para tanto justamente a vontade popular e a igualdade política⁹⁵.

Um dos principais críticos à “intervenção” do judiciário é professor Jeremy Waldron, que discute a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis a partir do ideal de autogoverno popular. Para o professor, a igualdade de participação política e o autogoverno têm intrínseca conexão para com a concepção moderna de direito sendo o Poder Legislativo aquele que detém legitimidade para representar os interesses da população na tomada de decisões. Dessa forma, o controle judicial de políticas públicas seria uma distorção do desenho republicano⁹⁶ e inerentemente injusto e tirano, mesmo que seus resultados sejam adequados, pelo fato de que o meio utilizado para tomada de decisão não é democrático.

Outro crítico da intervenção do judiciário e defensor do “constitucionalismo popular” é o professor Mark Tushnet⁹⁷. Para ele, o judiciário não possui legitimidade popular para dar interpretação à Constituição, isso deve ser feito pelo próprio povo através de seus representantes. Cabendo ao judiciário apenas acatar as deliberações majoritárias. Além disso,

⁹²PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. p.31

⁹³ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. P-77-79.

⁹⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

⁹⁵ MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit. p. 9.

⁹⁶ WALDRON, Jeremy. **A right-based critique of constitutional rights**. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, n. 13, 1993. P. 1406.

⁹⁷ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 175-182.

afirma que os juízes não possuem legitimidade para decidirem onde e como o dinheiro público deve ser investido.

Larry Kramer⁹⁸ é outro jurista que tece críticas a respeito. Para ele, não é da corte a palavra final sobre os significados constitucionais, mas sim do povo. A atuação do judiciário seria uma forma de opressão das elites ao povo, para evitar que isso aconteça as grandes decisões devem ser fruto do processo legislativo sendo imprescindível que sejam tomadas por representantes eleitos.

2.3.3 A falta de capacidade institucional do Judiciário

Dentro do desenho institucional existem características que são comumente atribuídas ao judiciário dentre elas a imparcialidade, o princípio da inércia, o formalismo, a fundamentação das decisões com base em princípios e normas, participação daqueles que serão afetados pela sentença, atuação judicial retrospectiva, formação de coisa julgada, sentença “*inter partes*”...

Dentre as críticas contra a intervenção do judiciário na efetivação de direitos fundamentais através de políticas públicas muitas estão relacionadas à própria capacidade institucional do Poder, há quem afirme que juízes são incapazes de atuar dentro forma macroestrutural exigida por esses litígios, já que no dia a dia lidam apenas com questões intersubjetivas⁹⁹. Não há a capacidade necessária para lidar com questões que tendem à polarização de interesses multicêntricos e não binários¹⁰⁰.

Outra crítica relacionada à atuação do juiz em si se dá pela falta de expertise já que sua formação é em direito e não em gestão de políticas públicas. Há também a crítica relacionada à linguagem das cortes, tipicamente técnica e hermética, que faz com que as decisões sejam estritamente tecnicistas em sua razão de decidir, tornando toda a questão uma discussão de princípios inviabilizando as decisões de viés político que são necessárias à elaboração de políticas públicas e que possuem dilemas morais que precisam ser enfrentados em sua substância e não por obsessões semânticas¹⁰¹.

Uma vez que a elaboração de políticas públicas não é simples e requer a definição de uma complexa agenda institucional que envolve diversos agentes públicos e particulares¹⁰², há uma

⁹⁸ KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

⁹⁹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitas fundamentais**. Op. Cit. p. 181

¹⁰⁰ MENDES, Conrado Hubner. Ob. Cit., p. 94.

¹⁰¹ Ibid., p. 95.

¹⁰² FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitas fundamentais**. Op. Cit. p. 49-79

constante argumentação baseada no problema dos custos e estrutura do judiciário. Nessa lógica, Adrian Vermule afirma a incapacidade de atuação em questões complexas, pois as cortes sofrem com “construção de tempo, falta de informação e de expertise”.¹⁰³ Gerald Rosemberg, por sua vez, justifica a incapacidade para atuação pelo *design* institucional do judiciário que pouco conhece das questões de políticas públicas e depende de outros órgãos estatais para fazer valer suas decisões.

Há ainda o medo do fracasso da tutela jurisdicional de litígios estruturais. Fuller¹⁰⁴ afirma que a base de argumentação dessa crítica centra-se basicamente em três possibilidades: a decisão pode trazer repercussões inesperadas de forma que se torne impraticável; pode ser ignorada afastada ou modificada muitas vezes; ou pode simplesmente falhar. O Poder Judiciário não estaria apto a lidar com nenhuma dessas possibilidades e tal fracasso desmoralizaria seriamente as instituições judiciárias envolvidas o que traria outros problemas institucionais para o país.

Quanto a tornar políticas públicas mais efetivas sempre haverá o risco de fracasso, mas o risco não pode inviabilizar atuações que, no mínimo, vão diminuir as injustiças presentes. No que diz respeito a atuação judicial, há vários fatores que podem dificultar o processo, inclusive a não cooperação do executivo e legislativo para efetivas decisões estruturantes. No entanto, há que se recordar que a mera existência dos litígios estruturais já representa o “fracasso” do legislativo e do executivo. Tudo isso demonstra que essa tentativa de medir “sucesso” não é tão simples de ser feita.

2.3.4 Os efeitos antidemocráticos

Por fim, outras críticas à “intervenção” judicial nos litígios estruturais dizem respeito a possíveis efeitos antidemocráticos. Há quem defenda que essa “intervenção” geraria uma quebra de isonomia. Primeiramente porque apenas aqueles que tivessem acesso à justiça teriam seu direito devidamente tutelado o que agravaria a desigualdade já existente. Um segundo ponto relacionado à isonomia é mais complexo, uma vez que litígios estruturais tratam de “questões

¹⁰³ VERMULE, Adrian. **Judging under uncertainty. Na institucional theory of legal interpretation.** Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248-251.

¹⁰⁴ FULLER, Lon L. Adjudication and the Rule of Law. *Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting (1912-1969)*, v.54, 1960.

comuns, ou de bem comum, a iniciativa de alguns pode significar, mediatamente, a lesão do outro”¹⁰⁵.

Há também o entendimento de que a possibilidade de exigibilidade judicial de mudanças sociais faz com que os grupos afetados deixem de buscar as vias políticas para alcançá-las, diminuindo, portanto o debate público e a mobilização social nos canais democráticos tradicionais. O judiciário acabaria desmobilizando os grupos que pretendia proteger.

¹⁰⁵SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. V. I.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 47.

CAPÍTULO 3. SUPERANDO PARADIGMAS EM DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após trinta e um anos da promulgação da Constituição Federal de 88 ainda se discute se o Estado deve ou não garantir direitos como saúde, educação e moradia para todos. É importante que se compreenda que não se está negando a possibilidade de críticas à Constituição e à adoção de um modelo programático, com os objetivos do Estado de Bem-Estar Social bem definidos e com claro estabelecimento do dever estatal de garantir de forma isonômica a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Críticas não só são possíveis como são indispensáveis dentro de um ambiente democrático. No entanto, quando o seu resultado é a inefetividade da lei maior do país, a forma como elas têm sido feitas precisa ser repensada. A Constituição é o marco da escolha política do Brasil, sua efetividade deve ser prática e isso é inquestionável. Críticas são possíveis, mas a Constituição deve prevalecer.

Nesse sentido, outra discussão que precisa ser superada é a relacionada à “intervenção” do judiciário na efetivação de direitos fundamentais. O avanço jurisprudencial e doutrinário já entende pela exigibilidade judicial desses direitos, o cenário brasileiro demonstra que, formalmente, não há uma recusa dos litígios que tratam de direitos sociais sob a alegação de que não podem ser exigidos pela via judicial. Mas, ao se utilizar de argumentos como “a reserva do possível” ou “o princípio separação dos três poderes”, os tribunais tem comprovado que a discussão da efetivação judicial dos direitos fundamentais não foi superada.¹⁰⁶

É imperioso que se compreenda que “intervenção” do judiciário nas políticas públicas já acontece e ela se baseia em dois fatos: o Poder Constituinte Originário chancelou um Poder Judiciário com funções de controle dos atos dos demais Poderes o vislumbrando como órgão de proteção ao Estado Constitucional de Direito; e estabeleceu o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Com relação ao desenho institucional Picoli afirma que:

o mais corriqueiro arranjo estatal atribui aos membros do Poder Legislativo o estabelecimento dos objetivos, e ao Poder Executivo, em geral, a definição dos instrumentos para o alcance daqueles. Ao Poder Judiciário, em regra, não é atribuído a função de policy-maker, seja dizer, não deve assumir protagonismo na definição dos objetivos e meios de concretização de valores públicos.¹⁰⁷

¹⁰⁶SARLET, Ingo Wolfgang; **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

¹⁰⁷PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. p.32

No entanto, como ressalta o autor, esse desenho institucional ignora o pré-compromisso constitucional que chancelou o Poder Judiciário com função de controle dos demais Poderes, de forma que essa função não só é necessariamente legítima, como é democrática. Dado que a Constituição impõe a todos o dever de respeitá-la, por consequência, exige a existência de uma instituição que monitore a compatibilidade das ações estatais com os valores constitucionais. Destarte, uma vez que haja atuação indevida ou clara omissão do Estado, a própria Constituição exige uma atuação do Judiciário a fim de que se concretizem seus valores.

Outra vontade do Poder Constituinte foi a de estabelecer a inafastabilidade da jurisdição, estando previsto no texto constitucional o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e o acesso à justiça, de forma que os litígios estruturais não podem ser afastados da atividade judicial. Por essa lógica, aqui é necessário que se faça uma crítica ao uso do termo “intervenção” quando se objetiva fazer menção à atuação do judiciário na efetivação de políticas públicas. Esse uso é completamente inadequado, uma vez que, só se intervém em campos que não lhes são próprio. Percebe-se, no entanto, que atuação do Judiciário é constitucional, legítima e democrática não se podendo entender que sua atuação se derive de uma simples “vontade” de se sobrepor aos demais poderes, “intervindo” nas esferas que lhes seriam de competência privativa. Nessa acepção Ferraro defende que:

Os problemas estruturais, que são policêntricos e complexos, não podem ser simplesmente afastados do Judiciário, não somente em razão do que está previsto no art. 5º., XXXV, da Constituição, mas porque há uma conjunção de fatores, fortalecida pela Constituição em variados aspectos, conjuntamente com um aparato de processo coletivo bastante amplo. Parece não ser possível ignorar que a ampliação da atuação do judiciário não é decorrente puramente de previsões normativas ou de um “voluntarismo” judicial, mas um fenômeno político-social, de difícil reversão.¹⁰⁸

Fica claro então que o judiciário tem papel imprescindível e constitucionalmente garantido na efetivação dos direitos fundamentais que demandem do Estado uma prestação positiva. Mas para que essa atuação seja possível é necessário que se supere alguns paradigmas postos no atual cenário brasileiro que embasam as críticas contra a atuação do judiciário.

3.1 Da compatibilidade com o Princípio da Separação de Poderes

¹⁰⁸FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. p.48.

Como já demonstrado, o Princípio da Separação de Poderes não é nem de perto uma ideia recente. Ele já foi repensado e adaptado diversas vezes e de acordo com as necessidades da sociedade que buscava aplicá-lo. Hoje, percebe-se por parte da doutrina e ainda mais por parte da jurisprudência, uma visão muito clássica do princípio, com a mesma rigidez trazida por Montesquieu, no século XVIII. Essa interpretação estática de estanque¹⁰⁹ já não se adéqua às necessidades da atual dinâmica das instituições contemporâneas e muito menos às necessidades complexas da sociedade.

Fica evidente, como apontado por Conrado Mendes, que há a responsabilidade de todos os poderes de mirar as metas constitucionais como referência de suas ações¹¹⁰. É exatamente esse fato que possibilita o questionamento da existência de compartimentos estabelecidos *a priori* para cada um dos poderes e o condicionamento da atuação do Judiciário somente na medida da “falha” do Legislativo ou do Executivo. O autor explica que as distintas escalas temporais e a continuidade da democracia só são possíveis se não houver nenhum poder que detenha o monopólio das decisões em matérias de direito e política, sequer sendo possível para tanto, que a Constituição estabeleça uma separação rígida e fixa dos poderes, uma vez que o arranjo é por si dinâmico¹¹¹.

No constitucionalismo contemporâneo a separação de poderes passa a ganhar novos parâmetros além da delimitação de poderes, passa a envolver a aptidão estatal para a proteção de direitos fundamentais¹¹². A releitura do princípio da separação dos poderes tem apontado para a existência de funções preferenciais e não exclusivas de funções¹¹³. Como leciona Luís Roberto Barroso, a possibilidade de atuação do judiciário em diferentes aspectos institucionais do Estado é fruto da ponte criada pelas normas programáticas constitucionais entre direito e política¹¹⁴.

Para Daniel Sarmiento, é preciso pensar a cláusula pétrea da separação dos poderes sem “fetichismos institucionais”¹¹⁵ que inibam a possibilidade de experimentalismo democrático na busca de arranjos estruturais mais adequados ao Estado contemporâneo e seus desafios. O banimento de tais arranjos, meramente por inadequação à visão clássica desse princípio,

¹⁰⁹ FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015, p. 52

¹¹⁰ MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. xxvi.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 165-166.

¹¹² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. Cit.* p. 306.

¹¹³ FONTE, Felipe de Melo. **Direitos fundamentais e Políticas Públicas**. *Op. Cit.* p. 160.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.) *Revista de direito administrativo*, n. 240, Abr./Jun. 2005, p. 36-42.

¹¹⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. Cit.* p. 306.

ensejaria em uma inviabilização de arranjos mais democráticos. Felipe de Melo fonte argumenta que:

em caráter puramente abstrato, não existe, no direito brasileiro atual, um nítido marco divisório entre os campos de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em matéria de políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais que possa ser extraído de maneira direta e inequívoca do texto constitucional.¹¹⁶

No mesmo sentido, Owen Fiss afirma que a atuação do judiciário em políticas públicas não cria uma tensão intervencionista entre os Poderes, mas permite o efetivo cumprimento de normas constitucionais. Dessa forma, o Poder Judiciário estaria legitimado a *“interferir na formulação e implementação de políticas públicas, bem como em alocações de recursos orçamentários e coordenação de medidas concretas necessárias para a superação da violação de direitos fundamentais.”*¹¹⁷

Implantar essa reinterpretação do paradigma da Separação de Poderes será um processo. Para amenizar o sentimento de “intervenção” e diminuir as possíveis tensões entre os poderes é necessário que se crie mecanismos que possibilitem que a atuação do judiciário se dê em um ambiente de discussão prévia no qual seja garantida a real participação dos outros poderes, bem como a publicidade dos atos mediante a maior transparência possível. Como afirmado por Porfiro:

é necessário estabelecer diálogos com a administração pública para avançar progressivamente no cumprimento da decisão estrutural, uma vez que as reformas das instituições dificilmente serão efetivadas pelo Judiciário sem a colaboração dos demais Poderes.¹¹⁸

3.2 A Legitimidade Democrática do Judiciário para atuar em litígios estruturais

A argumentação de falta de legitimidade democrática, baseada no fato de os juízes não serem eleitos por voto popular, também precisa ser superada. Primeiramente porque, como apontado por Rodríguez Gravioto, essa argumentação parte de uma concepção idealizada e limitada da democracia¹¹⁹, onde o Poder Legislativo realmente seria o palco perfeito para as discussões relacionadas à efetividade de direitos fundamentais.

¹¹⁶ FONTE, Felipe de Melo. Op. Cit. p. 166.

¹¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisa Inconstitucional.”** 2015. Tese (Doutorado). Universidade do estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

¹¹⁸ PORFIRO, Camila Almeida. Litígios Estruturais – Legitimidades democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ-GARAVIOTO, César; Franco, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo lá Corte Constitucional transformó el desplazamiento formado em Colômbia.** Op. Cit. p.37.

No entanto, essa visão se recusa a lidar com o fato de que os parlamentos estão em descrédito por todo mundo, envoltos em crises de corrupção e trazendo para o ambiente decisório legislativo os interesses de tráfico de influência e não necessariamente da população. É um tanto quanto contraditório afirmar a inviabilidade da atuação do Poder Judiciário em nome de uma legitimidade democrática e defender que essa atuação é campo exclusivo do Poder que mais sofre com a crise de representatividade.

