



DECISÕES E ACORDOS ESTRUTURAIS: da prática à teoria (TOMO I)

ORGANIZADOR

Marcus Aurélio de Freitas Barros

AUTORES

(TOMOS I, II e III)

Aderdival Brito Cavalcanti Júnior
Amanda Bezerra de Lima
Ana Cecília Rêgo de Queiroz
Jéssica Macêdo Filgueira de Freitas
João Lucas Medeiros e Souza Fonseca
João Paulo Brandão Cortez
Júlia Fontes Lyra
Maíra Arcoverde Barreto Pinto
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Victória Rincon Machado Mourão Crespo

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DECISÕES E ACORDOS ESTRUTURAIS: da prática à teoria (TOMO I)

Organizador
Marcus Aurélio de Freitas Barros



Procuradoria-Geral de Justiça
Natal
2020

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Eudo Rodrigues Leite

Procurador-Geral de Justiça

Elaine Cardoso de Matos Novais Teixeira

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta

Carla Campos Amico

Corregedora-Geral do Ministério Público

Carlos Henrique Rodrigues da Silva

Chefe de Gabinete

Oscar Hugo de Souza Ramos

Coordenador da Coord. Jurídica Administrativa

Flávio Sérgio de Souza Pontes Filho

Coordenador da Coord. Jurídica Judicial

Jean Marcel Cunto Lima

Diretor-Geral

Erickson Girley Barros dos Santos

Ouvidor do Ministério Público

Marcus Aurélio de Freitas Barros

*Coordenador do Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional*

© 2020 Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

Todos os textos com relação ao conteúdo e revisão são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Todos os direitos reservados.

EQUIPE TÉCNICA

Organização editorial

Nouraide Queiroz

Capa

Megg Thurner

Projeto Gráfico e diagramação

Megg Thurner

Revisão e normatização

Nouraide Queiroz

CONSELHO EDITORIAL

Marcus Aurélio de Freitas Barros

MPRN

Morton Luiz Faria de Medeiros

MPRN

Ezilda Cláudia de Melo

OAB/PB

Mariana de Siqueira

UFRN

Elda Cristiane Bulhões

MPRN

Nouraide Fernandes Rocha de Queiroz

MPRN

Catálogo na fonte:

Biblioteca Delmita Batista Zimmermann/MPRN

M963 Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

Decisões e acordos estruturais: da prática à teoria – Tomo I / Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Organizado por Marcus Aurélio de Freitas Barros. – Natal: MPRN, 2020.

114p.: il.

ISBN: 978-65-86936-04-9

1. Litígios. 2. Acordos estruturais. 3. Negociação. Título.

CDU: 347.91

SUMÁRIO

DOS LITÍGIOS AOS PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS (PARTE I): TUTELA COLETIVA E LITÍGIOS ESTRUTURAIS _____	07
---	-----------

Marcus Aurélio de Freitas Barros

DOS LITÍGIOS AOS PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS (PARTE II): PROCESSO COLETIVO E NEGOCIAÇÃO ESTRUTURAL _____	43
---	-----------

Marcus Aurélio de Freitas Barros

A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS NA CONCRETIZAÇÃO DAS DECISÕES ESTRUTURAIS _____	91
--	-----------

Júlia Fontes Lyra

APRESENTAÇÃO

É uma grande honra apresentar para a comunidade jurídica mais uma excelente produção customizada com todo zelo e cuidado pela Editora do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Trata-se de uma notável coletânea de artigos que formam o e-book: “Decisões e acordos estruturais: da prática à teoria”, que integra o Projeto FORMAR-MP: formação com resolutividade. Tal projeto vem sendo desenvolvido com excelentes resultados pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

Coloca-se em debate um tema efervescente, pois envolve uma temática do momento: a dos processos e procedimentos extrajudiciais estruturais. Na verdade, não se trata de um tema novo. Está presente muito fortemente, há algum tempo, nas preocupações do sistema de justiça brasileiro, mas, sem dúvida, é um assunto que carece de uma teorização adequada, pois é preciso alcançar resultados sociais mais significativos diante de problemas (coletivos) estruturais, que, por natureza, são complexos e envolvem alto nível de conflituosidade e complexidade.

Grandes processualistas do Brasil, como Fredie Didier Jr., Sérgio Cruz Arenhart, Edilson Vitorelli, Marco Felix Jobim, Leonardo Silva Nunes e Hermes Zaneti Jr., desenvolvem projetos de pesquisa sobre processos estruturais, de modo que esse tema está na ordem do dia das preocupações de pesquisadores de várias universidades brasileiras (UFBA, UFPR, UFRS, UFOP, UFES, UFRN etc.). O e-book que ora apresento, nessa linha de vanguarda, é fruto de trabalhos do Grupo de Estudos em Processos Estruturais (GEPE) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), sob minha coordenação, que nos traz trabalhos e estudos de casos muito esclarecedores para a exata compreensão do tema.

É preciso, portanto, um olhar mais profundo sobre os acordos e as decisões estruturais. É um tema em que a teoria aprende muito mais com a prática do que o contrário: o diálogo entre prática e teoria são fundamentais e é o grande esteio deste trabalho, que, a todo tempo, convida o leitor para conhecer

a teoria a partir da prática e, como não pode ser diferente, entender melhor a prática a partir da teoria. Diante disso, dividido em três tomos, o presente trabalho é mais uma grande contribuição sobre o tema, que é indispensável para uma atuação do Ministério Público mais resolutiva, que alcance resultados sociais realmente significativos.

Registro, por fim, os parabéns a todos os autores dos artigos pelo excelente nível da produção e pelo amadurecimento de todos que começaram a escrever como estudantes e, a grande maioria, já publica o trabalho como advogados com brilhante futuro. Vivas também ao Ministério Público do Rio Grande do Norte, que, sensível à importância do tema para a tutela coletiva brasileira, oferece essa publicação ao público e aproveita seu conteúdo nos cursos produzidos pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

Uma boa leitura a todos e aproveitem bastante os três tomos do livro!

MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS
Coordenador do CEAF/MPRN

DOS LITÍGIOS AOS PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS (PARTE I):

TUTELA COLETIVA E LITÍGIOS ESTRUTURAIS

*Marcus Aurélio de Freitas Barros**

RESUMO

O presente trabalho, a partir do estudo da evolução da tutela coletiva no Brasil e com olhar atento a exemplos práticos, tem por objetivo precisar conceitos importantes e contextualizar a necessidade do estudo de temas ligados ao processo coletivo brasileiro, como os litígios coletivos, focando em sua mais moderna classificação; os litígios estruturais e suas principais características; o processo coletivo estrutural e seu desafio para o intérprete; e as decisões e os acordos estruturais, com ênfase nas técnicas para a produção da solução consensual ou adjudicada para o problema coletivo. Ao final, o trabalho demonstra que a compreensão da interface e concatenação entre esses conceitos e a visão sobre como eles se apresentam, na prática, permite ampliar os horizontes para o alcance de uma tutela coletiva de qualidade no Brasil.