Como já afirmado, o arranjo institucional adequado é dinâmico sendo dever constitucional de todos os Poderes a garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, a legitimidade para essa defesa não pode ser fixada em termos apriorísticos. Como defendido por Mendes, ela precisa ser estabelecida de forma “contextual e comparativa” sendo volátil e dependente em parte dos resultados e em parte de suas credenciais formais¹²⁰. O autor afirma corretamente que apenas a atuação conjunta dos Poderes conseguirá modificar as situações de violação sistêmica.

No mesmo sentido, o professor Owen Fiss afirma que os que acusam as decisões estruturais de serem antidemocráticas espalham uma visão muito míope de democracia, reduzindo-a a uma forma de majoritarismo¹²¹. Se a democracia seguir sendo encarada apenas sob seu viés representativo, a atuação do judiciário continuará sendo entendida como intervenção, porque nessa lógica o importante é o *pedigree* das decisões, que é condicionada à eleição. A prática demonstra que exclusividade do Poder Legislativo tem sido insuficiente. Quando se fala em litígios estruturais, com demandas complexas e problemas policêntricos essa insuficiência fica ainda mais clara.

Um dos problemas mais graves relacionados à democracia representativa é o fato de que ela exclui e ignora os direitos das minorias. Isso é o completamente inaceitável, e para evitar essa disfunção democrática, o novo constitucionalismo estabelece como uma das razões de ser do Poder Judiciário, a proteção e garantia desses direitos. O Judiciário não pode ser acusado de violar normas constitucionais e democráticas quando atua em defesa daqueles que foram excluídos pelo processo eleitoral. Essa atuação não só é necessária como garante que a democracia seja de fato democrática. Não existe democracia sem defesa dos direitos das minorias, o nome disso é ditadura da maioria.

¹²⁰MENDES, Conrado Hubner. **Uma división de poderes deliberativa: entre el diálogo y La última palabra.** In: GARGARELLA, Roberto (ED.). **Por una justicia dialógica: El poder Judicial como promotor de La deliberación democrática.** Bueno Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 177.

¹²¹FISS, Owen. **To make the constitution a living truta: four lectures no the Structural Injunction.** Op. Cit. p. 588

Portanto, afim de que melhor se efetivem os ideias democráticos e os próprios direitos fundamentais, é necessário haver a superação das argumentações baseadas na hegemonia do Legislativo, bem como das que afirmam o entendimento de que o Judiciário só pode atuar na esteira dos outros Poderes, ou sequer pode atuar por não possuir legitimidade. A legitimidade do judiciário advém do todo democrático.

3.3 A capacidade institucional do Judiciário

A crítica sobre a falta de capacidade institucional é válida. Ainda que se defenda a atuação judiciária na efetivação de direitos fundamentais que exigem políticas públicas é necessário admitir que de fato o Judiciário não tem todas as ferramentas necessárias para a árdua tarefa. No entanto admitir as limitações não significa se utilizar delas para inviabilizar a atuação. Nesse ponto, César-Rodríguez-Garavioto destaca que:

O novo ativismo judicial parte da constatação de que há situações recorrentes de bloqueio institucional ou bloqueio político que impedem a realização de direitos. Nesses casos, que são frequentes nas democracias contemporâneas, o Judiciário, embora não seja a instância ideal ou possua as ferramentas necessárias para essa tarefa, aparece como o único órgão do Estado com a independência e poder suficiente para solucionar tais bloqueios.¹²²

Owen Fiss é ainda mais radical ao responder às críticas relacionadas à capacidade Institucional do Judiciário. Para o autor a função de proteção de direitos fundamentais está justamente relacionada à específica capacidade institucional das Cortes, que, devido às suas características institucionais próprias, é aquele que melhor pode chegar a respostas adequadas no que diz respeito a esses direito. Essa resposta adequada seria possível primeiramente porque o Judiciário é obrigado a dialogar com todos os argumentos suscitados, não podendo ignorá-los; porque tem ambientes que permitem a participação das partes que podem trazer diretamente seus argumentos fáticos jurídicos; e por fim, porque a decisão precisa ser motivada e pública.

O argumento de Owen demonstra que a crítica baseada na suposta incapacidade é apenas mais um mecanismo para defender a supremacia do legislativo nesse setor. Como já argumentado, o funcionamento conjunto dos Poderes traz maior ganho à democracia, a atuação do Judiciário é necessária e de fato adequada, não só pelas razões trazidas por Owen, como também pelo fato de que uma decisão do judiciário privilegia um maior nível de isenção, pois

¹²²RODRIGUEZ-GARAVIOTO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la corte constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: centros de estudio de Derecho, Justicia y Sociedad, Desjusticia, 2010. p.39.

ele é obrigado a adotar uma lógica racional na tomada de decisão e na condução das deliberações, devendo atuar sempre com base nos princípios já consolidados no ordenamento jurídico.

Outro ponto favorável à capacidade do Judiciário é a utilização de casos concretos para iniciar o debate de políticas públicas. Esse fator viabiliza maior sensibilidade às particularidades do conflito social¹²³. Além disso, através dos casos concretos as Cortes são obrigadas a responderem todos os argumentos das partes, permitindo uma maior disputa democrática quanto às diversas representações de interesses. Essa diversidade de interesses é a prova de que inexistente uma única vontade popular¹²⁴ como os que defendem o legislativo querem fazer parecer. Carlos Alexandre de Azevedo Campos ensina que:

Como dizer de superioridade democrática e da maior capacidade institucional de legisladores e de governantes, frente a juízes e cortes, nos casos de absoluta inércia estatal e de falhas estruturais persistentes? Como dizer da maior participação política de minorias impopulares e estigmatizadas, se presentes enorme déficit de representatividade parlamentar? Como admitir a superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes ante um contexto de violação massiva de direitos fundamentais, assistida passivamente por esses agentes políticos? Por certo que tais questionamentos sugerem a impropriedade de respostas absolutas.¹²⁵

Cabe estabelecer também que é possível aprimorar a capacidade institucional do judiciário para melhor atender a efetivação dos direitos fundamentais, Ferraro¹²⁶ destaca que as características institucionais são o que caracterizam a capacidade institucional, nesse sentido, defende que a alteração desses atributos pode incrementar a aptidão dessa instituição sem que isso necessariamente desconfigure ou desnature o processo de tomada de decisão ou a própria instituição.

Ainda dentro da capacidade institucional, outra crítica feita é a falta de expertise do juiz para lidar com as complexidades do litígio estrutural. Ora, esse argumento não faz muito sentido uma vez que não há pretensão por parte do Poder Judiciário em elaborar a política pública, seu desenho fica a encargo dos poderes democraticamente eleitos, que elaborarão planos a serem homologados pelo judiciário.

De fato os litígios estruturais exigem informações específicas para que possam ser compreendidos e devidamente processados, mas o Poder Judiciário já conta com mecanismos próprios para que isso não seja um impeditivo para a sua atuação, pode-se citar entre eles as

¹²³MENDES, Conrado Hubner. Ob. Cit., p. 67.

¹²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit, p. 240.

¹²⁵ Ibid

¹²⁶FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015, p. 64

Audiências Públicas, a participação processual de *amicus curiae* e a possibilidade de convocação de peritos. Além disso, a possibilidade trazida Por Ferraro esclarece que caso esses mecanismos não sejam suficientes, é possível haver uma maior adequação do Poder Judiciário sem que isso o descaracterize.

Por fim, dentro das críticas ligadas à capacidade institucional há o medo do fracasso. Como destacado por Ferraro¹²⁷, essas críticas costumam ser feitas de maneira míope ou partem de premissas equivocadas, como a impossibilidade de adequação do judiciário. A jurista explica que os casos de litígios estruturais são extremamente complexos e sequer pode-se dizer que de fato exista uma “solução”, no sentido estrito da palavra.

A complexidade desses casos não permite que se pense assim. Em grande parte deles, só pode cogitar um grande fracasso pelo problema não ter sido resolvido logo quem pensa que a decisão seria implementável de solavanco ou que ela mesma pretenderia por um fim no problema. Quem trabalha adequadamente com a complexidade dos casos estruturais está justamente das dificuldades deles decorrentes. Não raras vezes pensar uma “solução total” não passa de uma utopia. As soluções vão sendo testadas e, aí, as informações vão sendo adquiridas. É inviável cogitar uma solução totalizante, pois uma visão integral dos problemas e de suas repercussões já é irrealista. Os próprios erros do experimentalismo, no sentido de erros-e-acertos, não necessariamente representa “fracassos”, mas etapas do processo de aprendizado e aprimoramento.¹²⁸

Quando se trata de litígios estruturais, ainda que o resultado não seja o almejado, a discussão no judiciário traz uma maior publicização da questão que gera a mobilização de diversos setores da sociedade e do próprio governo para solucionar o conflito. Isso por si, já é um efeito positivo, pois significa um desbloqueio do debate sobre a questão trazendo visibilidade ao direito que está sendo violado. Cabe trazer nesse momento o argumento de Owen Fiss que afirma que :

o êxito pode ser mais raro ou obtido com menor perfeição em um processo judicial estrutural, porém o sucesso estrutural, ainda que parcial, pode superar todos os êxitos da solução individual da controvérsia. Pode, outrossim, reduzir consideravelmente a necessidade da solução de controvérsias por meio da eliminação das condições que favorecem atos ilícitos e podem até mesmo compensar todas as suas falhas¹²⁹

3.4 As ações estruturais como meio de promoção da Democracia

¹²⁷FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015, p. 64.

¹²⁸Ibid, p.90.

¹²⁹FISS, Owe. **The forms of Justice**, ob. cit., p.32. O trecho em português é uma versão traduzida encontrada em: Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

Quanto à argumentação de que a atuação do Judiciário nos casos e litígios estruturais traria efeitos antidemocráticos, cabe ressaltar novamente, que a atuação isolada de qualquer um dos poderes gera esses efeitos. Quanto à quebra de isonomia é importante notar que já não há uma isonomia, a atuação do judiciário iria diminuir as desigualdades já existentes. Há que se ressaltar também que as decisões estruturais não têm efeito apenas entre as partes litigantes, uma vez que a intenção é a promoção de uma política pública ou a reestruturação de alguma já existente.

O entendimento de que a possibilidade de exigibilidade judicial de mudanças sociais faz com que os grupos afetados deixem de buscar as vias políticas para alcançá-las diminuindo o debate público e a mobilização social nos canais democráticos tradicionais, já foi rebatido. A discussão no judiciário traz uma maior publicização da questão que gera a mobilização de diversos setores da sociedade e do próprio governo para solucionar o conflito.

A participação social ocorre de uma maneira diferente, o judiciário tem mecanismos que garantem que ela exista. Nesse sentido, Gravioto propõe que as ações estruturais promovem a democracia justamente por fazer florescer o debate público e controle social sobre órgãos públicos o que estimula a cidadania e a participação social. Além disso, a ação da Corte implementa e não substitui a atuação da Administração Pública e do Congresso¹³⁰.

3.5 Efetivação de Direitos Fundamentais no Estado Regulador

Como já abordado, o Brasil tem uma Constituição que adota o modelo do Estado de Bem-Estar Social. Um importante questionamento que surge é: uma vez que se fala em superação do Estado de Bem-Estar Social e do surgimento do Estado Regulador, como se dará a atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais?

Essa não é uma resposta simples. Primeiramente, os juristas que defendem a exigibilidade judicial desses direitos precisam compatibilizar o dever estatal de efetivação, garantido na lógica do Estado de Bem-Estar Social adotado pela Constituição de 88, com uma nova forma de encarar o Estado e a limitação de suas funções. A atuação judicial deverá, também, ser pautada na lógica do acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais mediante opções regulatórias.

¹³⁰ RODRIGUEZ-GARAVIOTO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la corte constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: centros de estudio de Derecho, Justicia y Sociedad, Desjusticia, 2010. p. 18.

Nesse contexto, a opção trazida por Lucas Furtado, de maior interação entre o setor público e o setor privado com o intuito de efetivar direitos fundamentais, também precisa ser observada pelo Poder Judiciário. Dentro do Paradigma do Estado Regulador, vê-se, portanto, a necessidade de que o Judiciário passe a atuar mais como incentivador de políticas públicas, cogitando inclusive parcerias público-privadas e vislumbrando no incentivo à regulação um caminho realizador de direitos fundamentais. Nesse sentido, Ferraro afirma que:

é interessante notar, em relação a essa nova visão das possíveis ações regulatórias, que se pode ter a interação entre atores públicos e privados, abandonando uma visão hierarquizada, em que há a “Administração Pública” de um lado e o “súdito” (ou “administrado”) de outro, assim como, no âmbito jurisdicional, às vezes se faz referência a juiz e “jurisdicionado”. A diferença não é simplesmente terminológica, mas de significação. O que há é ator ou agente, ou seja, não é objeto; desempenha um papel, está em atividade.¹³¹

Fica claro que até dentro do Paradigma do Estado Regulador não é possível que ainda se discuta se o Estado deve ou não efetivar direitos fundamentais, sequer é possível que se siga questionando se o judiciário deve ou não atuar quando houver descumprimento desses direitos. Por todas as razões expostas até aqui, propõe-se a superação do “se” e passa-se à discussão de “como” deve ser a atuação do judiciário nos casos de violação sistêmica de direitos fundamentais, com foco no mecanismo de decisões estruturais como melhor resposta de atuação.

¹³¹FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015, p. 51.

PARTE II

UM PROCEDIMENTO ADEQUADO À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS
LITÍGIOS ESTRUTURAIS QUE ENVOLVEM A EFTICAÇÃO DE DIDEITOS
FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1. A INADEQUADA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Superada a questão do “se”, o próximo passo é reconhecer que o Judiciário já atua nos casos de violação sistêmica de direitos. Essa atuação é tamanha que, no caso de litígios estruturais que envolvem políticas públicas, já há sedimentada orientação do Supremo Tribunal Federal admitindo o controle judicial dessas políticas, especialmente quando da realização de direitos fundamentais¹³². No entanto, ainda que esse trabalho defenda atuação do judiciário, é necessário, primeiramente, que se critique a forma como ela tem se dado desde a viabilidade, que se deu através do entendimento jurisprudencial e doutrinário, da exigibilidade judicial de direitos fundamentais. Nesse sentido:

na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado com pueril irresponsabilidade. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados. De fato, tanto demandas individuais, quanto o processo coletivo brasileiro atual, mostram-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas.¹³³

Ainda que a referida crítica esteja direcionada ao controle judicial de políticas públicas, ela também pode se estender aos litígios estruturais. Nota-se, portanto, que uma das principais críticas à atuação do Judiciário pauta-se no Processo, ou melhor, na sua inadequação ao tratar de litígios estruturais. Essa inadequação processual tem feito com que a atuação judicial, na prática, restrinja o acesso à justiça, aumente significativamente o número de processos em tramitação, aumente a desigualdade e gere inúmeros prejuízos ao próprio Estado. Tais questões serão analisadas mais profundamente a seguir.

1.1 O problema da jurisdição de litígios estruturais por meio do Processo Clássico

A necessidade de um Código de Processo Civil brasileiro que concentrasse toda a matéria processual civil a ser aplicada no país foi uma exigência trazida pela primeira vez na Constituição de 1934, que em seu artigo 5º, XIX, “a”, estabeleceu a competência privativa da

¹³² Apenas de modo exemplificativo, confira-se as decisões do STF nos seguintes casos: AgRg na SL 47PE, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 29.04.2010; AgRg no RE 628.159/MA, 1.a T., rel. Min. Rosa Weber, Dje 14.08.2013; AgRg no AgIn 810.410/GO, 1.a T., rel. Min. Dias Toffoli, Dje 07.08.2013; EDcl no RE 700.227/AC, 2.a T., rel. Min. Carmen Lúcia, Dje 29.05.2013; AgRg no RE 563.144/DF, 2.a T., rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 15.04.2013. (apud ARENHART, SÉRGIO. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista Processo. Vol. 225. 2013. p. 389).

¹³³ ARENHART, Sérgio; **Decisões estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista Processo. Vol. 225. 2013. p. 02.

União para legislar sobre o assunto. Antes da Lei Constitucional, cabia aos Estados legislarem sobre o processo civil, no entanto, a unificação do direito processual já era um anseio de muitos juristas que defendiam uma maior integração nacional e rebatiam o argumento de que um código unificado poderia ferir a estrutura do regime federativo. Após essa compreensão de necessidade de unificação, o Brasil passou a codificar o direito processual civil. De 1937 até o presente momento já houve três Códigos de Processo Civil vigentes no país.

Não é interessante para a presente discussão perpassar as características históricas de cada código, o melhor foco para o momento é que se perceba que todos eles seguiram e seguem um determinado modelo arquetípico de processo judicial, que será aqui denominado de processo clássico. Ressalta-se que esse modelo assume um perfil eminentemente individualista e patrimonialista e se caracteriza por funções bem definidas, litigantes diametralmente opostos, forte contexto narrativo e pelo protagonismo das partes na condução processual, ficando reservado ao juiz um papel passivo e distante.

Esse processo clássico é pensado para responder a controvérsias privadas que ocorrem entre autor e réu, com contraposição de dois interesses muito claros e definidos e com clara oposição entre si. Abram Chays, em seu trabalho *“The Role of the Judge in Public Law Litigation”*¹³⁴ identifica cinco características do processo clássico que merecem atenção para a presente discussão: i. bipolarização; ii. preocupação retrospectiva, iii. interdependência entre direito e remédio, iv. atuação episódica; v. controle das partes sobre o processo.¹³⁵

1.1.2 Demandas individuais e a lógica da bipolarização

A bipolarização das partes do processo é uma lógica tão engessada que já constitui inclusive um princípio, o Princípio da Dualidade das Partes. Chiovenda¹³⁶ afirma que “o processo civil (...) se encaminha por demanda de uma parte (autor) e outra (réu)”. No mesmo raciocínio, Rosemberg¹³⁷ esclarece que o processo “pressupõe duas partes, das quais uma solicita tutela jurídica contra a outra”. De fato, essa é a configuração da grande parte dos litígios, no entanto, ela não esgota todas as situações com as quais o juiz se depara. Até mesmo quando há duas partes específicas, muitas vezes é difícil compreender o litígio apenas pela perspectiva dos dois polos sem que se leve em consideração as repercussões a terceiros.

¹³⁴ CHAYES, Abram. **The Role of the Judge in Public Law Litigation**. Harvard Law Review. Vol 89, n. 7, 1976.

¹³⁵ Ainda que a análise do autor diga respeito ao sistema anglo-americano, as características ressaltadas por ele se amoldam em grande parte ao Processo Civil Brasileiro.

¹³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1969. p. 5.

¹³⁷ ROSEMBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. V. 1. Buenos Aires: E. J. E. A, 1955. p.217

Essa visão tradicional da ação civil composta por duas partes demonstra como o processo civil é pensado dentro de controvérsias privadas entre autor e réu e gera demandas individuais. E, ainda que se conceba formas legalmente previstas de terceiros comporem a lide, essas intercessões são encaradas como hipóteses de exceção. Como destacado por Marinoni, essa bipolarização segue um modelo oitocentista, baseado nos princípios da liberdade, propriedade privada e segurança jurídica, gerando uma visão do processo civil como mero assunto das partes¹³⁸. Mitidiero ressalta que esse binômio liberal clássico “liberdade-patrimônio” resulta em um processo com finalidades de administração e disposição de patrimônio individual que está totalmente despreocupado com tutelas de ordem social.¹³⁹

Esse processo clássico bipolar simplesmente não se amolda aos litígios estruturais. Um bom exemplo para que se enxergue isso é o caso em que se litiga leitos hospitalares. É possível que se argumente que nesses litígios há sim apenas duas partes, de um lado o cidadão que, querendo fazer valer seu direito fundamental a saúde, provoca o judiciário com o intuito de que lhe seja garantido o leito hospitalar, e do outro lado o Estado, que tem o dever constitucional de garantir esse direito. A consequência lógica desse argumento é que os efeitos da decisão do juiz, de condenar ou não o Estado a prover a vaga, estarão restritos às partes. Inicialmente isso até parece fazer sentido, no entanto, trata-se de uma lógica enganosa que parte de premissas falsas.

A análise de litígios estruturais demonstra que a violação de direitos resulta de práticas dinâmicas de uma determinada instituição. Dessa forma a argumentação trazida acima se mostra falsa, pois, uma vez que não se trata de condutas isoladas, fica claro que há uma falha institucional que fere o direito de diversas pessoas e grupos, não importando apenas às partes a decisão judicial, uma vez que essa terá efeitos diretos e indiretos sobre todo problema estrutural.

Como ressaltado por Picoli a tentativa de inserção dos litígios estruturais na lógica bipolar faz com que se pressuponha que: i. os interesses das partes são diametralmente opostos; ii. ao fim da lide será decretado uma parte vencedora; iii. os interesses a serem considerados na análise do processo serão apenas aqueles trazidos aos autos. Ocorre que nenhum desses pressupostos são possíveis à tais litígios por tratar-se aqui de problemas policêntricos.¹⁴⁰

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2013. p. 237.

¹³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 472.

¹⁴⁰ PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. p.17

Ao discutir a característica policêntrica dos litígios estruturais, Ferraro traz o conceito de policentria de Lon Fuller¹⁴¹ esclarecendo que as situações policêntricas são aquelas em que “há diferentes pontos de influência que interagem entre si, de modo que uma alteração tem repercussões complexas e não necessariamente possíveis.”¹⁴² Portanto, ao lidar com tais litígios é preciso que se compreenda que a alteração em um desses pontos de influência acarretará repercussões por todo o emaranhado de interesses que envolvem a situação de violação de direitos. Nesse sentido Ferraro afirma que:

visualizar esse tipo de situação por lentes individuais e bipolarizantes é bastante problemático, seja porque se acaba não percebendo que não basta a adoção de uma medida particularizada (e muitas vezes paliativa), sendo necessário eliminar as próprias causas, seja porque a resposta que se dá no nível individual – ou mesmo coletivo- pode afetar os demais interesses em jogo, e não considerá-los pode trazer consequências ainda mais graves. Em outros termos, a tutela jurisdicional realmente efetiva não será alcançada se essas situações forem conformadas judicialmente como casos bipolares.¹⁴³

Portanto, a inadequação da bipolarização da relação jurídica se demonstra evidente na medida em que não respeita a complexidade e a difusão dos litígios estruturais. Ao obrigar situações complexas de políticas públicas a se encaixarem dentro de uma lógica simplista de supostos interesses diametralmente opostos, ao tentar decretar uma parte vencedora e ao se importando apenas com os interesses trazidos aos autos, a atuação do Poder Judiciário demonstra-se extremamente prejudicial, pois ignora os interesses adjacentes – de terceiros e do próprio Estado – e é responsável por criar sérias contradições, podendo piorar muito o problema que lhe foi apresentado.

1.1.3 A preocupação retrospectiva, a atuação episódica e a Sentença.

Uma ação civil consiste basicamente na análise, pelo juiz, do conjunto de fatos trazidos pelas partes, de modo a chegar-se à conclusão da ocorrência ou não desses fatos, bem como das consequências jurídicas geradas por ele. O processo aos moldes clássicos tem uma preocupação retrospectiva, as consequências da decisão estão delimitadas às partes. Se o autor tem procedência na sua pretensão será compensado pelo réu, caso não tenha, nada se altera. Portanto, a atuação jurisdicional será delimitada a um determinado tempo e espaço.

¹⁴¹ FULLER, Lon L. Adjudication and the Rule of Law. **Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting** (1912-1969), v.54, 1960.

¹⁴² FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p.11.

¹⁴³ FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015, p. 8.

Essa é mais uma característica do processo clássico que não se amolda aos litígios estruturais. Como já tratado, as violações sistêmicas de direitos fundamentais se caracterizam por (i) serem dinâmicas e estarem em curso; (ii) pelo infrator colocar-se como uma abstração; (iii) pelo foco da preocupação não ser condutas específicas que inobservam direitos, mas o próprio contexto em que acontecem; (iv) por não ganhar relevância a averiguação de intenções e culpa para configurar essas espécies de violação dos direitos; (v) por existir uma relação, que se prolonga no tempo, de dependência ou compulsoriedade entre as vítimas e as instituições; (vi) pela causalidade ser complexa.

As próprias características da violação sistêmica de direitos fundamentais não permite que o tratamento dado a esses litígios seja feito sob uma preocupação retrospectiva. Uma atuação judicial sob essa perspectiva se demonstra totalmente ineficiente. Aqui, é necessário um foco diretamente no futuro, que busque modificar a situação de violação saindo da lógica da culpabilização e adentrado na busca pela solução, ou soluções¹⁴⁴. Não se busca a restauração do “*status quo ante*”, mas sim a desconstrução desse *status* para que se chegue a uma nova realidade de efetividade de direitos. Picoli entende que tratar litígios estruturas sob preocupação retrospectiva resulta na:

insustentabilidade das medidas particulares a longo prazo; a eternização das mesmas demandas, perante os mesmos litigantes (...) , a centralidade de soluções das consequências em vez das causas; e a incapacidade da adjudicação em formular respostas criativas e efetivamente adequadas à concretização dos valores fundamentais.¹⁴⁵

Essa visão retrospectiva acaba gerando ainda outra característica: uma vez que o foco são fatos que já ocorreram, todo o processo se encaminha para o momento da prolação da sentença, que marcará o fim da atuação judicial. O ato decisório final, que teoricamente encerrará o litígio, sendo transcrito no momento em que “se diz o direito” é ansiosamente esperado pelo processo clássico. Nos litígios estruturais não há como se conceber a ideia de que a atuação judicial cesse com a prolação da sentença, a mesma precisará funcionar aqui apenas como um “ponto de partida” para o necessário processo de desestabilização da instituição que vem promovendo a violação do direito.

Uma vez que os fatos estão em andamento, não há como imaginar uma sentença terminativa do litígio, a racionalidade é outra, já que a violação pode persistir mesmo após a

¹⁴⁴ Ibid, p. 22.

¹⁴⁵PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p.19.

prolação da sentença. Dentro desse cenário, é necessário que haja um ciclo de decisões, nas quais o Judiciário atue na medida em que os problemas apareçam, de forma que as soluções vão sendo testadas. Dessa forma, a atuação judicial se dará em um ciclo constante, marcado pelos seguintes passos: decisão, estabelecimento de metas, avaliação, nova decisão e assim sucessivamente, até que se chegue aos resultados mínimos almejados. Owen Fiss denominou esse ciclo como “provimento cascata”.

Fica evidente que essa atuação em ciclo faz com que litígios estruturais necessitem de uma flexibilidade quanto a decisões, pois a todo momento será exigido reformulações parciais ou integrais que ocorrem conforme se verificarem os resultados. Dessa forma, a sentença não significará o fim do processo, mas sim o início da desestabilização institucional. Por esse mesmo motivo, essa flexibilidade também se estenderá aos institutos da preclusão, coisa julgada, estabilização e a rígida separação entre as fases de conhecimento e de execução. Quanto a essa última esclarece-se que a partir do momento que se compreende o ciclo de atuação é inviável que se exija que um litígio seja totalmente julgado para que, apenas depois, a decisão possa ser aplicada e exigida judicialmente.

Percebe-se, portanto, que a sentença, compreendida a partir do modelo clássico do processo, bem como os institutos jurídicos ligados a ela, não se adequam a necessária eficiência, com busca de resultados e métodos de aferição de alcances requeridos pelos litígios estruturais. Novamente, as características desses litígios demonstram a necessidade de uma nova lógica.

1.1.4 A interdependência entre direito e remédio e o Princípio da Demanda

O processo clássico se pauta no binômio violação – reparação, de forma que o autor será compensado na medida da violação do réu. Owen Fiss afirma que esse modelo, em que se busca verificar se de fato houve interferência injusta de um indivíduo na liberdade de outro, que acarretaria na tentativa de se restaurar a igualdade existente antes entre eles, seria uma concepção individualista da estrutura das partes com uma perspectiva reparativa de remédios¹⁴⁶. Nesse mesmo sentido, Chiovenda¹⁴⁷ traz a ideia de uma “soma zero” $((-a) + (b) = 0$, ou seja, $a=b$), onde aquele que tenha sua pretensão válida no processo deve ser colocado em situação de igualdade, ou ao menos próxima, com aquela que estaria se não tivesse havido violação, busca-

¹⁴⁶ FISS, OWEN. Coda, ob. cit., p.233.

¹⁴⁷ CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1. São Paulo: Editora Saraiva 1969. p. 46.

se , portanto, fazer uma equivalência entre o remédio judicial e o direito da parte visando o retorno ao *status quo*.

Essa interdependência entre direito e remédio judicial não se dá mesma forma nos litígios estruturais. Essa imposição da lógica da “soma zero” é inviável, como já demonstrado anteriormente, busca-se a superação do *status quo* e a construção de uma realidade de efetividade de direitos. No que diz respeito às políticas públicas, é inviável que se busque reparar as causas do problema de forma pontual. Como destacado por Picoli “a retificação das raízes do litígio complexo implica o desempenho criativo, proficiente e em constante transformação por parte do julgador, que por vezes atuará *aquém* ou *além* dos limites da violação específica”.¹⁴⁸

Surge então outra questão: uma vez que nos litígios estruturais sequer é possível a interdependência entre o binômio violação – reparação, como fica a questão da demanda e da necessidade de adstrição da decisão ao pedido? Chiovenda conceitua demanda como “*ato com o qual a parte, afirmada a existência de uma vontade concreta da lei, que lhe garante um bem, declara a vontade de que seja atuada em face da outra parte e invoca, para esse fim, a autoridade do órgão jurisdicional.*” Há, portanto, uma clara relação da demanda, compreendida de um modo estático, com as duas partes de um processo, ator e réu.

Como já abordado, os casos estruturais não se moldam a essa bipolarização. Além disso, tais casos exigem a superação da adstrição da jurisdição ao pedido. Classicamente, o pedido consubstancia a demanda, delimita o objeto litigioso e, portanto, a prestação jurisdicional. O atual Código de Processo Civil brasileiro privilegia a estabilidade da demanda estabelecendo que o pedido deve ser certo e determinado. Com o mesmo intuito, prevê rigidamente as poucas condições que permitem sua alteração. Dessa forma, qualquer decisão que não seja delimitada à petição inicial estará eivada de nulidade e será caracterizada como *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*. A demanda é portanto o eixo guia da atuação judicial, ela determina o objeto do processo e opera a estabilização.

Mais uma vez essa visão clássica não se amolda às necessidades dos litígios estruturais. Uma vez que o foco passa a ser o presente e principalmente o futuro, com discussões quanto às possíveis formas de atuação/implantação e fiscalização do cumprimento da decisão, há uma multiplicidade de interesses, informações e opiniões a respeito do litígio que são por si só muito complexos e que tem como uma de suas características centrais a mutabilidade.

¹⁴⁸ PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p.19.

As discussões sobre possibilidades futuras e essa constante mutabilidade impossibilitam que as partes tenham total clareza do objeto e da extensão de sua pretensão. A flexibilização da demanda lhes é necessária, pois possibilita a readequação de suas pretensões às realidades que lhes forem apresentadas nos diversos momentos do processo. É importante ressaltar que a maleabilidade do instituto do pedido não significa a flexibilização dos princípios do devido processo legal e do contraditório, a fim de garantir um processo justo, tais princípios devem sempre ser observados e garantidos.

1.1.5 O controle das partes sobre o processo

O processo clássico é iniciado e controlado, primordialmente pelas partes, essa é a regra geral prevista no Código de Processo Civil. Uma das consequências desse entendimento é que o juiz deverá pautar sua atuação dentro dos limites estabelecidos pelas partes, sendo defeso conhecer de questão não suscitada. Dessa forma, o limite da sentença judicial é o pedido das partes.

No processo clássico o julgador é, idealmente, neutro decidindo segundo a lei uma controvérsia jurídica que chega a suas mãos. Essa atuação é totalmente ineficiente nos litígios estruturais. O litígio estrutural exige uma atuação jurisdicional que ultrapasse a delimitação da “declaração de lei” é necessário que o juiz atue com o ideal de concretizar direitos fundamentais. Pela importância de tal atuação judicial, o julgador deve ter uma postura mais ativa no processo. Essa questão será melhor abordada mais a frente.