Palavras-chave: Tutela coletiva. Teoria do conflito. Litígios estruturais. Processo coletivo. Técnicas de negociação e decisão.

* Doutorando pela Universidad del Paes Vasco/ES, Mestre em Direito, Sociedade e Estado pela Universidad del Paes Vasco/ES, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Professor Adjunto da UFRN, Professor da Pós-Graduação da UFRN, Universidade Potiguar (UnP), Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN) e Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN), Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC), Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (CEAF/MPRN), Presidente do Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil (CDEMP). Contato: marquinhos@supercabo.com.br.

Nota do autor: as referências utilizadas, nesta “parte I”, encontram-se compiladas no artigo “parte 2” com o fito de evitar repetições, uma vez que se trata de textos complementares.

INTRODUÇÃO

Um livro que pretende, a partir do estudo analítico e de um olhar acerca de casos práticos, identificar elementos para a construção de um teoria sólida da tutela estrutural, sobretudo a coletiva, não pode prescindir de um trabalho inicial que seja capaz de precisar conceitos e orientar sobre o objeto a ser estudado.

Todo tema novo, como é exemplo palmar o processo coletivo estrutural, gera temor, receio e uma certeza angustiante de que o estudioso, ao se debruçar sobre o assunto, terá que passear em terreno movediço e cheio de armadilhas. Parafraseando Pontes de Miranda, em frase clássica sobre o estudo das nulidades no processo civil: ninguém atravessa seus umbrais sem receios!

Não é preciso grande esforço para perceber – basta um olhar mais atento sobre a prática forense (processos) e os procedimentos administrativos (ex.: inquéritos civis) que tramitam no Poder Judiciário e no Ministério Público – a grande incidência de litígios coletivos estruturais que são transportados para serem enfrentados por órgãos de controle jurídico e jurisdicional, muitos deles envolvendo temas árduos como políticas públicas ou problemas de dimensão local, nacional e até mundial (ex.: pandemia decorrente da Covid-19).

O controle de políticas públicas pela via da tutela coletiva tem sido um desafio incontestado, pois são pífios os resultados das ações coletivas que envolvem controle de políticas públicas (e decisões estruturais) no Brasil.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha posição firme, chancelando essa modalidade excepcional de controle judicial,¹ é inegável que tem havido, na prática, dificuldades em produzir decisões legítimas e efetivas nesse tipo de processo, que não se compadece com o modelo tradicional e rígido de processo coletivo.

¹ (ADPF nº 45-9/2014; RE 410.715 AgR/SP; AI 583.138/SC; AI 598.212/PR – informativo 711/STF; RE 592.581/RS – informativo 794/STF; ADPF 347 MC/DF)

Diante disso, é importante enfrentar o desafio de ampliar um pouco os limites usuais da temática, de modo a tentar responder a seguinte questão: como o tema dos litígios e dos processos coletivos estruturais conecta-se com os novos horizontes que se apresentam para a tutela coletiva no Brasil?

O objetivo central do presente trabalho, além de precisar conceitos como os de litígios coletivos, conflitos estruturais, processo coletivo estrutural e propor técnicas para a negociação e decisão estrutural, é contextualizar e concatenar todas estas noções com o atual estágio de evolução da tutela coletiva no Brasil, buscando, com isso, encontrar veredas para uma atuação mais qualificada dos órgãos de controle diante de problemas coletivos complexos.

No afã de alcançar esse ousado objetivo, esta pesquisa parte de uma compreensão da profunda alteração que tem sido empreendida no âmbito da tutela coletiva no Brasil, retirando o foco dos direitos transindividuais e passando a pensar nos litígios coletivos como marco inicial para o estudo da tutela coletiva.

A partir daí, passar-se-á ao exame da ligação umbilical entre o litígio estrutural, um dos tipos de litígio coletivo que merece especial realce, e o processo (coletivo) estrutural, até chegar ao estudo de algumas técnicas bastante úteis para negociações e decisões (adjudicadas) estruturais, a fim de tentar ampliar o ângulo de visão, atentando para os novos e alvissareiros horizontes da tutela de direitos no Brasil.

A metodologia utilizada basear-se-á em pesquisa exploratória, de natureza bibliográfica, mas fundada em estudo de casos práticos e julgados, que visa a investigar como os litígios e os processos coletivos estruturais ampliam e renovam os horizontes da tutela coletiva no Brasil.

Ainda que de relance, far-se-á referência à possibilidade de existência de litígios e processos estruturais individuais, mas o foco do trabalho, é bom deixar claro, será o estudo no âmbito da tutela coletiva de direitos.

1 DOS DIREITOS AOS LITÍGIOS COLETIVOS: NOVO EIXO METODOLÓGICO INICIAL PARA O ESTUDO DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL

Cumprir afirmar que, historicamente, o estudo da tutela coletiva no Brasil teve sempre como base a figura dos direitos transindividuais, eixo em torno do qual a tutela coletiva foi sempre estudada.

No contexto específico do Brasil, Barroso (2007, p. 36) narra que, apesar de a proteção coletiva dos direitos estar delineada na CRFB/88, destacam-se duas importantes leis ordinárias, quais sejam (1) a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; e (2) o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, sendo importante a apreciação combinada desses dois diplomas legais para se compreenderem as situações que acomodam a tutela coletiva na ordem jurídica brasileira.

De fato, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, conceitua os interesses ou direitos difusos,² coletivos³ e individuais homogêneos,⁴ determinando que, quando se tratar de qualquer dessas categorias de direitos, será exercida a defesa coletiva.

² Segundo preleciona o art. 81, parágrafo único, inciso I, do (CDC), os interesses ou direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, isto é, direitos cuja nota característica é um objeto que não pode ser dividido, a titularidade por sujeitos indeterminados e a inexistência de relação jurídica base entre essas pessoas (DEL GAIZO, 2015, p. 4).

³ No art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC, definem-se interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*) como “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Esses são direitos que se diferenciam dos difusos, sobretudo pela possibilidade de determinação de seus titulares (pertencentes a um grupo, categoria ou classe) e pela existência de uma relação jurídica que os une (DEL GAIZO, 2015, p. 5).

⁴ O inciso III do art. 81, parágrafo único, do CDC estabelece que os interesses ou direitos individuais homogêneos são, simplesmente, “assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Por essa razão, Del Gaizo (2015, p. 4), utilizando expressão consagrada por Barbosa Moreira e outros autores, define essa classe de direitos como “acidentalmente coletivos”, dada a possibilidade de invocação de uma tutela de caráter coletivo, em contraste com sua natureza eminentemente individual.

Vê-se, portanto, na esteira de Neves (2012, p. 6), que a tutela jurisdicional coletiva não se resume à tutela de direitos coletivos, uma vez que mesmo direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para isso que haja opção do legislador. Nessa linha, na experiência pátria, merece menção tanto a ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos quanto o julgamento de casos repetitivos (art. 928, do CPC), ainda que levado a efeito a partir de processos individuais.⁵

Em aporte teórico mais recente, mas ainda sem perder o foco nos direitos transindividuais, Gustavo Silva Alves (2018, p. 285-286) lembra que é preciso distinguir, atualmente, após as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015,⁶ duas espécies de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos.⁷

As ações coletivas, na visão do autor, são procedimentos jurisdicionais que tutelam direitos difusos, coletivos *strictu sensu* ou individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, CDC) e estão estruturadas a partir do microsistema do processo coletivo, formado por diversas leis que tratam da tutela processual dos direitos coletivos (Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei da Ação Civil Pública (LACP), Lei da Ação Popular (LAP) etc.).