Diante de toda argumentação trazida, fica evidente a inadequação do processo aos moldes clássicos para tratar de litígios estruturais, principalmente diante de sua lógica individualizada e bipolarizada. Quanto a isso outra argumentação que pode surgir é que nem todos os litígios estruturais são tratados no Brasil através de demandas individuais, uma vez que existem as chamadas demandas coletivas. Mas será possível afirmar que tais demandas são suficientes para tratar de litígios tão complexos?

1.2 Influências do Processo Clássico nos Processos Coletivos

Historicamente, o processo brasileiro tem por essência a tutela individual de direitos e demonstra uma grande dificuldade em lidar com a tutela de direitos coletivos. Em razão do desenvolvimento tardio do capitalismo, somente a partir do século XX houve a intensificação da regulamentação desse tipo de tutela, sobretudo com a edição da Lei 7.347/85, que trata da

Ação Civil Pública, das inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela legislação trabalhista.

No Direito brasileiro, as demandas coletivas podem ser tuteladas por dois tipos de instrumento: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC de 2015), ainda sim a lei processual civil brasileira tem deixado a desejar no que diz respeito a efetivação da vontade constitucional de que exista um processo coletivo que responda adequadamente a esse tipo de demanda. Quanto a essa vontade constitucional, Hugo Mazzilli afirma que:

O art. 5º, inc. XXI, diz que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. O que é isto? É defesa coletiva. O art. 5º, inc. XXV, diz que a lei não excluirá do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito. Os senhores irão falar: mas onde está o processo coletivo? Está no título do Capítulo: agora o art. 5º da Constituição não cuida mais apenas dos direitos e garantias individuais, como o art. 153 da Constituição anterior fazia. Hoje ele cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos; assim, toda garantia fundamental, que não seja exclusivamente individual, será também coletiva.

Para o autor, o Código de Processo Civil de 1973 cumpria o propósito de sistematização dos institutos, ainda que não conseguisse lidar com os conflitos massificados, que alcançaram maiores proporções ante a economia globalizada¹⁴⁹. Já o Código de Processo Civil de 2015 nasceu velho¹⁵⁰, pois a sua base é a mesma dos anteriores com foco quase estrito na forma individual para a tutela dos direitos, tendo perdido a oportunidade de disciplinar adequadamente a tutela coletiva. Há que se questionar aqui o porquê do uso da palavra “adequadamente”. Há uma crítica doutrinária quanto aos meios existentes de tutela de direitos coletivos. Muito dessa crítica se baseia na clara vinculação desses meios de tutela ao modelo processual de litígios individuais.

Os processos coletivos continuam com a lógica bipolar das partes do processo individual, isso faz com que haja a redução de relações sociais complexa em um simplista esquema binário de interesses. A tutela judicial, por sua vez, mantém-se essencialmente episódica e retrospectiva. Todos os aspectos do processo clássico individual, que não se amoldam aos litígios estruturais, se mantêm nas demandas coletivas. Arenhart faz uma excelente crítica quanto à manutenção das características do processo individual no processo coletivo:

¹⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/txt_epm.pdf. Acesso em 22 out.p.6.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 26.

substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real.¹⁵¹

Apesar de não ser a melhor forma de tratar litígios estruturais, há que se reconhecer o mérito das ações coletivas que se apresentam como uma nova via a democracia representativa. Quando há o interesse do judiciário de mobilizar a agenda social, as ações coletivas constituem ferramenta indispensável, pois através delas os conflitos dos diversos interesses sociais podem se enfrentar. Hoje, a jurisprudência brasileira já conta com diversas ações coletivas ajuizadas, o que demonstra que a atuação judicial não é estranha aos litígios estruturais.

A Ação Civil Pública do Carvão é caso paradigmático quando se refere a ações coletivas. Tratam-se ou autos do caso de degradação ambiental, ocorrida entre 1972 a 1989, causada pela mineração na região carbonífera de Santa Catarina. Foi ajuizada em 1993 pelo Ministério Público junto à Justiça Federal e tinha por objetivo impor às mineradoras e à União (rés no processo), a realização e concretização de um projeto de recuperação ambiental da região afetada.

A sentença proferida, em janeiro de 2000, pelo então Juiz Federal Paulo Afonso Brum Vaz, determinou que os réus apresentassem, no prazo de seis meses, projeto de recuperação da região, que deveria ser executado em três anos, sendo necessária a apresentação mensal de cronograma de etapas a serem executadas. Com o intuito de tornar a decisão efetiva, foi cominada multa coercitiva e imposta medida de sub-rogação, consistente na contratação, com custas para os condenados, de terceiro para a elaboração e execução do mencionado projeto. Atualmente, o projeto encontra-se em fase de efetivação, havendo uma “execução principal” juntamente com outros procedimentos de implementação da decisão judicial específicos em relação aos diferentes réus.

Durante as diversas fases de execução, necessárias frente à complexidade do processo, houve a produção de material técnico, inclusive por parte do Ministério Público Federal;

¹⁵¹ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.** Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.p. 4.

adotaram-se estratégias de ações para reparar a região, com a realização de diversas audiências públicas com o intuito de tratar da questão; houve “desburocratização” da atuação judicial, que se propôs inclusive a realizar diversas inspeções e a criar um site para conferir publicidade e transparência às atividades.

A ACP do Carvão ganhou relevância por dois motivos: o primeiro é o fato de ter demonstrado que é possível uma mudança de lógica quando da atuação do judiciário se comprovada a violação de direitos fundamentais; e o segundo por ter demonstrado como o processo aos moldes clássicos engessa a atuação e impede uma jurisdição mais efetiva.

1.3 Consequências da jurisdição de litígios estruturais por meio do Processo Clássico

Tratar de litígios estruturais através do processo clássico tem se demonstrado um desserviço por parte do judiciário. Como visto, as violações sistêmicas de direitos decorrem de situações complexas e de inúmeras práticas de uma instituição ou até de várias instituições. Tratar dessa complexidade através de contornos individuais e bipolarizados não trará os resultados necessários, pois nunca se terá análise “global” necessária às soluções efetivas. Quando um problema policêntrico é inadequadamente moldado a um processo individual acaba-se gerando quebras de isonomia e possibilidades reais de se prejudicar uma determinada política pública que já está em curso.

Ao tratar das distorções que os litígios estruturais causam quando tratados incorretamente, Marcella Ferraro traz os dados da pesquisa empírica que trata da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde relativa aos anos de 2010 a 2012¹⁵², realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais e pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação de Getulio Vargas. A autora ressalta os resultados obtidos dentro dos limites metodológicos estabelecidos, nos quais ficou demonstrado que 93,2% das ações individuais envolvendo direito à saúde tiveram sentença favorável na primeira instância enquanto, das ações coletivas encontradas, um terço não teve o mérito julgado, um terço teve julgamento de improcedência e o outro terço contou somente com procedência parcial.

¹⁵² CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS; CENTRO DE PESQUISA JURÍDICA APLICADA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde:** Relatório de pesquisa. São Paulo, 2014.

Argumentação semelhante é trazida pela Juíza de Direito Helena Campos Refosco em sua obra: *Ação Coletiva e Democratização do Acesso à Justiça*¹⁵³. Ao analisar o cenário do judiciário no que diz respeito ao direito à educação infantil no Estado de São Paulo, focando tanto nas ações individuais, quanto nas três principais Ações Cíveis Públicas que tratam do assunto, a juíza chega a conclusões igualmente interessantes. A primeira é a de que litígios individuais relativos às vagas em unidades de educação infantil têm, desde que o STF firmou-se no sentido de que o direito à educação infantil é direito público subjetivo, quase que procedência garantida. A segunda conclusão é que, os litígios coletivos, por sua vez, são totalmente imprevisíveis. A terceira conclusão trazida pela autora é a dos principais argumentos utilizados para negar as demandas: o princípio da separação de poderes, a discricionariedade da Administração Pública, a impossibilidade jurídica do pedido genérico e a falta de interesse processual.

Tanto Refosco quanto Ferraro afirmam que esse contexto faz com que haja a preferência, inclusive como estratégia processual, pelas demandas individuais. Refosco atribui esse fato a duas questões principais: a dificuldade de se analisar, em ações individuais, a situação global, o que faz com que seja mais confortável aos juízes darem procedência às ações, que ilusoriamente acreditam estar interferindo menos em políticas públicas; e a maior facilidade com que determinações judiciais são cumpridas pela Administração Pública em casos individuais.

É de se observar, portanto, que o tratamento incorreto de litígios estruturais por parte do judiciário pode agravar situações que já são muito sérias, ou porque não possibilita a adequada análise das controvérsias, ou porque haverá o sacrifício da qualidade em detrimento da quantidade de demandas. Quanto a isso Picoli afirma que:

ao próprio Estado há inúmeros prejuízos. Prioritariamente, porque o Poder Judiciário se vê obrigado a responder à demandas geometricamente crescente, o que impõe medidas voltadas à quantidade em vez da qualidade, exige enormes investimentos e um eterno agigantamento incapaz de acompanhar as constantes exigências sociais. Segundamente, porque as contradições decisórias as possíveis arbitrariedades nas decisões políticas tomadas pelo Judiciário sobrelevam irracionalidades nas deliberações políticas, sobretudo dos pontos de vista financeiro e organizacional.¹⁵⁴

Destaca-se como principais consequências negativas do tratamento incorreto de litígios estruturais por parte do judiciário: o risco de que a difusão disperse o poder dos grupos sociais

¹⁵³ REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e Democratização do Acesso à Justiça*. São Paulo. Editora: Quartier Latin do Brasil. 2018

¹⁵⁴ Ibidem, p. 26.

e das instituições de se engajar em prol de uma efetiva mudança social; a quebra da isonomia; a grande possibilidade de prejudicar políticas públicas eventualmente existentes.

O primeiro desses pontos a ser abordado é quanto à quebra de isonomia, que se dá de várias formas. A primeira que vale a pena ser destacada é a quebra de isonomia que o restrito acesso à justiça no Brasil traz. Sabe-se que o acesso à justiça é garantia constitucional e tem valor de direito social uma vez que promove a transformação social. No entanto, é pacificado o entendimento de que, no contexto brasileiro, as classes média e alta são aquelas que mais exercitam o direito de ação. Nesse sentido:

Como os indivíduos pertencentes à classe média e alta tem mais chances de conhecer seus direitos e podem se dar ao luxo de reivindicá-los por meio dos Tribunais, são eles que naturalmente ajuízam a maior parte das ações. Os efeitos desse tipo de jurisprudência maciça e individualizada sobre as burocracias administrativas são amplamente negativos¹⁵⁵

Quanto maior a hipossuficiência econômica e cultural do individual, menor é o acesso à justiça. Portanto, não necessariamente quem mais precisa está atendido pelas decisões judiciais. Essa distorção ainda resulta, na prática, a quebra de isonomia também está relacionada à alteração de filas de espera de creches e hospitais, por exemplo, bem como à superlotação dessas unidades e o comprometimento de sua qualidade. Segundo Sarmiento a atuação do judiciário está funcionando como um Robin Hood às avessas:

apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas no que tange ao acesso à Justiça, a principal clientela do judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média. (...) Nesse contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, as decisões explicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como um Robin Hood às avessas, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiram os mais pobres para transferi-los para a classe média.¹⁵⁶

A conclusão que se almeja é a que a litigiosidade individual, bem como a coletiva aos moldes do processo clássico, não promovem inclusão, mas sim alargam as desigualdades. O processo aos moldes clássicos tem sido encarado como o único meio de prestação jurisdicional do Estado. No entanto, cumpre observar que uma das razões de ser do processo é que o mesmo responda adequadamente à tutela jurisdicional. Tendo essa premissa como lógica basilar, cabe então o questionamento sobre qual a tutela jurisdicional que se quer prestar nos casos de litígios

¹⁵⁵LANDAU, David. The Reality of Social Rghts Enforcement. Harvard International Law Journal, v. 53, n.1, p. 190-247,2012.

¹⁵⁶Sarmiento, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 211-212.

estruturais ao se utilizar como meio um processo civil que claramente não se adequa às suas necessidades?

Apesar de não haver a pretensão nesse trabalho dar tais respostas, cabe a reflexão quanto aos outros questionamentos gerados por essa primeira pergunta. Diante de tantos argumentos sólidos e tantas críticas da doutrina quanto a inadequação do processo por que é tão difícil promover mudanças? A quem o atual contexto tem beneficiado? Por que existe uma resistência tão grande quanto à garantia de direitos fundamentais para a sociedade?

As respostas para essas questões não são simples, mas a clara contradição entre o Estado Constitucional e o atual modelo processual exige uma mudança de racionalidade. É totalmente contraproducente e prejudicial essa eterna multiplicação de conflitos idênticos. Seus efeitos negativos são sentidos tanto pelo judiciário quanto pela Administração Pública e se tornam ainda mais alarmantes quando observados do ponto de vista da população. Diante desse cenário, há dois caminhos possíveis: ou se concebe de uma vez que o Judiciário não é o adequado ambiente para a solução de litígios estruturais, ou se promove sua adequação a fim de que se garanta uma digna e justa jurisdição para a tutela desses litígios. Esse trabalho se propõe a defender a segunda opção.

Para tanto, é necessária a superação do paradigma do processo aos moldes clássicos. O primeiro capítulo desse trabalho tratou dos modelos de Estado e sua relação com direitos fundamentais. Como exposto no Estado de Bem-Estar Social, modelo adotado pela Constituição de 1988, há o aumento da legislação garantidora das liberdades, a constitucionalização das relações privadas e a promoção da ideia de justiça social. Esse tipo de garantias complexificou os litígios envolvendo sociedade e Estado.

Essa complexidade é realidade há mais de trinta anos, enquanto isso segue-se lidando com os litígios dela resultantes com um processo pensado para responder aos litígios do Estado Liberal, de caráter individualista e patrimonialista. Uma vez que no Estado Liberal o Estado autodelimitava sua atuação no chamado intervencionismo negativo, o processo aos moldes clássicos não oferece procedimentos necessários à lógica de um Estado que é chamado à realizar direitos fundamentais.

É imperioso que o foco passe a ser o desenvolvimento de um processo que abandone a lógica do Estado Liberal e adote procedimentos que condigam com as necessidades da sociedade e com as garantias constitucionais, a fim de que se garanta uma adequada prestação jurisdicional de forma que a garantia de direitos fundamentais seja realmente exigível perante o Estado, que, por sua vez, responderá a essa exigibilidade com um procedimento que atenda adequadamente às complexidades e às necessidades dos litígios estruturais.

CAPÍTULO 2. DELINEAMENTOS DO PROCESSO ESTRUTURAL

Diante de toda a argumentação apresentada fica clara a necessidade do desenvolvimento de uma nova lógica processual, o processo estrutural. Mas antes que se adentre ao conceito e delineamento desse processo é necessário que se faça uma ressalva, o processo estrutural não se destina apenas a intervir em políticas públicas, ainda que na maioria das vezes esteja relacionado a elas. Ele deve ser enxergado como o procedimento destinado à intervenção e reestruturação de estruturas sociais, públicas ou privadas, complexas que estejam de alguma forma promovendo a violação de direitos fundamentais. Ultrapassado esse esclarecimento, buscar-se-á compreender nesse capítulo as principais formas de atuação do judiciário e as principais características do processo estrutural.

2.1 Os modelos forte e fraco de atuação do Judiciário

Antes de adentrar ao delineamento do processo estrutural é importante discutir as formas de atuação do judiciário já estabelecidas pela doutrina. Nesse momento é importante retomar a teoria de Landau quanto aos meios judiciais de garantia de direitos fundamentais. Segundo o autor, há quatro meios para tanto: as ações individuais, as injunções proibitivas, as determinações fracas de políticas públicas e as decisões estruturais. Como já abordado, as duas últimas são as consideradas mais efetivas e se diferenciam entre si pelo fato de que na primeira o judiciário reconhece a violação, determina que ela cesse, mas não intervém na forma como a instituição violadora do direito o fará; enquanto que nas decisões estruturais não só há o reconhecimento da violação como também há intervenção direta do judiciário na instituição ou em suas ações para fazer cessar a violação. Há, portanto, modelos fracos e fortes de atuação do judiciário. Antes de se passar para os delineamentos do processo estrutural, é importante compreender essas formas de atuação e as críticas relacionadas a elas.