Por outro lado, acrescenta Gustavo Silva Alves (2018, p. 286), que o julgamento de casos repetitivos busca dar solução a uma questão repetitiva de direito, que vem sendo interpretada de forma heterogênea em inúmeros processos e está estruturado a partir de um modelo de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), formado pelo incidente

⁵ Segundo Juliana Provedel Cardoso (2018, p. 101): “As situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas ainda pelo julgamento de casos repetitivos, também espécie de processo coletivo, que tem por objeto a solução de questão de direito processual ou material repetida em processos pendentes.”

⁶ Sobre os impactos do CPC/2015 na tutela coletiva, conferir Barros (2020a), que reconhece que várias inovações trazidas pelo CPC/2015 aplicam-se ao microsistema da tutela coletiva, mas o impacto-mor deu-se com a aposta no julgamento de demandas repetitivas (art. 928).

⁷ Em sentido contrário, Temer (2016, p. 91-92), que manifesta o entendimento que o incidente de resolução de demandas repetitivas não é uma técnica de processo coletivo.

de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987, CPC) e pelos recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036 a 1.041, CPC).

Diante dessa novidade trazida pelo CPC/2015, voltada para o gerenciamento das demandas individuais repetitivas, Didier Jr. e Zanetti Jr. (2019, p. 36) dizem que processo coletivo no Brasil é um gênero com duas espécies: as ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos. Para esses autores. “[...] coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação coletiva ativa ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas”⁸ (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2019, p. 36).

Embora se trate de abordagem bastante recente sobre o processo coletivo, influenciada pelos influxos do CPC/2015, a vertente individual interessa pouco ao presente trabalho, mais centrado na tutela de direitos essencialmente coletivos.

É preciso reconhecer que, atualmente, houve uma virada vertiginosa no âmbito da tutela coletiva, que deve, ao invés de ficar centrada na ideia abstrata de direitos transindividuais, partir para o estudo do litígio coletivo.

Já levando em conta essa advertência, Vitorelli (2018, p. 344) afirma que: “Em síntese, o processo coletivo é a técnica que o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade para obter tutela dos direitos materiais violados *no contexto de litígios coletivos*” (grifos nossos).

No âmbito da tutela coletiva, vale ressaltar, destaca-se também a tutela coletiva extrajudicial, que, consoante Barros e Crespo (2020, p. 104, no original), quando bem instrumentalizada, favorece o acesso à justiça, pelos seguintes motivos: pela aproximação entre sociedade e centros de decisão (que se dá por meio de canais democráticos de participação efetiva), pela perspectiva de menos morosidade e pela efetivação da justiça multiportas (que favorece a adoção da solução mais adequada ao caso). Tal modalidade de tutela coletiva também deve manter o olhar fixo nas exigências dos litígios coletivos concretos!

⁸ Segundo a conceituação de Didier Jr. e Zanetti Jr. (2019, p. 36): “[...] processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirma a existência de uma solução jurídica passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas”.

Tem-se, portanto, que é preciso pensar caminhos e alternativas para potencializar, a partir dos conflitos tais quais ocorrem na prática, a tutela coletiva no Brasil, tanto judicial como extrajudicial, a fim de que se apresente e se afirme como instrumento notável de garantia de direitos fundamentais.

1.1 A virada metodológica na compreensão da tutela coletiva: quem são os titulares dos direitos transindividuais?

Faz-se pertinente, neste estudo, entender o momento histórico em que, no Brasil, passou-se a focar nos litígios, ao invés de focar nos direitos transindividuais. Essa importante virada metodológica, com repercussões importantes em toda a tutela coletiva, deve-se ao tirocínio de Edilson Vitorelli, que, em obra de consulta obrigatória sobre o devido processo legal coletivo (2016, p. 85-94), revolucionou o estudo da tutela coletiva, ao defender o abandono do eixo da tutela coletiva em torno da classificação abstrata dos direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), advogando que o novo eixo seja o estudo a partir do litígio coletivo empiricamente verificado.

A grande verdade é que, por mais de trinta anos, a tutela coletiva no Brasil centrou seu olhar sobre os direitos transindividuais (difusos e coletivos). O grande problema é que tais direitos sempre foram percebidos em abstrato e de forma independente da lesão sofrida, ou seja, como direitos percebidos em sua integridade. Focar nos direitos bastava!

Tal perspectiva se mostrou absolutamente insuficiente, pois não enfrenta adequadamente o problema da titularidade dos ditos direitos transindividuais, o que somente passa a interessar quando há um litígio coletivo empiricamente verificado, cujos efeitos se irradiam para atingir grupos sociais específicos.

A esse respeito, afirma Vitorelli (2016, p. 73) que: “Primeiramente, a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando da sua violação, ou seja, no contexto de um litígio coletivo”.

Um caso emblemático pode servir de base para aclarar o raciocínio. Tome-se como parâmetro o caso Samarco (Mariana/MG), uma das maiores tragédias ambientais do mundo, desenvolvida em detalhes por Crespo e Barros (2020).

05 de novembro de 2015 marca um inusitado problema coletivo de alta proporção, criado pela omissão dos responsáveis. O dia ficou marcado pelo maior desastre ambiental do Brasil e um dos maiores do mundo. Foi por volta das 15h30min que a barragem de Fundão, situada no Complexo Industrial de Germano, no Município de Mariana/MG, rompeu. O colapso da estrutura ocasionou o extravasamento imediato de mais de 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, entre outros particulados.⁹

Zaneti Jr. *et al.* (2019, p. 195) também apresentam, com alguma riqueza de detalhes, a dimensão dessa grande tragédia, ao comentar que

O dia 5 de novembro de 2015 marcou o maior desastre ambiental da história do Brasil. A barragem do Fundão se rompeu e a barragem de Santarém (ambas pertencentes à mineradora Samarco), no Estado de Minas Gerais, transbordou, despejando mais de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos minerais. A lama tóxica formada pelos rejeitos alcançou as povoações de Bento Rodrigues e Barra Longa, nas margens do Rio Gualaxo do Norte, passou pelo Rio do Carmo, Rio Pitanga, atingiu o Rio Doce e, após 16 dias percorrendo aproximadamente 660 km, alcançou o mar em Regência, no Município de Linhares (Espírito Santo).

⁹ Um retrato da tragédia pode ser colhido da detalhada lição de Peçanha *et al.* (2018, p. 272): “A ruptura da barragem do Fundão, localizada no complexo Industrial de Germano (Mariana/MG) e operada pela Samarco Mineração S.A., empresa controlada pela Vale e BHP Biliton, em 5 de novembro de 2015, é tida como o maior desastre ambiental da história do Brasil. O deslocamento de terra ocasionou um verdadeiro mar de detritos de mineração, impactando negativamente toda a extensão da Bacia Hidrográfica do Rio Doce. Ao todo, 31 municípios do Estado de Minas Gerais e quatro do Estado do Espírito Santo sofreram com o escoamento de 34 milhões de metros cúbicos de lama através do Rio Doce, além de outros 16 milhões que vazaram lentamente por toda a macrorregião de impacto. O vazamento da lama ocasionou na morte de 19 pessoas, mais de 300 famílias desabrigadas e dezenas de cidades na região sem abastecimento de água por dias”.

O desastre provocou danos ambientais, sociais e econômicos incalculáveis e contínuos. Além do inquestionável impacto ao equilíbrio ecológico, coletividades e indivíduos foram diretamente atingidos pelo ocorrido, desde uma perspectiva social, econômica e humana.

O desastre de Mariana não se resumiu aos graves danos ambientais e sociais antes mencionados. Milhares de pessoas ficaram desabrigadas e sem abastecimento de água. Além disso, os povos indígenas e as comunidades tradicionais que viviam na região foram profundamente impactados.

Na verdade, a lama chegou com uma força avassaladora e engoliu tudo que encontrou pela frente. Casas derrubadas, pastos invadidos, construções públicas e particulares reviradas. Sem distinção, carregou pertences e animais, história e cultura, meios de sobrevivência e locais de conforto.

Um distrito inteiro, Bento Rodrigues, teve sua ocupação inviabilizada. Considerando todas as perdas, superou-se, e muito, as 22 mortes. O patrimônio histórico e cultural – materializado em antigas igrejas, em práticas indígenas, no modo de vida local – foi ferido e ainda sangra. Os animais, aquáticos e terrestres, foram surpreendidos em seus *habitats*, sem chance de fuga. A vida em sua acepção mais ampla, de termos biológicos a existenciais, teve seu brilho reduzido com a passagem da lama.

A só apresentação desse caso extremamente complexo, que envolve, de maneira e em intensidade diferentes vários grupos atingidos, já permite intuir a importância de pensar a tutela coletiva a partir dos problemas concretos e da compreensão de que nem todos são titulares, do mesmo modo e intensidade, do direito transindividual.

Estudar a tutela coletiva a partir do litígio coletivo traz também a notável vantagem de permitir que se perceba o nível de complexidade¹⁰

¹⁰ Segundo o citado Vitorelli (2016, p. 74): “Complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito. Um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis

(será maior se houver possibilidades diversas de tutelas jurídicas) e conflituosidade¹¹ (será maior se houver conflito interno entre os grupos sociais impactados pela violação) envolvidos no problema coletivo, o que varia de acordo com a espécie de litígio coletivo, além de ter importantes repercussões no âmbito da tutela coletiva.

Que tal sair da teoria e voltar novamente o olhar para a prática? Volte-se ao exemplo do desastre de Mariana ora estudado: de que adianta, para o caso concreto, saber que, em abstrato, todas as pessoas têm direito difuso a (titularidade) um ambiente saudável?

Para fins da tutela coletiva, somente após o litígio coletivo (a violação concretizada) é que se percebeu o nível de agressão e a perspectiva diferenciada, por exemplo, dos então habitantes de Bento Rodrigues e suas famílias, dos familiares dos mortos, dos pescadores e todos que dependiam do Rio Doce para sobreviver, dos índios Krenak, dos habitantes que ficaram sem abastecimento de água por vários dias, dos que frequentavam a praia no Espírito Santo e até dos empregados da Vale, dentre outros (CRESPO; BARROS, 2020, p. 52, no original).

Não há dúvidas, portanto, de que a tutela coletiva deve ser estudada a partir do mapeamento do conflito, ou seja, do estudo aprofundado do litígio coletivo. O primeiro passo é classificar os litígios coletivos!

juridicamente. Assim, por exemplo, um litígio coletivo sobre a despoluição de um rio é complexo, porque há inúmeras formas pelas quais o resultado prático desejado pode ser obtido, sem que se possa dizer, a priori, que uma delas seja correta, técnica ou juridicamente. Quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio”.

¹¹ Para Vitorelli (2016, p. 75): “A conflituosidade, por sua vez, é um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto menor for a uniformidade do impacto sobre tais integrantes, ou seja, quanto mais variado for o modo como forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade. Como as pessoas tendem a preferir soluções que favoreçam suas próprias situações, a diversidade de impactos fará com que elas passem a divergir entre si acerca de qual o resultado desejável do litígio. Conflituosidade é, portanto, uma característica endógena ao grupo titular do direito, refletindo suas divergências de opiniões e interesses em relação à solução do litígio, enquanto a complexidade lhe é exógena”.

1.2 A classificação dos litígios coletivos

De tudo o que foi estudado, é facilmente perceptível a importância do esforço de classificação dos litígios coletivos levado a efeito por Vitorelli,¹² que interessa trazer à baila. Segundo Vitorelli (2018, p. 334-336), o litígio coletivo, que se instala quando um grupo de pessoas é lesado enquanto sociedade, de modo que a atuação é contra o todo e não as pessoas individualmente, pode ser classificado como: global, local e irradiado.

Os litígios coletivos de difusão global ou, simplesmente, litígios globais¹³ são aqueles que afetam a sociedade de modo geral (dano coletivo relevante), mas repercutem pouco sobre os direitos dos indivíduos (dano individual irrelevante),¹⁴ apresentando, por essa pouca repercussão individual, baixa conflituosidade entre os membros do grupo (ex.: problema do aquecimento global ou pequenos danos de valores irrisórios ao consumidor).

O grande detalhe, portanto, é que as lesões sofridas, embora relevantes coletivamente, são insignificantes a nível pessoal. Em regra, os direitos ali violados teriam poucas chances de serem perseguidos unitariamente, pela baixa relevância dos interesses pessoais envolvidos. Esse tipo de litígio é considerado de baixa conflituosidade e demanda

¹² Peçanha *et al.* (2018, p. 277) lembra que: “Vitorelli apresenta duas premissas teóricas para nortear sua classificação: (1) a titularidade dos direitos transindividuais variam em cada litígio e, portanto, só podem ser aferidas na análise do litígio; e (2) os litígios coletivos devem ser analisados a partir de critérios de conflituosidade e complexidade”.

¹³ Precisa a conceituação de Vitorelli (2018, p. 336): “Em outras palavras, litígios globais são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõem. Apresentam baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo”.

¹⁴ Segundo Peçanha *et al.* (2018, p. 280): “O litígio de difusão global se configura quando a lesão não atinge de forma direta e específica nenhum dos membros do grupo. A lesão atinge de modo uniforme a sociedade. Assim, dificilmente haverá interesses divergentes em relação ao litígio. Nesses casos, há realmente uma lesão à coletividade, abstratamente considerada.”

uma abordagem coletiva para que se identifique a envergadura das violações operadas.