De acordo com a doutrina liderada por Cass Sustein¹⁵⁷ e Mark Tushnet¹⁵⁸, o modelo “fraco” é a melhor forma de atuação do judiciário por promover um maior equilíbrio entre a efetivação judicial dos direitos fundamentais e as críticas relacionadas a capacidade institucional e a legitimidade do judiciário para atuar em litígios estruturais. Esse maior

¹⁵⁷SUSTEIN, Cass. **Designing democracy: What constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 221-237.

¹⁵⁸TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton University Press, 2008.

equilíbrio decorre da natureza interativa da intervenção judicial que promove um maior diálogo com as instituições. Isso facilita a efetivação das decisões, que nesse modelo estão livres do excesso de detalhamento das decisões estruturais. Rodríguez-Garavito¹⁵⁹ afirma que esse detalhamento é o responsável pela ineficácia dos julgamentos estruturais e é o principal fator que embasa as acusações de inobservância do Princípio da Separação de Poderes. Segundo o autor, o excesso de detalhamento das decisões estruturais é o que dificulta os diálogos institucionais.

Outra argumentação utilizada pelos defensores do modelo fraco diz respeito à elaboração do Plano de ação para a adequada efetivação do direito. Nesse modelo a elaboração é feita pela própria instituição violadora, o que facilita a efetivação da decisão judicial, uma vez que é mais fácil que a instituição siga um plano por ela elaborado do que um que lhe seja imposto. Nesse contexto a função do órgão judicial é o de promover o diálogo e efetuar a posterior homologação.

O professor Norte Americano David Landau é um dos principais representantes da corrente doutrinária que defende uma atuação forte do judiciário. O autor entende¹⁶⁰ que as abordagens dialógicas não são eficazes em decorrência das falhas na legislação e das Instituições violadoras do direito quando do oferecimento de ações que muitas vezes são ineficazes ou insuficientes diante do litígio. Os defensores do modelo fraco afirmam a necessidade de uma constante supervisão judicial com inovações nas medidas com a atuação de juízes focados na concretização de suas decisões. O mero reconhecimento da violação do direito e a emissão de ordens genéricas não responderiam adequadamente aos litígios estruturais.

Um terceiro posicionamento doutrinário entende que nem o modelo fraco nem o modelo forte respondem aos litígios estruturais. Mas não só esses modelos não o farão com nenhum outro que possa a ser proposto será capaz de fazê-lo. Segundo essa corrente doutrinária, a complexidade das violações e das partes envolvidas faz com que seja necessária uma análise caso a caso estando o sucesso da implantação da decisão relacionado às circunstâncias políticas-econômicas de cada país¹⁶¹;

Toda essa discussão quanto a forma de atuação do judiciário interfere diretamente na discussão acerca do procedimento a ser adotado quando dessa atuação, ou seja, interfere

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. Cit. p. 54.

¹⁶⁰ LANDAU, David. **Reality of Social Rights Enforcement**. *Harvard International Law Journal*. v. 53, p. 189-247, 2012, p. 192.

¹⁶¹ TUNSHET, Marck. **A Response to David Landau**. *Harvard International Law Journal*, v.53, n.189, 159-160, 2012.

diretamente no modelo de processo estrutural defendido. Entende-se aqui pela adoção de um modelo híbrido entre o modelo fraco de atuação e o modelo forte. As complexidades dos litígios estruturais exige uma atuação judicial forte no sentido de garantir o cessamento da violação do direito, mas que privilegie o diálogo institucional afim de que se garanta um ambiente democrático condizente com o Estado Democrático de Direito. É que o que se discutirá a seguir.

2.2 O conceito de processo estrutural

Um procedimento que se destine à intervenção e reestruturação de estruturas sociais, públicas ou privadas, complexas, que envolve atuação em políticas públicas e que trata de problemas policêntricos igualmente complexos exige, segundo Arenhart:

uma 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.¹⁶²

Como já esclarecido, ao procedimento destinado a tratar de litígios estruturais dá-se o nome de processo estrutural. Existem duas possibilidades de conceitos doutrinários de processo estrutural, o primeiro se baseia nos objetivos¹⁶³ desse processo e o segundo em suas características¹⁶⁴. Porém, uma vez que esses conceitos não são excludentes e estruturam funções igualmente importantes do processo estrutural, adotar-se-á aqui o conceito desenvolvido por Piocoli que aborda essas duas funções. Para o autor processo estrutural é:

o modelo processual voltado a resolução de litígios complexos através da reestruturação de instituição social, pública ou privada, cujas ações ou omissões violem valores públicos. Seu arranjo de partes, a fim de abarcar interesses contraditórios e mutáveis, é disperso e amorfo, com múltiplos centros de tensão concorrentes. A tutela jurisdicional nele desenvolvida guarda caráter prospectivo, contínuo e maleável – a decisão estruturante marca não o desfecho, mas o início da relação entre Corte, instituição e sociedade. O enfoque adjudicatório se desloca da

¹⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.** Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.p. 7.

¹⁶³ O principal conceito de processo estrutural com foco no objetivo é o traçado por Owen Fiss ao tratar da *structural injunction*, que é compreendida como a reforma estrutural proposta quando o juiz é confrontado pela burocracia estatal em situação de violação de valores constitucionais, diante dessa situação imiscui-se na reorganização da instituição para eliminar a violação. (The Forms of Justice, in The Law as It Could Be, Ob. Cit., p. 3).

¹⁶⁴ O principal conceito de processo estrutural com foco em suas características é o traçado por Abraham Chayes que denominou “public law litigation model” aquele processo destinado a superação das principais características do processo tradicional que não se adequam aos litígios estruturais. Essas características foram tratadas no capítulo 1 da Parte II. (Ob. Cit., p. 1302).

reparação de violação pontual do direito à reestruturação do estado-de-coisas transgressivo.¹⁶⁵

A partir desse conceito põe-se como necessária a discussão acerca das principais características e objetivos desse processo, bem como que se estabeleça alguns procedimentos processuais de forma que o processo estrutural responda adequadamente à efetivação de direitos fundamentais.

2.3 Principais características e objetivos

Em momento anterior já se tratou das principais características das violações de direitos em casos estruturais, o procedimento que vai se dedicar a impedir a continuidade dessas violações precisa se adequar a fim de que seja garantindo que as medidas processuais sejam capazes de lidar com sua dinamicidade em curso, com o fato da bipolarização das partes ser impossível, com a imbricação de interesses e com a necessidade de foco prospectivo. Para tanto serão destacadas algumas das características necessárias a esse processo:

2.3.1 Construção interativa – representação e participação na negociação

Diante do impacto das decisões de um processo estrutural é imprescindível que a ampla participação popular seja garantida. Atualmente, essa participação se dá diretamente ou por meio de representação. A adequada participação nesse tipo de decisão é um ponto de extrema relevância em um Estado Democrático de Direito e representa um sensível desafio ao processo estrutural, pois nenhuma das duas formas de participação se amolda totalmente às complexidades desses litígios.

A participação direta seria a ideal, mas inicialmente ela é impossível na maioria dos casos. Porém quando possível, inclusive através da organização dos grupos diretamente afetados, ela produz efeitos extremamente desejáveis e necessários como: a apresentação em juízo dos interesses da forma mais fiel, pois é feita diretamente pelos detentores desse interesse; e em segundo momento há uma maior viabilidade do princípio do devido processo legal, já que a vinculação dos indivíduos à decisão será garantida pela sua presença direta no processo.

¹⁶⁵ PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 66.

Obviamente, já que os litígios estruturais envolvem inúmeros interesses divergentes, esse tipo de participação fica prejudicada, mas não deve ser excluída da lógica processual estrutural.

É necessário que se garanta no processo estrutural a maior quantidade de mecanismos de participação direta possíveis. Como bom exemplo desses mecanismos pode-se citar as audiências públicas que viabilizam essa participação, de forma que a mesma é garantida não só no processo, mas também na construção comunitária da decisão. Essa participação é a que melhor exprime o exercício democrático e o respeito ao devido processo legal.

Por sua vez a participação por meio de representação se mostra, em primeira análise, como algo mais possível. No entanto, essa análise é traiçoeira, pois a adequada representação por entes legitimados para ingressarem em ações coletivas é mais teórica do que real. Nesse sentido Arenhart traz¹⁶⁶ o exemplo do agente do Ministério Público, que simplesmente por ter passado em um concurso torna-se inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo passando a ter direito de dizer o que a sociedade quer ou não.

Questiona-se então qual a real legitimidade que um homem branco nascido em uma grande metrópole tem para propor ações que cuidam de direitos indígenas, por exemplo? Qual a vivência que essa pessoa tem para tutelar os reais interesses desse grupo sendo que muitas vezes sequer vai entendê-los? Como é possível que alguém que não é titular de um direito possa dispor dele? Há, portanto um claro problema de participação e legitimidade. Essa representação, conforme afirmado pelo autor, mais aliena o grupo protegido do que representa seus interesses. A representação adequada aos litígios estruturais não pode ser simplesmente “*ope legis*”, o controle de legitimação deve ser feito pelo juiz, não por meio de uma avaliação legislativa-abstrata, mas fruto de um exame da legítima capacidade representativa. Nesse sentido cabe esclarecer o ressaltado por Picoli:

Não se olvida que o exame da representatividade adequada dos legitimados coletivos não encontra previsão expressa na legislação infraconstitucional. Essa lacuna legislativa, porém, não inviabiliza sua recepção pelo sistema pátrio – pelo contrário, o exame da representatividade adequada dos legitimados coletivos se impõe em razão da própria garantia constitucional do devido processo legal.¹⁶⁷

Portanto, em razão da causalidade complexa da violação do direito fundamental, bem como da impossibilidade de determinação exata dos afetados e diante da grande quantidade de

¹⁶⁶ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Op. Cit. p.4.

¹⁶⁷ PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 73.

imbricação de interesses, o processo estrutural não pode ser fechado, de forma que apenas o autor e o réu, e no máximo um terceiro, possam ser considerados com interesse processual para compor os polos da ação estrutural. Pelo contrário, deve garantir a ampla participação dos interessados e o necessário ambiente para negociação.

O ambiente para negociação é fundamental. Uma vez que em litígios estruturais há uma coexistência de interesses distintos que podem não estar alinhados ou serem antagônicos entre si, a pluralização de representação é o que possibilitará a adequada negociação. Nesse sentido cabe ressaltar que:

Não obstante, nem sempre é viável um acordo entre os interessados ou, ainda que haja, uma concordância de todos em relação a tudo. Por um lado, é possível fazer a diferenciação entre não haver reconhecimento pelos alegados violadores dos direitos, desde logo, quanto à imputação de responsabilidade e, posteriormente, existir maior diálogo e negociação na fase de fixação de parâmetros e medidas a serem adotados para alterar a situação concreta. Nesse sentido, pode ser proferida uma decisão judicial fixando a responsabilidade, que desestabiliza o arranjo atual das coisas, partindo-se para a negociação, já que assente a necessidade de que algo seja feito e que o seja por determinados sujeitos ou organizações, e traçando-se o que o direito violado concretamente significará e como será realizado.¹⁶⁸

2.3.2 *Foco nos resultados*

Conforme já mencionado a visão prospectiva é um marco dos litígios estruturais. Essa racionalidade foca na resolução de problemas e não na mera punição do violador do direito. O processo estrutural precisa fazer com que seja possível a desestabilização da instituição para que se construa a resposta necessária, para tanto é preciso que se adeque a uma lógica que privilegie o experimentalismo de soluções. Há, portanto uma flexibilização dos meios para que se chegue a um determinado objetivo pretendido.

Nesse sentido, o objetivo do processo estrutural não é a sentença como o momento em que se diz o direito. Ferraro defende que há duas situações plausíveis ao foco nos resultados. A primeira pela qual se chega a uma decisão, de caráter genérico, que gere a desestabilização da instituição; e a segunda em que haverá uma sequência de decisões, com prévias discussões, com o estabelecimento de objetivos e meios para alcançá-los.¹⁶⁹

Gera-se um ciclo de decisões, que, como já foi exposta, é chamado por Owen Fiss de “provimento em cascata”. A flexibilização está justamente na compreensão de que os problemas serão enfrentados conforme forem se apresentando, de forma que as soluções passam a ser testadas, sendo possível a sua readequação a novidades factuais que surjam. O processo estrutural precisa ser eficiente não só na viabilização da produção dessas decisões bem como

¹⁶⁸FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015, p. 132.

¹⁶⁹Ibid.

na garantia de meios para a fiscalização e controle da realização dessas decisões por parte da instituição na qual a atuação judicial está em curso.

Ressalta-se que a defesa da flexibilização do processo não implica deixar de lado valores processuais e normas protetivas, pelo contrário, reafirma-se esses valores e essas normas e busca-se uma adequação da flexibilização com os mesmos de forma que o processo cumpra com sua razão de ser: oferecer uma adequada ferramenta para a tutela de direitos.

2.3.3 *Transparência e publicidade*

A proposta experimentalista só é legítima se baseada na transparência e publicidade, sendo esses fatores indispensáveis à observação do devido processo legal. Destarte, não apenas as decisões devem ser publicizadas, mas também os resultados a serem alcançados e os critérios que serão utilizados quando da fiscalização. Isso possibilitará a *accountability* dos envolvidos e a garantia de que todos os interesses representados estão sendo adequadamente tratados no processo. Diante disso fica clara a impossibilidade do “segredo de justiça”, por exemplo. Obviamente diante de situações específicas e como intuito de proteger direitos é possível que se confira sigilo a alguns documentos ou informações, mas isso não pode ser feito com todo o processo. Para garantia da transparência e publicidade:

São necessárias a utilização e a criação de mecanismos que possibilitem a maior expansão da publicidade do processo. Não basta, nesse sentido, haver a possibilidade de o andamento processual ser consultado na internet ou os autos serem acessíveis, em cartório, secretaria ou plataforma eletrônica. Deve ser publicizada a existência do processo, bem como o que nele é debatido e decidido ou acordado. Podem ser úteis, para isso, campanhas de divulgação, com cooperação de órgãos públicos e entidades privadas, e a criação de websites específicos (...) além de audiências públicas periódicas ou para publicizar e debater questões determinadas ¹⁷⁰

¹⁷⁰ Ibd, p. 139.

CAPÍTULO 3. PROCEDIMENTOS E ATUALIDADE

Como observado da leitura do capítulo anterior, os objetivos do Processo Estrutural são extremamente ambiciosos e justamente por isso mostra-se tão difícil o desenvolvimento de um procedimento adequado. Como o foco desse trabalho é justamente ressaltar os entendimentos consolidados que precisam ser resignificados a fim de que o Processo Estrutural seja possível, será proposta nesse capítulo a reinterpretação do Princípio da Demanda, bem como da Preclusão, da coisa julgada e da estabilização. Com o mesmo objetivo, será demonstrada a importância da oralidade e as possíveis formas do juiz atuar nesse processo.

Neste capítulo também será evidenciado como a questão do Processo Estrutural tem sido tratada atualmente pelo legislativo através da análise do projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014 e do projeto de lei do Senado Federal n. 736/2015. A importância desses projetos reside no fato da questão estar sendo tratada com o intuito de criação de lei própria ao procedimento estrutural. Além disso, demonstra também outras formas de tratativa do judiciário brasileiro para com esses litígios: o Estado de Coisa Inconstitucional, e o Compromisso Significativo.

3.1 Superação paradigmática de questões processuais

A demanda material não pode resultar na proposital ignorância dos valores processuais, mas deve fazer com que eles sejam analisados minuciosamente. Dessa forma, as garantias processuais não podem ser afastadas, mas precisam ser adequadas as necessidades do direito material. Nesse sentido, o processo direcionado ao tratamento de litígios estruturais precisa passar pela superação de paradigmas do processo clássico e pela criação de procedimentos processuais que garantam ao juiz, as partes e a sociedade o trato cômsona das complexidades que envolvem tais questões.

3.1.1 Reinterpretação do Princípio da Demanda

O princípio da demanda pode ser entendido como aquele que estabelece a vinculação entre o pedido formulado pelas partes e a atuação/decisão do juiz. Trata-se, portanto de elemento essencial à jurisdição por delimitá-la, pois uma vez estabelecida a demanda, há a determinação do objeto do processo e sua estabilização. Essa premissa, que segue respondendo às necessidades do processo clássico, que trata predominantemente de direitos privados e

disponíveis dentro de litígios bipolares que requerem do magistrado uma imparcialidade, não se adéqua às dificuldades impostas ao processo estrutural.