Em contraposição, existem os litígios de difusão local, mais conhecidos como litígios locais, que são aqueles que produzem dano coletivo relevante para uma determinada coletividade (pessoas determinadas), atingindo este grupo em intensidade significativa (dano individual também relevante), de modo que tais pessoas se sentem impactadas e querem participar da solução. Um detalhe importante é que os integrantes do grupo compartilham algum laço de solidariedade social, de modo que possuem uma percepção similar sobre o litígio e a forma de solucioná-lo (ex: lesões a grupos vulneráveis, como: pessoas com deficiência, crianças, idosos, presos etc.).

A conflituosidade presente nos litígios locais costuma se apresentar com um nível moderado,¹⁵ visto que a lesão, embora mais robusta, é identificada de modo similar entre os afetados, o que facilita a busca pela reparação de maneira coordenada.

Nesse tipo de conflito local, na esteira das lições de Didier Jr. e Zanetti Jr. (2019, p. 107), exatamente porque o grupo titular do direito é mais delimitado e preciso (pertence a uma mesma comunidade), a chance de autocomposição aumenta bastante, como dá conta os litígios coletivos trabalhistas.

Interessa, neste momento, aprofundar um pouco o conceito que mais importa a este trabalho: o dos litígios de difusão irradiada,¹⁶

15 Lembra Vitorelli (2018, p. 336-337) que: “No litígio local, a conflituosidade é moderada, uma vez que, ao mesmo tempo em que as pessoas querem opinar sobre a resolução do litígio, interessando-se pelas atividades que são desenvolvidas ao longo de um eventual processo e, provavelmente, discordando entre si acerca delas, a identidade de perspectivas sociais, dada pelo pertencimento à mesma comunidade, fornece um elemento de união, que impede que as divergências entre essas pessoas, embora existentes – nenhum grupo social é uniforme – sejam elevadas o bastante para ofuscar o objetivo comum”.

16 Ainda segundo Vitorelli (2018, p. 337): “Esta categoria representa 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 pelo qual se identifica com a sociedade como criação”.

comumente chamados de litígios irradiados. Esses são, naturalmente, litígios de alta complexidade e conflituosidade, como é exemplo palmar o desastre de Mariana ora estudado.

A esse respeito, Vitorelli (2018, p. 337) é claro e peremptório, ao afirmar:

O litígio decorrente do desastre ambiental de Mariana, ocorrido em 5 de novembro de 2015, é o exemplo prototípico de um litígio coletivo irradiado. Nesses casos, a conflituosidade é elevada, uma vez que as pessoas sofrem lesões significativas o bastante para querer terem suas vozes ouvidas, mas essas lesões são distintas em modo e intensidade, o que potencializa as diferenças em suas pretensões. A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma.

São verdadeiros megaconflitos,¹⁷ pois tais litígios produzem lesões relevantes (dano coletivo importante), bem como interessam muito aos vários subgrupos atingidos (dano individual também importante), os quais são afetados de modo e em intensidade diferentes, não tendo a mesma perspectiva sobre o litígio, até porque não há solidariedade social que una os atingidos. Há, muitas vezes, forte divergência interna entre os grupos afetados (VITORELLI, 2019, p. 168), tornando mais tormentosa uma solução adequada e uniforme sobre o problema coletivo.

Tome-se, como exemplo o já citado caso Samarco, onde, consoante lição de Vitorelli (2018, p. 337-338), os subgrupos sociais atingidos pela tragédia divergiram frontalmente acerca do modo como a

¹⁷ Peçanha *et al.* (2018, p. 281-282), ao tratar dos litígios de difusão irradiada, exemplifica esse conflito com: “O desastre de Mariana [que] atingiu de forma direta diferentes grupos sociais, os quais possuem interesses e perspectivas heterogêneas em relação ao litígio. Por esse motivo, a condução e solução do processo coletivo atingirá de maneiras distintas cada um desses grupos. No exemplo de Mariana, diversos grupos foram lesionados pelo desastre, a exemplo dos moradores de 35 cidades atingidas, os pescadores que dependiam da bacia hidrográfica do rio Doce, os indígenas e quilombolas da região e os trabalhadores da barragem do Fundão. A recomposição dos danos ambientais e sociais causados atingirá de maneira diferente cada um desses grupos. Por isso, cada um deles possui diferentes perspectivas e interesses em relação à condução e solução do processo coletivo”.

tutela jurisdicional para o caso deveria ser buscada, rompendo com a ideia tradicionalmente defendida (um verdadeiro dogma), de que direitos coletivos são indivisíveis e de que a satisfação de um significa, automaticamente, a satisfação de todos, como pensava – e ainda pensa – grande parte da doutrina processual brasileira.

O foco nos litígios irradiados, portanto, permite superar a tautologia fundante da tutela coletiva brasileira, no sentido de que os direitos transindividuais são de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém (VITORELLI, 2015a, p. 362). Os ditos litígios irradiados ferem de morte a ideia frequentemente difundida da natureza indivisível dos direitos coletivos em sentido lato.

Como bem salientam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019, p. 110), e o desastre de Mariana corrobora, nos litígios irradiados, a autocomposição será, também, mais difícil. Eventual acordo deverá contemplar os diversos interesses e ser produzido com a efetiva participação dos representantes adequados desses interesses, sendo muito comuns acordos parciais com algum dos subgrupos.

Aqui, como se percebe facilmente, a conflituosidade é elevada, porquanto os indivíduos são lesados de formas muito variadas, o que gera pretensões notavelmente diversas e, por vezes, antagônicas. A sociedade, assim, entra em atrito com ela própria, não apenas com o causador do dano, dificultando a satisfação de todos os interesses.

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

Outro aspecto digno de realce é que os litígios em comento envolvem problemas policêntricos,¹⁸ havendo vários centros de

¹⁸ Ao tratar da característica da policentria, Samuel Paiva Cota (2019, p. 68) aduz: “Utilize-se como exemplo o caso do desastre de Mariana/MG, no qual há uma infinidade de polos de interesses, muitas vezes, não convergentes (trabalhadores, indígenas, empresas, comunidades ribeirinhas, pescadores, produtores rurais e

poder (grupos atingidos) que se irradiam e sentem os efeitos do problema coletivo.

Além do Caso Samarco, tratado de forma mais detalhada, existem muitos outros exemplos de litígios irradiados, que, como visto, são litígios policêntricos (vários grupos de interesses envolvidos), complexos (permitem, em tese, várias formas de tutela jurídica) e com amplo grau de conflituosidade entre os grupos envolvidos e no interior dos próprios grupos.

Vitorelli (2015b, p. 237-238), a esse respeito, elenca os seguintes exemplos: a) construção de uma usina hidrelétrica; b) proibição de queima de palha de cana de açúcar, em regiões canavieiras; c) construção do sambódromo do Rio de Janeiro; d) transposição das águas do rio São Francisco; e) racionamento de água em São Paulo para conservação dos mananciais etc. São inúmeras as situações coletivas decorrentes de litígios irradiados!

Tais litígios, inclusive, geram certa confusão. Tome-se, para fins de debate, a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em relação à questão da mineração do carvão na área de Criciúma/SC, que busca a recuperação da área degradada.¹⁹

Trata-se de litígio irradiado, complexo, mas que não é estrutural, ao contrário do que defende expressamente Arenhart (2017b, p. 483-487), em trabalho em que desenvolve a ACP do Carvão, como se verá no tópico seguinte.

Bem esclarecidas as principais nuances dos litígios coletivos, em especial dos irradiados, já há espaço suficiente para a compreensão desta outra categoria específica destes últimos: os litígios estruturais.

comerciantes, entre outros), todos conectados a um mesmo centro, o desastre, e que sofrem a repercussão de qualquer medida ou tensão sofrida por algum desses polos”.

¹⁹ ACP nº 93.8000533-4. Mais informações: <https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/>

2 DOS LITÍGIOS COLETIVOS AOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Não é tarefa desnecessária colocar em destaque e passar a delinear com precisão os litígios estruturais, que se trata – é bom avisar desde já – de um tipo específico e bem marcado de litígio irradiado.

Na linha da teoria do conflito, é sempre necessário conhecer, de forma mais aprofundada, as características dos litígios, e não é diferente com os estruturais, para que se possa fazer um mapeamento dos conflitos, o que permitirá que o gestor possa: “[...] *empezar a conformar un itinerario para su intervención*” (SOLER, 2014, p. 19), gerindo-o construtivamente.

A grande verdade, não se pode deixar de pontuar, é que as relações conflituosas, muitas vezes, estão em uma progressiva escalada, resultante de um ciclo vicioso conhecido por “espirais do conflito” (ARLÉ, 2017, p. 111-112). Com isso, surge a indagação: como evitar a escalada destrutiva do conflito? Como conseguir estagnar o conflito e trabalhar a sua solução construtiva? Tais respostas são dadas pela moderna teoria do conflito, devendo-se, a partir do conhecimento do litígio, construir consensos sólidos para a mudança social.

O litígio estrutural, na feliz definição de Vitorelli (2018, p. 348), é um litígio irradiado 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. O ponto-chave, portanto, dessa categoria de litígio é a falha estrutural no órgão ou na instituição responsável pela violação.

Chama a atenção, portanto, que tais litígios, ainda que complexos, se diferenciam claramente em face da causa do problema e de sua solução. O fato gerador do litígio é o efetivo funcionamento de uma estrutura burocrática pública (ou privada) e a intervenção do órgão de controle, para uma solução adequada e construtiva, deve-se pautar na necessidade de alcançar a ampla e positiva reestruturação do próprio funcionamento da estrutura.

Enfim, não se trata de conflito de fácil solução. Reitere-se que o centro do problema está na forma de funcionamento de uma entidade

usualmente pública, mas que pode ser privada também, ao longo de vários anos, sendo um enorme desafio interferir no âmago dessa entidade, alterando substancialmente sua forma de funcionamento, a fim de impulsioná-la para os trilhos da legalidade e respeito aos direitos fundamentais transindividuais.

Justamente por esses aspectos centrais, é que se discorda de Arenhart (2017b, p. 475 e ss.) quando reconhece natureza estrutural ao litígio que resultou na ACP do Carvão.

Ainda que o problema seja complexo e se busque, como norte para a solução do caso concreto, a recuperação da área degradada pela mineração do carvão no espectro abrangido por Criciúma/SC, não cuida, nem de longe, de buscar a reestruturação da entidade responsável pela violação, mas apenas ataca os efeitos do ilícito (pela via de um programa efetivo de recuperação ambiental).

O mesmo pode ser dito do caso Samarco (desastre de Mariana/MG) que, também, apesar da notável complexidade, tem como foco os efeitos do ilícito, já que visa a estabelecer um programa de reparação do dano que alcance todos os atingidos. Nem se diga que o fato de ter sido necessário criar uma estrutura nova (Fundação Renova) para permitir a adequada indenização, torna a tragédia um litígio coletivo estrutural. Absolutamente.

A nota característica, portanto, dos litígios estruturais é decorrerem do modo como uma estrutura burocrática (organização) opera, sendo esta (sua forma de funcionamento) a causa da violação de direitos, de modo que a solução do litígio envolve a reestruturação de tal organização.

Daí decorre que nem todo litígio irradiado é um litígio estrutural, como acontece no desastre de Mariana/MG²⁰ e na ACP do Carvão, embora todo litígio estrutural seja um litígio irradiado.

²⁰ Segundo Crespo e Barros (2020, p. 80, no original): “Diante dos ilícitos graves na forma de operar da empresa Samarco em relação à barragem de rejeito de minério do Fundão, até se tinha um litígio estrutural a justificar medidas de reestruturação do funcionamento da barragem antes da tragédia. Infelizmente, diante da falta da tutela coletiva e do efetivo rompimento da estrutura, restou aos órgãos legitimados a

Avançando um pouco, visando a aplacar possíveis confusões conceituais que comprometam a compreensão, é importante centrar esforços na identificação mais cirúrgica das características dos litígios estruturais, no afã de promover um melhor delineamento de tais conflitos.

Como são espécies de litígios irradiados, vale a lembrança da lição de Vitorelli (2019, p. 168), no sentido de que: “Esses eventos dão ensejo a litígios mutáveis e multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio”.

Tem-se, pois, a mutabilidade (dado que a instituição ainda está em funcionamento e constante alteração) e a multipolaridade (vários polos de interesses envolvidos) como algumas das características dos conflitos irradiados e, por sua vez, dos litígios estruturais. Tais aspectos exigem que, na linha do que ensina Ferraro (2017, p. 562), “[...] efetivamente se possa permitir a participação social, o conhecimento a fundo do problema e a gestão adequada do litígio”.

Em outro trabalho de fôlego sobre o tema, Vitorelli (2017, p. 371) lembra que a caracterização de um litígio estrutural envolve a superposição de três características.²¹

Primeiro, como já visto, trata-se de um conflito de elevada complexidade, envolvendo múltiplos polos de interesses. Segundo, implica a implementação de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente. Por fim, exige, para promover o valor público visado, a reforma de uma instituição, pública ou privada, que é a protagonista da violação ou obstaculiza que o valor público se afirme. É mister, pois, a alteração do comportamento institucional! Nessa linha, segundo ensina Vitorelli (2017, p. 372),

atuação diante do litígio irradiado, altamente complexo, que se formou para salvaguardar o direito à indenização das vítimas”.

²¹ Em resumo bem feito, Daher (2019, p. 47) lembra que: “Para Vitorelli (2016), os litígios estruturais ostentam três características principais. Primeiro, são conflitos complexos e multipolares. Segundo, implicam na implementação de valores públicos relevantes, mas que ainda não estão concretizados no seio social. Por fim, os litígios estruturais requerem a reforma de uma instituição pública ou privada, para proporcionarem a promoção do valor público visado”.

Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

Fica, portanto, claro, que os litígios estruturais são aqueles em que o Judiciário é incumbido de reestruturar toda uma organização para eliminar a ameaça imposta aos valores constitucionais pelos atuais arranjos institucionais existentes (FISS, 2004, p. 27).