O processo estrutural precisa lidar com violações complexas e em curso, esse fato por si só já demonstrar a inviabilidade de, ao início do processo, as partes delimitarem sua pretensão, pois o próprio decurso do tempo vai revelar outras situações que precisarão da atuação do judiciário. É necessária uma inversão lógica que encare a necessidade dos litígios estruturais de forma a compreender que o objeto do processo só será de fato conhecido e verificado *a posteriori*, após a discussão entre as partes e todo o trajeto de negociação. Nesse sentido a petição inicial contará apenas com um esboço da demanda.

A reinterpretação desse princípio e a superação do seu entendimento aos moldes do processo clássico é indispensável às particularidades dos litígios estruturais. A interpretação da demanda estabelecida *a posteriori* se ajusta melhor à dinâmica dos litígios estruturais e acarretará na reinterpretação de outros aspectos processuais como a correlação entre demanda e sentença, a ideia de um pedido certo e o pressuposto esgotamento da cognição com a sentença. Quanto à reinterpretação do princípio da demanda:

A releitura da demanda, pois, aqui representa a inversão da lógica clássica segundo a qual o objeto é conhecido e plenamente delineado a priori. Um processo estrutural, em regra, se iniciará com um esboço do intento reformatório, focado sobretudo na lesão de direitos que se objetiva impedir ou reparar, e cujo objeto será construído a posteriori e continuamente, conforme a dinamicidade do litígio.¹⁷¹

3.1.2 Reinterpretação do Princípio da Preclusão, coisa julgada e da estabilização

Decisões estruturais refletem apenas uma das inúmeras possibilidades viáveis para cessar a violação de direitos fundamentais. São decisões de essência instrumental que tem por objetivo a proteção do valor constitucional ameaçado, elas refletem uma escolha em um campo de discricionariedade e não a uma mera subsunção da norma ao caso concreto. Diante da complexidade desses litígios é impossível que se exija o colhimento exato das providências necessárias ao objetivo do processo estrutural. Destarte, tem-se como possíveis resultados dessa escolha discricionária a persistência do estado de coisas violador, ainda que com uma nova roupagem.

Diante desse cenário um sistema rígido de preclusão também seria inadequado aos litígios estruturais vez que as mediadas a serem adotadas passam por constante reformulação em

¹⁷¹PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 78.

decorrência da fiscalização dos resultados que estão sendo produzidos. A reinterpretção do princípio da preclusão é necessária também em razão do fato de que a causa de pedir e o próprio pedido são construídos e reconstruídos ao longo do processo.

Também a ideia da coisa julgada a partir do entendimento clássico se demonstrará prejudicada, vez que a necessidade das decisões em cascata inviabiliza a concepção de uma solução definitiva e imutável. O que se pode conceber em sede de litígios estruturais é o estabelecimento de objetivos que caracterizarão metas parciais a serem alcançadas¹⁷². Fica evidente também a impossibilidade de que uma demanda ganhe a estabilidade do processo clássico.

3.1.3 A importância da oralidade

Não obstante o princípio da oralidade vigore no processo clássico, na prática, preponderam-se os atos escritos. Esse é mais um fator que não se adéqua às necessidades de participação dinâmica exigidas pelos litígios estruturais. Há, portanto uma necessidade de retorno à oralidade com o intuito de simplificação do procedimento e promoção de uma maior aproximação da realidade. Tal necessidade pauta-se em diversas características dos litígios estruturais, destaca-se aqui: a polaridade de partes e a necessidade de democratização do próprio processo. Nesse sentido, a oralidade torna-se essencial de forma que as audiências passam a ter grande destaque nos processos estruturais.¹⁷³

Com o intuito de facilitar o entendimento da importância das audiências de acordo com a sua finalidade, Ricardo Lorenzetti¹⁷⁴ divide-as da seguinte maneira: a) audiências informativas, que tem por objetivo o aumento da quantidade de informações que embasarão a tomada de decisão; b) audiências de constituição da relação processual, que visa o estabelecimento dos atores e demandados no processo estrutural; e c) audiências ordenatórias, possuem grande importância uma vez que é nelas que são traçadas as estratégias de organização, e fixação de parâmetros de tramitação.

As audiências, por terem caráter participativo, conferem ao processo um viés mais democrático, possibilitam um ambiente favorável à negociação e são o meio para a obtenção das necessárias informações que embasarão as diversas decisões necessárias à resolução do

¹⁷² VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 568-569.

¹⁷³ FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015, p. 170.

¹⁷⁴ LORENZETTI, R. L. **Justicia colectiva**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 238.

conflito. Além disso, também possibilitam a publicidade do processo estrutural e o maior contato entre as partes, o juiz e o próprio objeto do litígio.

3.1.4 As possíveis condutas do juiz

O juiz é peça fundamental na resolução de um litígio. Dentro da lógica clássica processual sua atuação é pautada por diversos princípios, entre eles o princípio da imparcialidade, que é condição de validade do processo. No entanto esse posicionamento imparcial também não se adéqua às necessidades dos litígios estruturais.

Ao tratar das estratégias de desenvolvimento do processo estrutural, Picoli propôs três modelos desse tipo de processo baseados nas possíveis condutas do juiz: impositivo, deferente e deliberativo¹⁷⁵. O modelo impositivo traz o juiz para o centro do processo, sendo ele o responsável por proferir a decisão com a medida estruturante a ser adotada pela instituição violadora do direito tutelado. Dentro desse modelo, essa medida é estabelecida pelo livre convencimento do juiz de acordo com suas percepções do caso, com no máximo o auxílio de um *expert* no assunto. As informações necessárias à decisão são buscadas pelo próprio magistrado que se aproxima de um administrador judicial, na medida que passa a atuar com funções ativistas e gerenciais.¹⁷⁶

O autor traz como vantagens das estratégias impositivas: a redução da complexidade do processo mediante a simplificação de procedimentos; a superação de possíveis indisposições entre os envolvidos; o claro estabelecimento de um plano de ação o que facilita o controle de seu cumprimento; a prevalência do compromisso do juiz para com a proteção do direito tutelado. Como principais prejuízos são destacados: a falta de capacidade institucional para decidir adequadamente; a considerável redução dos interessados no litígio estrutural; a reunião na figura do juiz das funções de desenvolver e fiscalizar o plano de reestruturação da instituição o que causa riscos à necessidade de imparcialidade quando da análise de resultados.¹⁷⁷

Na estratégia deferente as partes são as protagonistas no processo estrutural de forma que lhes cabe a implementação da reforma, mediante a formulação do plano de ação de reestruturação à própria instituição violadora ou através da adoção de acordos celebrados entre instituições e grupos afetados. O lado positivo desse modelo é que o juiz inicialmente apenas sugere de forma genérica medidas possíveis ficando à cargo das instituições apresentarem o

¹⁷⁵ PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 86.

¹⁷⁶ Ibid

¹⁷⁷Ibid.p.87.

próprio plano de ação o que facilita com que esse plano seja cumprido. O juiz atua como um mediador que tem interesse em resolver o litígio através do diálogo. Por sua vez, nos acordos coletivos, a função do juiz é a mesma, o de facilitador do debate.¹⁷⁸

Tem-se como principais vantagens: a superação de obstáculos como a legitimidade e a capacidade institucional do órgão jurisdicional; a redução dos custos para celebração da solução e o aumento da celeridade do processo; há também uma diminuição do desgaste da imagem pública das instituições. Já como principais obstáculos a modelo o autor destaca: a difícil cooperação das partes; a possibilidade de que a instituição não esteja comprometida em cessar a violação; a dificuldade gerada quando não existe interesse na autocomposição das partes; por fim há uma limitação do juiz em avaliar as medidas propostas uma vez que desconhece as razões que determinaram sua adoção.

A estratégia deliberativa por sua vez, tem o objetivo de fomentar o diálogo. Há uma centralidade no juiz para a construção da tutela, delimitando as questões relevantes, dirigindo a atividade probatória e promovendo a participação dos grupos afetados. O objetivo é a elaboração de uma decisão pautada no máximo consenso marcada pela maior participação do juiz no cotidiano da instituição. As principais vantagens segundo o autor são: o modelo privilegia a legitimidade democrática por potencializar tanto a participação ampla das instituições quanto o empoderamento da sociedade que além de participar da decisão controla o cumprimento e a eficiência da mesma; eventual assimetria na capacidade institucional da Corte é suplementada pelo diálogo e participação das partes. A principal desvantagem destacada foi: o aumento de recursos quando comparado com os dois modelos, em razão da necessidade mais tempo e dinheiro público e privado empregado para possibilitar que mais agentes estejam envolvidos na formulação e controle das medidas adotadas.¹⁷⁹

Fica evidente diante de tudo que foi apresentado a inadequação do processo aos moldes clássicos bem como a necessidade de que se proponha um novo processo para tratar de litígios estruturais. O processo estrutural voltado a resolução de litígios complexos através da reestruturação da instituição social, pública ou privada, cujas ações ou omissões violem valores constitucionais precisa ser pautado na construção interativa do plano de ação de reestruturação, contando com a adequada representação e participação promovidas dentro de um ambiente apto à negociação. O foco desse processo precisa estar constantemente nos resultados e cada um de seus procedimentos deve ser marcado pela transparência e publicidade.

¹⁷⁸ Ibid.p. 88.

¹⁷⁹Ibid. p.91.

Foram trazidos nesse capítulo diversos posicionamentos doutrinários quanto à atuação do judiciário. No que diz respeito à adoção de um modelo fraco ou forte, entende-se que o processo estrutural deve ser desenvolvido levando-se em consideração o modelo fraco e o modelo forte. A argumentação trabalhada até o momento faz com que se conclua que a complexidade dos litígios estruturais possibilita e exige que haja diversas fases processuais, com diferentes atuações judiciais.

Inicialmente o processo estrutural deve ser pautado em uma atuação mais fraca do judiciário que deve agir como um incentivador do diálogo dando liberdade às partes para decidirem o plano de ação de reestruturação da instituição violadora, bem como garantindo a liberdade de fiscalização de aplicação desse plano. Nesse momento inicial o juiz atuará mais como mediador e possibilitador do ambiente de negociação, fazendo o juízo das partes legitimadas para garantir uma adequada representação. Caberá a ele também, tanto através de sua convicção, quanto através do auxílio prestado pelas partes e *experts* quando do fornecimento de informações, o juízo de adequação quanto ao plano de ação apresentado e as reais necessidades a serem observadas para que se finde o estado de violação.

Em um segundo momento, caso o magistrado observe que não está havendo interesse da instituição em resolver o litígio, ou perceba que o plano anteriormente homologado não está sendo cumprido, será adotada uma atuação mais forte e impositiva, com o intuito de garantir o cessamento da violação do direito. A discussão quanto aos modelos fracos e fortes de atuação, bem como as pertinentes às possíveis estratégias de atuação dos juízes costumam ser pautadas em possibilidades que são tratadas de forma excludente. No entanto, como ficou demonstrado com relação à atuação forte e fraca, o processo estrutural exige reações diferentes de acordo com o cumprimento ou não do que foi determinado. Portanto, os modelos de atuação do juiz não se excluem, precisam apenas de adequação ao momento processual que deve ser motivado na justa medida do cumprimento ou descumprimento da cessação da violação.

3.2 A execução das decisões estruturais

Falar em execução das ordens estruturantes é outro grande desafio. Primeiramente porque é necessária a superação de mais um entendimento processual já há muito sedimentado: a lógica das fases processuais bem delimitadas, com destaque aqui para a fase de conhecimento e de execução. Outro problema a ser enfrentado são os métodos de coerção possíveis ao judiciário para garantir o cumprimento de uma decisão estrutural.

Quanto às fases do processo, o Código de Processo Civil de 2015 continua adotando a lógica de fases bem definidas do processo, com sistemática de cumprimento de sentença mantida. Admite-se que houve avanços interessantes como as “sentenças parciais” e o “julgamento antecipado do mérito”, ainda assim os avanços não são suficientes para adequar a lógica estrutural. Ocorre que, como já demonstrado, a cognição nos litígios estruturais dá-se por parcelas não sendo possível a aplicação do binômio condenação/execução.¹⁸⁰

O processo estrutural obedece a uma lógica de aprendizagem contínua, onde é possível que se redefina os objetivos traçados anteriormente de forma a privilegiar a efetivação do direito fundamental. Para lidar com litígios estruturais os tribunais precisam conservar sua competência prolatando novas decisões de acordo com os avanços da primeira decisão, que tem por intuito desestruturar a instituição violadora.

É impossível encaixar a lógica experimentalista do Processo Estrutural no sedimentado entendimento de que só pode haver execução após a cognição exauriente. A sentença estrutural precisa ser enxergada como o contínuo compromisso judicial na garantia do cumprimento de suas decisões. Nesse sentido Ferraro afirma:

É sabido que conhecimento e execução são atividades que podem ser desempenhadas ao longo do processo, e, de modo geral, não é viável que haja ou deva haver uma nítida separação, isto é, que cada uma tenha seu “momento próprio” nos litígios estruturais. Entrelaçam-se. O cenário é mais dinâmico e o uso de cada uma dessas atividades deve acompanhar a dinamicidade, caso não se queira que o resultado visado seja ineficaz ou, até mesmo, acabe trazendo problemas ainda maiores. Assim, havendo uma sentença no processo coletivo-estrutural, ela não adquire seu significado clássico. É ela, como repetido diversas vezes ao longo deste trabalho, o “pontapé inicial”, com, posteriormente, diferentes ciclos de decisões ou negociações.¹⁸¹

No contexto da lógica experimentalista o ambiente dialógico deve proporcionar a necessária negociação a fim de que se desenvolva, de forma conjunta, tanto os objetivos a serem alcançados quanto os procedimentos e critérios de avaliação e revisão de resultados. Mas nem sempre esse ambiente colaborativo será alcançado, é nesse momento que o juiz deixa de lado a atuação como mediador e facilitador do debate e passa a atuar de forma mais incisiva. O problema que surge é: quais os meios coercitivos que estão disponíveis ao judiciário para fazer cumprir sua decisão impedindo que essas não se convertam em mera declaração simbólica de descumprimento de um direito fundamental?

¹⁸⁰ FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015, p.177.

¹⁸¹ Ibid.p.186.

A efetividade da decisão estrutural exige um monitoramento constante, para tanto é necessário que se criem comissões de monitoramento responsáveis por reportar ao tribunal a progressão da execução. Pelo mundo há diversas formas de garantir a efetividade das decisões estruturais. Na Colômbia a fiscalização se dá por meio dos chamados “autos de acompanhamento” e das audiências públicas. Na Índia a Suprema Corte cria a Comissões para controlar suas ordens. Nos Estados Unidos as decisões tinham um controle permanente de execução e eram acompanhadas de uma maior coercitividade. O descumprimento de decisões acarretava em penalidade como o pagamento de multas, a criação de impostos para gerar a renda necessária para a implantação da decisão e até prisões de entes administrativos.¹⁸²

No Brasil não há respaldo legal para esse tipo de coerção, os tribunais não podem determinar prisão civil por dívida ou por descumprimento de decisão judicial. Por sua vez a determinação de criação de impostos e contratação de funcionários seria claramente inconstitucional. Marcos Félix Jobim¹⁸³ trás como meios coercitivos para decisões estruturais no Brasil as astreintes, que servem para proteger a autoridade dos magistrados e das decisões judiciais, e a nomeação de interventores judiciais.

No entanto, a doutrina nacional tece duras críticas ao uso das astreintes contra órgãos estatais e gestores. Uma vez que os litígios estruturais possuem origem complexa de difícil identificação do real culpado pela violação do direito, fica-se evidente a dificuldade jurídica de se responsabilizar um gestor específico. Além disso, a jurisprudência brasileira demonstra um longo descumprimento de decisões que fixaram astreintes até que houvesse considerável diminuição judicial do valor ora estabelecido. Nesse sentido:

O pagamento de multa aplicada aos órgãos estatais tem sido medida em geral ineficaz ou ao menos de adequação duvidosa, pois além de esbarrar em resistência ao seu cumprimento (eventualmente superável por bloqueio ou por recursos públicos), implica em mais uma esfera de oneração do mesmo contribuinte- cidadão que carece de proteção pelo Estado, restando saber de onde serão retirados tais recursos e quais rubricas que serão impactadas com isso.¹⁸⁴

Há um justo receio quanto ao uso das medidas coercitivas. Elas de fato precisam ser aplicadas com cautela e em casos excepcionais de forma compatível com o ordenamento

¹⁸²PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais – Legitimidades democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.94

¹⁸³JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes – Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 2013.