Detalhe importante desses litígios é que a comprovação da situação de violação inconstitucional é relativamente fácil, sendo, por outro lado, árdua a missão de remediar o problema estrutural (VERBIC, 2015a, p. 2).

Sobre esse tipo de litígio, acrescenta, ainda, Daher (2019, p. 49) que, de forma simplificada, pode-se caracterizar o litígio estrutural como um litígio complexo, multipolar, advindo de uma lesão ou ameaça a um direito fundamental coletivo não concretizado, que, para a sua implementação, necessita de reformas na estrutura burocrática, em caráter prospectivo, normalmente em etapas que se protraem no tempo.

Ressai dessa lição as seguintes características, que muito bem retratam os problemas estruturais: a) complexidade (causalidade complexa);²² b) multipolaridade (policentria);²³ c) mutabilidade; d) caráter prospectivo; e, e) a necessidade de intervenção continuada.²⁴

²² Lembra Cota (2019, p. 65) que: “A multicausalidade, então, é marcada pela existência de diversas condutas praticadas por pessoas diferentes em momentos distintos. Essas condutas terminam por causar os resultados sem poder precisar com exatidão o agente responsável por estes ou a medida de sua culpabilidade.” Complementa Daher (2019, p. 50) que: “Como as causas de um problema estrutural são diversas, também se apresentam múltiplas soluções possíveis e adequadas para sua resolução”.

²³ Adverte Ferraro (2015, p. 13) que, em razão da policentria, “[...] a análise das questões não deve ser feita de maneira fragmentada, pois isso pode acabar gerando, aí sim, irracionalidades. Os casos estruturais contam, então, com aspectos policêntricos que se sobrepõem aos individuais e têm significativa relevância para que possam ser manejados de maneira adequada”.

²⁴ Sobre as duas últimas características, lembra Cota (2019, p. 73) que: “Nesses litígios, a lógica é diversa, voltada para o futuro, com a compreensão da existência de violações sistêmicas, sendo implementadas medidas de longa duração, voltadas à

Como se vê, nem sempre é fácil ou rápida (pode demorar anos) a solução de um litígio estrutural. É o que se pode depreender, a partir de um exemplo concreto, da lição de Vitorelli (2017, p. 375):

Considere-se um litígio relativo ao fechamento de um hospital psiquiátrico e fornecimento de tratamento ambulatorial para seus pacientes, em virtude de maus tratos praticados contra eles. Esse litígio envolve direito dos internos, de seus parentes, dos funcionários, providências a cargo do Estado, complexos cronogramas de implementação de medidas, no cenário de uma situação mutável na qual, provavelmente, as pretensões de diversos subgrupos de indivíduos que compõem cada uma dessas subclasses serão antagônicas entre si, em relação ao réu, mas também em relação ao autor. Alguns podem querer que o Estado pague indenização pelos maus-tratos, outros, que o enfoque seja para providências futuras. Alguns podem esperar o fechamento total do hospital, outros pretenderão que ele se mantenha aberto, total ou parcialmente. Os funcionários terão pretensões de permanecer como estão, ou serem realocados, ou indenizados pelas más condições de trabalho. Alguns parentes podem ter interesse e condições de receber os internos, enquanto outros insistem na manutenção da internação ou na necessidade de outras formas de apoio estatal.

O exemplo acima facilita a compreensão do conceito dos conflitos ora estudados. O foco nos casos práticos também é ótimo para que se possa entender a teoria com os olhos atentos para a prática, como se verá no tópico a seguir delineado.

2.1 Os litígios estruturais na prática

Chega-se, portanto, ao momento de dedicar atenção a casos concretos que envolvem conflitos estruturais, sendo necessário, até diante de grande quantidade de casos existentes, fazer um recorte, analisando apenas alguns deles.

inibição de novas condutas e à reestruturação de uma realidade, as quais poderão não atingir as vítimas atuais da violação”.

Para tentar ser mais abrangente, cumpre comentar o precedente-mor que deu origem ao estudo do tema (*Brown v. Board of Education of Topeka II*), além do caso Mendonza (Argentina), o litígio envolvendo o direito a creches em São Paulo (ensino infantil), e alguns casos colhidos da prática forense do Estado do Rio Grande do Norte.

O caso mais emblemático de litígio estrutural talvez seja a famosa solução dada ao caso *Brown v. Board of Education* (Brown II), que tratava, em resumo, das questões da segregação racial nas escolas dos Estados Unidos. Nessa decisão, lembra Barros (2014, p. 225), a Suprema Corte determinou a supervisão das cortes locais para acompanharem, ao longo do tempo, o cumprimento da ordem que impedia a segregação de crianças negras nas escolas, diante da necessidade de reestruturar todo o sistema de ensino para cumprir a decisão.

É preciso entender o citado *leading case*. Por mais de cinquenta anos, desde o final do século retrasado (1896), a partir do caso *Plessy v. Ferguson*, prevalecia, em matéria de igualdade, apesar da XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a doutrina dos “separados, mas iguais (*separate but equal*)”, que significava que o fato de segregar negros de locais de acesso exclusivo para pessoas brancas não atingia o direito de igualdade, desde que fosse permitido o acesso ao mesmo serviço público em locais exclusivos para negros.

Em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso e, à luz de uma renovada interpretação da XIV Emenda à Constituição, considerou que a segregação em escolas era inconstitucional, superando a doutrina dos “separados, mas iguais”.²⁵

Houve, contudo, grande dificuldade no cumprimento da decisão, de modo que, um ano depois, houve uma segunda decisão (*Brown II*),²⁶ determinando que a reestruturação de todo o sistema de ensino ficaria a cargo das cortes locais, que poderiam impor políticas públicas e dispor de

²⁵ Segundo Bauermann (2012, p. 63): “Por todas as razões, a decisão tomada no caso em análise pela Suprema Corte norte-americana é tida como uma das mais importantes do século XX, sobretudo por ter reconhecido e expandido os direitos civis dos negros, garantindo-lhes igualdade”.

²⁶ Para maiores informações, conferir: Puga (2017, p. 85-139) e Souto (2015, p. 73-82).

recursos financeiros para tal, já que havia necessidade de mudar o funcionamento do sistema de ensino em diversos estados americanos.²⁷

O caso *Brown* é exemplo de litígio estrutural, pois impôs a transformação do sistema dual de escolas, separadas para negros e brancos, em sistema unitário, não segregacionista, o que exigia uma reforma estrutural profunda.

Tal transformação demandava novos procedimentos para ingresso dos alunos, construção de escolas, novos professores, revisão do sistema de transporte escolar, alteração do currículo, aumento de verbas, alocação de recursos etc. (DAHER, 2019, p. 45).

Sobre o caso, acrescenta Mendonça (2015, p. 445) que a Suprema Corte dos EUA se valeu de métodos executivos complexos e de duração continuada, que poderiam parecer extremamente invasivos para um olhar conservador, mas que eram necessários para a plena integração racial nos moldes da política pública adequada.