¹⁸⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional**. Op. Cit. p. 229

jurídico. No entanto, ainda que se priorize o diálogo é necessário que se pense, para o Processo Estrutural, medidas mais eficazes de coerção, pois é ilusório acreditar que casos tão complexos, com imbricação de interesses, simplesmente se resolverão com negociação e boa vontade das partes. Como defendido, existem fases processuais nas quais é possível uma atuação mais fraca do judiciário, no entanto, diante da continuidade da violação respostas mais incisivas são necessárias.

3.3 O Estado de Coisa Inconstitucional e o Compromisso Significativo

Diante de todo o apresentado até o momento percebe-se que o entendimento adotado é o de que é realmente necessário um novo procedimento para lidar com os litígios estruturais. Mas o fato é que o judiciário já atua há anos. Surge então o questionamento sobre quais vias vem sendo adotadas e em qual medida elas não estão respondendo adequadamente ao problema. No quadro abaixo foi esquematizado as principais ações trazidas por Ferraro¹⁸⁵, bem como os pontos positivos e negativos de cada uma, quando relacionadas litígios estruturais, ressaltados pela autora:

Ação	Pontos Positivos	Pontos Negativos
Ação Civil Pública	Já é o meio mais utilizado para atuação jurisdicional estrutural. Apresenta-se mediante diferentes procedimentos e de forma flexibilizada.	Ainda segue a lógica do processo clássico ¹⁸⁶ . Apresenta sérios problemas de legitimidade dos representantes do grupo representado.
Ações de Controle Principal de Constitucionalidade	Por serem decisões do Supremo Tribunal Federal podem desencadear no ajuizamento de diversas ações ordinárias de cunho estrutural.	Muitas vezes possuem caráter meramente declaratório.
Ação Civil Ordinária	Pode ser priorizada a postura dialógica sem emprego da lógica bipolar ¹⁸⁷ .	Ainda segue a lógica do processo clássico.

¹⁸⁵FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. p. 165.

¹⁸⁶Processo Clássico é a nomenclatura adotada nesse trabalho e não é utilizada pela autora.

¹⁸⁷A autora cita a Ação Civil Originária 2536. “O Ministro Luiz Fux designou desde logo uma “audiência inaugural de mediação”, considerando, conforme consignado na decisão monocrática proferida em 03/11/2014, “imprescindível diálogo propositivo entre os estados da federação diretamente afetados pelo problema, especialmente porque todos os entes envolvidos buscam um mesmo objetivo: a melhor maneira de fornecer água para as suas populações”. Ademais, foi determinado que houvesse comunicação à Presidência do Supremo, “com

Mandado de Segurança	Funciona bem para os casos de inegável violação do direito;	Procedimento pautado na celeridade e na prova pré-constituída, o que pode dificultar a necessária flexibilização.
<i>Habeas Corpus</i> Coletivo (HC119.753,STF)	Mecanismo interessante para iniciar a discussão sobre problemas estruturais do sistema carcerário.	A viabilidade desse meio já foi questionada pelo Ministro Luiz Fux já na liminar.

Há que se ressaltar também uma técnica relativamente recente que tem sido utilizada no cenário nacional para tratar dos litígios estruturais: o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Diante do entendimento de que esse tipo de litígio está relacionado a omissões estruturais que acarretam na violação de direitos fundamentais o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo um “estado de coisa inconstitucional” e além do tradicional controle de constitucionalidade vem promovendo um controle de efetividade das normas.

O primeiro julgado brasileiro que adotou esse entendimento foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 que, na esteira da jurisprudência comparada, decretou o estado de inconstitucionalidade dos presídios brasileiros. Pode-se compreender o estado de coisas inconstitucional como:

a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais rígidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. O ECI anda lado a lado com as sentenças estruturais¹⁸⁸

Andrade Silva¹⁸⁹ ao analisar a ADPF nº 347 alega que houve uma excessiva judicialização por parte do STF vez que a Corte não só declarou a violação estrutural setorial

o propósito exclusivo de que possa avaliar a conveniência de criação de um órgão na estrutura desta Corte, à semelhança do que já ocorre em tribunais estrangeiros, com o escopo precípua de propiciar um ambiente de diálogo e mediação entre os litigantes quando se estiver diante de questões de elevada envergadura, tal como na hipótese de graves conflitos entre os entes da federação”. FERRARO, Op. Cit. p.165-167.

¹⁸⁹CAMPOS, apud SILVA, Iúri, 2019, p. 5. SILVA, Iúri Daniel Andrade de. **Estado de Coisa Inconstitucional, Litígios estruturais e Compromisso Significativo: uma análise à luz do modelo processual colaborativo**. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/dialogos/article/view/627>

que acarretou graves violações a direitos fundamentais, mas também determinou ao administrador em caráter mandamental, a adoção de medidas com repercussão direta no orçamento. Segundo o autor esse tipo de atuação do judiciário pode, a longo prazo, “desestruturar o próprio sistema de consagração de direitos, transformando o legítimo discurso dos direitos fundamentais em hipertrofia da jurisdição constitucional”¹⁹⁰

Como alternativa a essa atuação, o autor traz o modelo do Compromisso Significativo, alternativa que surgiu na África do Sul e mostrou-se como uma opção conciliadora, já que através dela o Juiz declara a existência de uma omissão institucional, mas ao invés de prolatar decisões mandamentais já de início, entrega às partes litigantes o dever de construção planejada de solução. Ronaldo Jorge Araujo Vieira Júnior descreve que, no caso *Olivia Road*:

mais de 400 (quatrocentos) ocupantes de prédios na Cidade de Johannesburgo se voltaram contra a desocupação ordenada pela Cidade, que alegava razões de segurança e de saúde. A Corte emitiu ordem provisória para a Cidade e os ocupantes se comprometerem significativamente em: i) resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição; ii) aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis; e iii) reportar os resultados do compromisso. (...) Tanto em *Olivia Road* como em *Joe Slovo*, os resultados do acordo foram satisfatórios e demandaram graus distintos de fiscalização por parte do Poder Judiciário.¹⁹¹

Percebe-se que de fato a atuação do STF aos moldes da ADPF nº 347, que reconhece o estado de inconstitucionalidade e já adota medidas de caráter mandamental não se adéqua ao que vem sendo defendido até aqui, uma vez que deixa de fora do debate aqueles que de fato estão tendo seus direitos mitigados e intervém diretamente na administração pública sem dar a ela a oportunidade de um diálogo institucional que possibilite a correção da violação. Existe uma subversão da democracia nesse tipo de atuação.

Já no que diz respeito ao Compromisso Significativo ficou evidente que aqui privilegia-se o entendimento de que a negociação e o dever dialógico são justamente os fatores que garantem a legitimidade do judiciário para intervir em estruturas sociais complexas, como as políticas públicas. No entanto, questiona-se como o Judiciário atuaria casos os resultados dos acordos não se demonstrassem satisfatórios. Reafirma-se o entendimento de que esse tipo de “atuação fraca” deve sim ser a primeira forma de abordagem, mas não a única.

¹⁹⁰Ibid. p. 7.

¹⁹¹VIEIRA JUNIOR apud SILVA, Iúri, 2019, p. 8. SILVA, Iúri Daniel Andrade de. **Estado de Coisa Inconstitucional, Litígios estruturais e Compromisso Significativo: uma análise à luz do modelo processual colaborativo**. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/dialogos/article/view/627>.

3.4 Movimentações no Legislativo

Diante da construção doutrinária e jurisprudencial que consubstancia a atuação do judiciário nos litígios estruturais, tem surgido no Legislativo projetos de lei voltados para o Processo Estrutural. Apresentar-se-á aqui dois deles: o projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014 e o projeto de lei do Senado Federal n. 736/2015, ambos criticados¹⁹² pela Advogada Juliana Patrício da Paixão¹⁹³.

O projeto de lei da Câmara dos Deputados foi fruto do trabalho do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e propõe a regulamento do processo estrutural voltado para a solução de conflitos públicos com foco no controle jurisdicional de políticas públicas. Ao analisar o projeto de lei, que foi elaborado antes da decisão do STF que possibilita o reconhecimento do estado de coisa inconstitucional, a advogada ressalta como pontos positivos a existência de um artigo que tangencia a prorrogação da jurisdição e o fato das autoridades públicas estarem vinculadas ao processo devendo buscar a efetividade dos direitos fundamentais e estando passíveis de multas pessoais.

O ponto central da crítica reside no fato de não haver especificação do estado de coisa inconstitucional como espécie do gênero processo estrutural. A advogada afirma que o projeto passou por atualizações em 2017, com sugestão de substitutivo, mas seguiu sem observar o estado de coisa inconstitucional.

Por sua vez, o projeto de lei do Senado visa a alteração das Leis nº 9.882/1999, e 13.105/2015, com o intuito de estabelecer os limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e dispor sobre o estado de coisa inconstitucional e o compromisso significativo. O reconhecimento do estado de coisa inconstitucional e o compromisso significativo são justamente os pontos positivos trazidos por Paixão. Mas para a autora o projeto é omissivo no que diz respeito à prorrogação da

¹⁹² PAIXÃO, Juliana Patrício da Paixão. **Comentários ao projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014 e ao Projeto de Lei do Senado Federal n. 736/2015: O Estado de Coisas Inconstitucional e a Prorrogação da Jurisdição em processo estrutural.** Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/721>

¹⁹³ Advogada. Autora do livro “Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore”, publicado pela Editora Lumen Juris. Mestranda em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduada em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Pós-graduada em Gestão Urbana e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). E-mail: julianapaixoadv@hotmail.com Grupo de pesquisa sobre Estado de Coisas Inconstitucional no PPGDC.

jurisdição no estado de coisas inconstitucional e impõe muitos limites severos para que seja possível se reconhecimento.

A advogada é uma defensora do reconhecimento legislativo do estado de coisa inconstitucional. Tal reconhecimento mostra-se interessante e pode servir de “pontapé” inicial para a atuação do judiciário nos litígios estruturais, mas como já afirmado, o reconhecimento não pode ser apenas isso, no sentido de que o mero reconhecimento da violação sistêmica de um direito fundamental de nada vale. Mas também não pode ser seguido de medidas mandamentais do judiciário.

Esses dois exemplos demonstram que a discussão acerca de um processo estrutural já ultrapassou as doutrinas jurídicas e vem ganhando cada vez mais espaço como tema de projeto de lei. Nesse sentido cabe ainda esclarecer que não foi o intuito desse trabalho oferecer um modelo de Processo Estrutural, entende-se que para fazê-lo seria necessária uma pesquisa muito mais profunda e um maior conhecimento da realidade do judiciário em diversos âmbitos.

Ainda que não se busque oferecer um modelo, demonstrou-se a necessidade de elaboração do Processo Estrutural como via adequada à resolução de litígios estruturais. Quanto a esse modelo é importante fazer uma última ressalva. Percebeu-se que existe uma polarização forte da doutrina quanto ao assunto. Há os defensores ferrenhos de uma atuação fraca e outros de uma atuação forte. O mesmo se nota quanto aos entendimentos relacionados ao processo. Há os que defendem que não há a necessidade um novo processo e que a mera adequação dos meios existentes seria suficiente e outros que entendem por um processo totalmente flexível.

De fato defendeu-se aqui uma flexibilidade, porém essa flexibilidade deve ser na justa proporção entre as necessidades dos litígios estruturais e a observação do Princípio do Devido Processo Legal e o Princípio da Segurança Jurídica. Nesse sentido, a crítica que se tece é voltada pelo modelo oferecido por Ferraro, por exemplo, que, apesar de embasar muito bem seu posicionamento, defende que sejam disponibilizadas técnicas processuais que não se apeguem a um modelo pré-fixado. Para a autora, a prefixação e rigidez procedimentais se mostram imprestáveis a uma adequada tutela jurisdicional. O melhor seria a adoção de técnicas processuais moldadas caso a caso que possibilite a construção de um procedimento funcional.¹⁹⁴

¹⁹⁴ FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. p. 167.

Seria de fato muito interessante essa construção procedimental casuística, mas a realidade do judiciário brasileiro não se adéqua a esse tipo de procedimento. Ainda que se entenda a necessidade de fortalecimento de laços entre o direito material e o processual há de se reconhecer o histórico autoritário do poder judiciário de forma que a pré-existência de um procedimento a ser seguido é justamente o que protege as parte. Um procedimento pré-estabelecido é uma proteção necessária às partes tanto com relação ao julgador quanto na relação entre si.

Há que se desenvolver, portanto um Processo Estrutural que seja flexível o suficiente para atender às necessidades dos litígios estruturais e rígido o suficiente para atender aos requisitos do devido processo legal e da segurança jurídica, afim de que se evite que além do complexo problema de direito material os litigantes se vejam imersos em uma indefinição procedimental que agravará ainda mais a situação e as tensões.

3.5 Os benefícios do Processo Estrutural

A implementação da tutela jurisdicional estrutural mostra-se um grande desafio que requer uma mudança no pensamento jurídico com a superação de diversos paradigmas a muito consolidados. Além disso, requer a compreensão de que haverá custos econômicos, culturais e institucionais. Requer também um grande diálogo institucional para compreender que as funções do Estado são repartidas com o intuito maior de proteção e efetivação dos direitos humanos e da sociedade.

Retomam-se então os problemas relacionados à atuação do Poder Judiciário em estruturas complexas: a afronta ao princípio da separação de poderes, a falta de legitimidade democrática, a falta de capacidade institucional e os efeitos antidemocráticos. Com relação à separação de poderes o problema é que surja um Judiciário autoritário em auto impositor aos outros poderes; a falta de legitimidade democrática vem do medo de que decisões tão sensíveis à sociedade sejam tomadas por um poder com menos identificação popular; a falta de capacidade institucional seria resultado de limitações relacionadas ao tempo, quantidade de informações e expertise do juiz; e os efeitos antidemocráticos também seriam fruto de um judiciário que impõe sua decisão.

Voltou-se a esse aspecto antes de abordar os principais benefícios do Processo Estrutural para reafirmar que o Judiciário pode atuar nesses litígios vez que toda essa argumentação contrária torna-se obsoleta se houver um comprometimento com o diálogo. A legitimidade do Judiciário não é fruto de um princípio majoritário, mas sim funda-se no próprio processo

decisório. A decisão estrutural deve ser, a priori, fruto da máxima interação entre o Poder Judiciário, a instituição público/privada que está violando sistematicamente um direito fundamental e a sociedade. O modelo deliberativo tem preferência frente aos outros.

É necessário, no entanto que depois da aplicação prioritária do modelo deliberativo, as partes compreendam que a falta de cooperação, ou medidas urgentes, exigirá do Judiciário uma postura mais dura aos moldes do modelo impositivo. A adoção desse modelo, após a tentativa das técnicas deliberativas, não pode ser encarado como interferência do judiciário ou perda da legitimidade democrática. O dever constitucional que deve ser observado é a defesa do direito fundamental de forma que esse é o objetivo do Processo Estrutural.

Diante do entendimento da possibilidade do Processo Estrutural, bem como de suas dificuldades, cabe por fim esclarecer o porquê realizar tão grande sacrifício social e institucional. Quanto aos impactos de litígios estruturais Rodríguez-Garavito e Diana Franco¹⁹⁵ destacam quatro tipos de efeitos causados pelas decisões estruturais: i. efeitos diretos instrumentais – relacionados à capacidade da sentença de moldar as condutas das partes e ser efetiva; ii. efeitos diretos simbólicos – que geram modificação da percepção pública sobre o problema de vinculação de direitos; iii. efeitos indiretos instrumentais; iv. e efeitos indiretos simbólicos. Sendo esses dois últimos todos os efeitos derivados da sentença que afetam não somente as partes do processo, mas também o resto da sociedade.

Processos Estruturais influenciam a sociedade de diversas maneiras. Obviamente que os efeitos diretos causados pela efetividade de decisões que garantam direitos fundamentais, bem como que possibilitam uma mudança de mentalidade da sociedade são efeitos em muito almejados para uma digna evolução social. Não se pode, no entanto, deixar de lado a importância dos efeitos indiretos, pois eles também são fundamentais nesse processo, vez que alteram a percepção sobre aquele direito de forma que, ainda que não se traduzam instantaneamente na mudança almejada, modificam o jogo no sentido de redefinirem suas regras através dos grupos sociais envolvidos.

Litígios estruturais promovem a modificação da percepção pública sobre a violação de direitos, incentivam que o tema seja pautado na agenda pública, promovem mobilização social, bem como a mudança de percepção relacionada à urgência e gravidade de problemas de violação estrutural e proporcionam importante superação paradigmática para institutos jurídicos e políticos. Se tratados adequadamente, esses litígios promovem o amadurecimento da

¹⁹⁵ RODRIGUEZ-GARAVIOTO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo La Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia** Op. Cit. p. 20.

sociedade através do equilíbrio das situações de poder mediante transformação gradual do aparato estatal que se põe no seu papel constitucional de garantidor de direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Essa monografia teve como preocupação central a atuação do Judiciário nos casos de violação sistêmica de direitos fundamentais. Desse fato podem surgir diversos questionamentos como, por exemplo, os seguintes: o Estado deve garantir direitos fundamentais? Se sim, essa garantia deve ser feita pela via judicial? Quais as principais críticas relacionadas à exigibilidade por essa via? O judiciário tem capacidade para garantir esses direitos? Qual a via processual adequada para tanto? O que a experiência dos últimos anos pode esclarecer?

A análise paradigmática dos modelos de Estado demonstrou que, devido às peculiaridades de sua história, a sociedade brasileira se formou com uma profunda separação entre um estamento social superior e o restante, o que justificaria o fato do país seguir em destaque nos rankings de desigualdade social e, ao mesmo tempo, figurasse entre os países com um dos maiores PIB's do mundo. Essa diferença social é uma das principais razões pela qual o Estado Brasileiro lida de forma débil com os direitos fundamentais. Soma-se a isso o longo período ditatorial e está dada a receita para a completa alienação da população a seus direitos.

A Constituição Federal de 1988 mostrou-se como marco da redemocratização e tornou-se símbolo da garantia de direitos em razão do aumento da legislação garantidora das liberdades, da constitucionalização das relações privadas, e da promoção da ideia de justiça social asseguradas pelo Estado através de políticas que garantam a igualdade formal. Tornou-se evidente o objetivo constitucional de que o Estado passasse a ter a partir dali o dever de garantir a efetividade dos direitos fundamentais no país.

Diante do claro desinteresse, por parte do Estado, no cumprimento de seu dever, a população se viu obrigada a ingressar na justiça com o intuito de cessar as violações sistêmicas que vinha sofrendo. Surge novo questionamento: O Judiciário pode garantir direitos fundamentais? Após anos de omissão sob a justificativa de que as regras constitucionais possuíam apenas caráter programático e que o judiciário não poderia intervir na esfera de atuação dos outros poderes, houve um avanço jurisprudencial e doutrinário, no sentido da possibilidade da exigibilidade judicial desses direitos. Vez que a violação de direitos fundamentais também pode se dar através de forma sistêmica requerendo uma atuação judicial que intervenha em estruturas burocráticas, optou-se por analisar o problema sob a ótica dos litígios estruturais.

Chave para compreensão desses litígios é o entendimento das principais características dessa violação: *(i)* o fato de serem dinâmicas e estarem em curso; *(ii)* nesses casos o infrator

põe-se como uma abstração e as partes afetadas são grupos; *(iii)* o foco da preocupação não são condutas específicas que inobservam direitos, mas o próprio contexto em que acontecem; *(iv)* não ganha relevância a averiguação de intenções e culpa para configurar essas espécies de violação dos direitos; *(v)* existe uma relação, que se prolonga no tempo, de dependência ou compulsoriedade entre as vítimas e as instituições; *(vi)* a causalidade é complexa.

Essas características refletem no próprio litígio estrutural que, por sua vez, se caracteriza por: *(i)* afetar um grande número de pessoas que alegam violação de seus direitos fundamentais; *(ii)* envolver vários agentes estatais, que figuram como réus da ação por serem responsáveis por falhas sistemáticas de políticas públicas; e *(iii)* abranger ordens de execuções complexas, que obrigam os administradores a implementar políticas para proteger os direitos de toda população afetada. Questiona-se então se o judiciário está apto a lidar com problemas tão complexos.

Quanto a isso se concluiu que essa não é uma questão que ainda merece ser debatida tanto quanto ainda o é, primeiramente por já estar claro que o judiciário atua nessas situações há anos. Em segundo lugar defende-se que apesar das críticas a atuação serem possíveis dentro do ambiente democrático, a Constituição, enquanto marco da escolha política do Brasil deve permanecer e precisa ser efetivada. Nesse sentido é preciso que se assimile de uma vez por todas que o judiciário tem papel imprescindível e constitucionalmente garantido na efetivação dos direitos fundamentais que demandem do Estado uma prestação positiva.

Tal papel é fruto de dois fatores: o Poder Constituinte Originário chancelou um Poder Judiciário com funções de controle dos atos dos demais Poderes o vislumbrando-o como órgão de proteção ao Estado Constitucional de Direito e estabeleceu o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Portanto, não se enxerga como viável que direitos fundamentais sigam sendo violados, ainda mais depois de serem exigidos judicialmente, sob os argumentos de “reserva do possível” ou “afronta ao princípio da separação dos três poderes”.

Depois de superada a questão do “se” o Judiciário pode atuar, passou-se a analisar o “como”. A conclusão a que se chegou é desanimadora no sentido de que a atuação judicial tem se dado ou por meio de demandas individuais ou por meio de demandas coletivas, ambos seguindo a lógica do processo aos moldes clássicos que nunca será suficiente aos litígios estruturais em razão de suas próprias características: bipolarização; ii. preocupação retrospectiva, iii. interdependência entre direito e remédio, iv. atuação episódica; v. e o controle das partes sobre o processo.

Portanto, a utilização do processo aos moldes clássicos par aos litígios estruturais é um desserviço do Judiciário que tem causado diversos problemas. Ressaltou-se o dispersamento de poder dos grupos sociais e das instituições, que por meio da tutela adequada poderiam estar se

engajando em prol de uma efetiva mudança social. A quebra da isonomia, no primeiro sentido é relacionada ao fato de que no Brasil o acesso à justiça é inversamente proporcional a hipossuficiência econômica e cultural do individual de forma que o judiciário tem garantido que não necessariamente quem mais precisa será beneficiado; e no segundo sentido trata-se de uma quebra de isonomia mais prática, através da alteração nas filas de creches e hospitais e a superlotação dessas unidades. Diante de tantos malefícios fica evidente a necessidade de superação do paradigma do processo aos moldes clássico e o desenvolvimento de um procedimento que responda adequadamente às complexidades e às necessidades dos litígios estruturais.

A esse adequado procedimento chama-se de Processo Estrutural sobre o qual a doutrina tem discutido amplamente. Aqui se defendeu que esse procedimento precisa partir de uma construção interativa; com adequada representação; com certo nível de flexibilidade; focando nos resultados; e correndo em total transparência e publicidade. Não era objetivo desse trabalho desenvolver um modelo de Processo Estrutural, mas buscou-se demonstrar o quão necessária e urgente é essa elaboração.

Ainda que não fosse o objetivo desenvolver um modelo de Processo Estrutural, entende-se que o modelo pautado na total flexibilização dos procedimentos com técnicas processuais construídas caso a caso, também não se amolda às necessidades do litígio estrutural brasileiro, vez que há de se reconhecer o histórico autoritário do poder judiciário, de forma que um procedimento pré-estabelecido é uma proteção necessária às partes tanto com relação ao julgador quanto na relação entre si. Portanto, a flexibilidade do processo estrutural deve ser na justa proporção entre as necessidades dos litígios estruturais e a observação do princípio do devido processo legal e o princípio da segurança jurídica.

Quanto à atuação do juiz, entendeu-se que inicialmente o processo estrutural deve ser pautado em uma atuação mais fraca, privilegiado-se o modelo dialógico de atuação no qual cabe ao magistrado o chamamento das partes ao debate com o intuito de que a decisão estrutural seja uma construção conjunta. Porém a complexidade desses litígios exige uma prestação judicial que atue na medida em que a cessação da violação do direito ocorre ou não. Se houver resistência em dar efetividade à decisão estruturante, uma vez que a razão de ser do processo estrutural é a proteção do direito fundamental em questão, o juiz tem o dever de adotar um posicionamento mais forte e impositivo.

A tratativa de litígios estruturais é realmente uma questão sensível, pois envolve problemas policêntricos, imbricação de interesses, causalidade complexa, embate entre instituições que compõe o Estado e o fato de ainda não existir um procedimento adequado para

lidar com eles. A discussão desenvolvida aqui tem como foco central o reconhecimento de que é preciso agir. A Constituição foi promulgada há mais de trinta anos, a defesa de direitos fundamentais precisa ser institucionalizada pelo Estado no mínimo na mesma proporção das violações que por ele são causadas.

A omissão na efetivação desses direitos impõe ao Judiciário um dever de controle efetivo diante do papel que lhe foi constitucionalmente garantido: o de proteção da Constituição como principal instrumento de defesa social que ganha vida na justa medida da concretização das suas normas. Não há como se falar em Estado Democrático de Direito sem ampla defesa das minorias, ainda que no caso essas estejam sendo assim chamadas não por questões numéricas, já que são a esmagadora maioria do país, mas sim por estarem sendo sistemática privadas de seus direitos com intuito de garantir a manutenção de privilégios da, aí sim, minoria numérica, que se torna maioria no processo de tomada de decisão política em razão da concentração de poder que tem nas mãos.

O preço da omissão do Judiciário é a não efetivação da Constituição. Não há sociedade justa sem dignidade da pessoa humana e não há outro caminho para concretização dessa dignidade que não seja pela garantia dos direitos fundamentais. Espera-se que sempre haja a superação dos paradigmas que não se prestem ao fortalecimento de uma sociedade plural, fraterna e democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Conceito – Objetivo – Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.** Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27021556_CONCEITO_OBJETIVO_DIFERENCA_ENTRE_DIREITOS_HUMANOS_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS.aspx. Acesso em: 19 de out. 2019.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório.** Create Space, 2013.

ARENHART, Sérgio; JOBIN, Marco Félix. **Processos Estruturais.** Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro.** Revista Processo. Vol. 225. 2013.

_____. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão.** Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf> Acesso em: 21 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.) Revista de direito administrativo, n. 240, Abr./Jun. 2005.

BALTHAZAR, Ricardo; FRAZ, Lucas; FRAGA, Érica; FRANCO, Bernardo; MAISONNAVE, Fabiano; MENDONÇA, Ricardo; **Tudo sobre a Ditadura Militar.** Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/especiais/2014/03/23/o-golpe-e-a-ditadura-militar/a-economia.html>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisa Inconstitucional.”** Tese (Doutorado). Universidade do estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito.** *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, mai., 1999.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil.** 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAYES, Abram. **The Role of the Judge in Public Law Litigation.** Harvard Law Review. Vol 89, n. 7, 1976.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Jean Carlos. **O conjunto judicial de políticas públicas**. 2ª Ed. Salvador: Jus PUDIVM, 2016.

FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen M. **Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions**. Harvard Law Review, v. 94, p. 626-646, 1981.

_____. **The Forms of Justice**. Harvard Law Review, v. 93, n.1-58, nov. 1979.

_____. **The Law as it could be**. New York University Press, 2003.

_____. **Two models of adjudication**. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

_____. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013

FRUG, Gerald E. **The Judicial power of the purse**. University of Pennsylvania Law Review, v. 126, n.4 715-794, 1978.

FULLER, Lon L. **Adjudication and the Rule of Law**. Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting (1912-1969), v.54, 1960.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

GOUVÊA, Carlos; **Direitos Sociais contra os Pobres**. 2011. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf Acesso em: 24 set. 2019.

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

KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

KUHN, Thomas s. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LANDAU, David. **The Reality of Social Rghts Enforcement**. Harvard Internacional Law Journal, v. 53, n.1, p. 190-247,2012.

LANDSBERG, Brian K. **Does Prision Reform Bring Sentencing Reform? The Congress, the Courts, and the Structural Injunction**. McGeorge Law Review, v. 46, p. 719-774, 2014, p. 757.

LEMONS, Eliane Christine. **O princípio da tripartição dos Poderes sob o prisma do Estado Democrático de Direito**. 2017. Disponível em: <https://www.univel.br/ojs-3.0.2/index.php/revista/article/view/14>. Acesso em: 02 out. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

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

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução CASTRO E COSTA, Luiz Cláudio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/txt_epm.pdf. Acesso em 22 out.2019.

MELNICK, R. Shep. **Courts and Agencies**. In MILLER, Mark C; BARNES, Jeb. (Org.) **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington: Georgetown University Press, 2004.

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

_____. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Uma división de poderes deliberativa: entre el diálogo y La última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (ED.). **Por uma justiça dialógica: El poder Judicial como promotor de La deliberación democrática**. Bueno Aires: Siglo Veituno Editores, 2014.

MEZAROBBA, Glenda. **Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil**. SUR – Revista internacional de Direitos Humanos, v. 7, n. 13, p. 7-25, São Paulo, dez/2010. Disponível em:

<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/entre-repara%C3%A7%C3%B5es-meias-verdades-e-impunidade-o-dif%C3%ADcil-rompimento-com-o-legado-da-ditadura>. Acesso em: 24 set. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/37928697/Jorge_Miranda_Teoria_do_Estado_e_da_Constituicao. Acesso em: 17 set. 2019.

MISHKIN, Pul J. **Federal Courts as State Reformers**. Washington and Lee Law Review, v. 35, p. 949-976, 1978, *passim* e FRUG, Gerald E. The judicial Power of the purse. Op. Cit.

MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NAGEL, Robert F. Separation of Power and the Scope of Federal Equitable Remedies. Stanford Law Review, v. 30, 1978, *passim*.

O'DONNELL, G.SCHMITTER. **Transitions from Authoritarian Rule**. Baltimore. The John Hopkins University Press. 1986.p.37-47.

PAIXÃO, Juliana Patrício da Paixão. **Comentários ao projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 8058/2014 e ao Projeto de Lei do Senado Federal n. 736/2015: O Estado de Coisas Inconstitucional e a Prorrogação da Jurisdição em processo estrutural**. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/721>. Acesso em: 02 out. 2019.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

PIOVESAN, Flávia. **Lei de Anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto Sul-Americano**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n103/1807-0175-ln-103-261.pdf>. Acesso em: 01 out.2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 21. p. 456-469.

PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais – Legitimidades democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

REFOSCO, Helena Campos. **Ação Coletiva e Democratização do Acesso à Justiça**. São Paulo. Editora: Quartier Latin do Brasil. 2018

RODRIGUEZ-GARAVIOTO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la corte constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: centros de estudio de Derecho, Justicia y Sociedad, Desjusticia, 2010.

ROSEMBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. V. 1. Buenos Aires: E. J. E. A, 1955.

SALGADO, Jorge. **Las desigualdades desde una perspectiva de complejidad: hacia un epistemología teórico-normativa del conflicto social**. Revista de Paz y Conflictos, Madrid, n. 2, p.44-58, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; **Eficácia dos Direitos Fundamentais : uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SHARP, N. **Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform**. 1999. 208p (Mestrado). Universidade McGill, Montreal, Canadá.

SILVA, Iúri Daniel Andrade de. **Estado de Coisa Inconstitucional, Litígios estruturais e Compromisso Significativo: uma análise à luz do modelo processual colaborativo**. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/dialogos/article/view/627>. Acesso em: 02 de out 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SUSTEIN, Cass. **Designing democracy: What constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton University Press, 2008.

_____. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Marck. **A Response to David Landau**. *Harvard International Law Journal*, v.53, n.189, 159-160, 2012.

VERMULE, Adrian. **Judging under uncertainty. Na institucional theory of legal interpretation**. Cambridge: Havard University Press, 2006.

VELOSO, Fernando. VILELA André, GIAMBIAFO Fabio. **Determinantes do “milagre” econômico brasileiro (1968-1973): uma análise empírica**. 2008. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402008000200006. Acesso em 27 de set 2019.

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

_____. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo. Vol. 284/2018. P. 333 – 369. 2018.

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

_____. **Law and Disagreement**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v.1, 1991 p. 231.

WINTER, Lairton. **A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel**. Tempo de ciência, 2006. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/view/1532>. Acesso em: 17 set. 2019.