Outra situação concreta digna de destaque, para trazer a experiência da América do Sul,²⁸ é o caso Mendonza, na Argentina. Trata-se de caso referente à contaminação ambiental da bacia hídrica Matanza-Riachuelo, julgado em 8 de julho de 2008 pela Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN).

O referido processo (*Mendonza, Beatriz y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Daños y Perjuicios*) resultou em julgado da Corte Suprema que, assim como o caso *Brown* nos EUA, foi precursor da temática dos processos estruturais na Argentina, até porque é considerado um dos litígios mais complexos e importantes daquele país.²⁹

²⁷ Tal decisão representava, na prática, mudar todo o sistema educacional de diversos estados, afetando milhares de crianças e pais, além das instituições administrativas responsáveis pela gestão das escolas (VITORELLI, 2017, p. 376).

²⁸ Outro caso que merece menção, na Colômbia, é o do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência. A respeito, conferir Garavito e Franco (2000, p. 55-85).

²⁹ A CSJN não resolveu todo o conflito judicializado, limitando-se a estabelecer providências para a prevenção de danos futuros e para a recomposição do meio ambiente enquanto bem coletivo vulnerado, não tendo se pronunciado sobre as pretensões individuais indenizatórias, as quais deveriam ser canalizadas para os juízes

Trata-se, como lembra Cota (2019, p. 78), de um problema ambiental e social muito profundo, que tem antecedentes no começo do século XIX e envolve cinco milhões de pessoas, quase vinte mil indústrias, sobre a existência de contaminação de diversos agentes químicos por 64 quilômetros da bacia hídrica Matanza-Riachuelo.

Na verdade, foi necessária, durante o processo, a criação de uma entidade de direito público: a Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) para atuar na referida bacia, tendo assumido várias responsabilidades relativas à citada bacia hídrica.

O julgado da CSJN impôs uma série de medidas, em clara delimitação da forma de funcionamento da entidade pública, para permitir a recomposição do meio ambiente e uma atuação que não possibilite danos futuros.³⁰

Um terceiro caso que merece ser realçado, para trazer uma experiência do Brasil, é o que diz respeito ao direito de creche e pré-escola em São Paulo. O litígio ora comentado foi objeto de julgamento, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, e refletia um problema grave, sistemático e frequente de ausência de ofertas de vagas para o ensino infantil (creches e pré-escola) na capital paulista.³¹

Em face do julgamento do recurso, após inédita audiência pública, o TJSP condenou o Município de São Paulo, entre os anos de 2014 e 2016, a: a) criar, no mínimo, 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade; b) incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; c) apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação

loais (VERBIC, 2017, p. 288 e 292). Vê-se, portanto, que, diferentemente do caso Samarco, o foco não foi a indenização dos atingidos.

³⁰ Para mais informações, consultar: Verbic (2017, p. 287-316); Berizonce (20-?, p. 437-438).

³¹ Segundo nos informa Costa (2017, p. 455): “Dados do Município de São Paulo, de setembro de 2014, indicavam a existência de 225.806 vagas em creches e 203.415 vagas em pré-escola. A lista de crianças esperando vagas contava com 160.495 inscritos para creche e 12.082, para pré-escola”.

infantil, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação (COSTA, 2017, p. 460).

Merecem especial realce dois aspectos do presente caso. O primeiro deles é que, desde 2005, há arestos do Supremo Tribunal Federal,³² em matéria de educação infantil, que reconhecem o dever de o Estado garantir atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a cinco anos, como direito subjetivo público das crianças nessa faixa etária.

Deve, portanto, ser alvo de reflexão que, em 2013, oito anos depois, o problema tenha atingido tamanha proporção em São Paulo, como, de resto, em vários outros municípios do país.

O segundo aspecto digno de registro é o fato de o TJSP ter ministrado um remédio de clara índole estrutural e coletiva, o que demonstra que determinados problemas, por sua inegável complexidade, não se acomodam bem nas formas tradicionais de solução de conflitos, tendo sido importante a sensibilidade de realizar audiência pública.

O fato é que, ainda que não tenha resolvido totalmente o problema, essa decisão surtiu efeito e retirou os poderes públicos da situação de inércia, colocando o problema no centro da arena política.

A verdade é que houve uma mobilização social e política e foi homologado, em relação aos anos de 2017 a 2020, um acordo com a seguinte Cláusula 1: “O Município de São Paulo garantirá, no período compreendido entre 31 de dezembro de 2016 e 31 de dezembro de 2020, no mínimo, 85.500 novas matrículas em creches para a população de zero a 3 (três) anos de idade.” (vide Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002).

Pode-se perceber, portanto, que houve uma alteração no funcionamento da gestão municipal da educação infantil, de modo que foi resolvido o problema de vagas da pré-escola, houve redução – o que não deixa de merecer elogios – das vagas de creche, mas ainda se exige uma intervenção continuada (prospectiva) para a resolução do problema

³² Ex: STF – 2ª Turma – RE 436996/SP – Rel. Min. Celso de Mello – unânime – J. em 26.10.2005 – DJ de 07.11.2005; STF – Dec. monocrática – AI 677274/SP – Rel. Min. Celso de Mello – Informativo nº 520-STF.

estrutural, que não é simples. Problemas estruturais são de alta envergadura e exigem tempo e esforço consideráveis!

Por fim, cumpre fazer uma breve referência a três casos escolhidos a partir da experiência advinda da prática judicial do Estado do Rio Grande do Norte, envolvendo temáticas ligada a saúde e ao sistema socioeducativo.³³ Em todos os três casos foram determinadas medidas de intervenção judicial expropriatória (afastamento do gestor e nomeação de interventor judicial) para adoção das medidas de reestruturação das estruturas burocráticas.

No primeiro caso, a referência é à ação civil pública (Processo Eletrônico nº 0800164-42.2015.4.05.8402 – 9ª Vara Federal – Subseção Judiciária de Caicó/RN), que objetivou a intervenção judicial expropriatória ou substitutiva na Fundação Hospitalar Dr. Carlindo Dantas.

Essa entidade burocrática de natureza privada administrava o Hospital do Seridó, onde era prestada a assistência materno-infantil no âmbito municipal. Tal instituição, embora privada, contava com financiamento majoritariamente público (transferência de recursos do Ministério da Saúde) e com médicos e enfermeiros cedidos pelo Estado do Rio Grande do Norte. Diante de um cenário de verdadeiro caos (deficiências estruturais, problemas de recursos humanos etc.), foi decretada a intervenção judicial.

Após o trabalho interventivo, que trouxe melhorias consideráveis ao efetivo funcionamento da entidade,³⁴ a intervenção judicial foi extinta, em razão de decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que declarou a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação civil pública.

³³ Os três litígios foram analisados em detalhes por Medeiros e Barros (2019, p. 144-156).

³⁴ Lembram Medeiros e Barros (2019, p. 147), dentre outras melhorias, que: “Com efeito, após a determinação da intervenção judicial, a instituição hospitalar passou a ter escalas completas no âmbito da obstetrícia e da pediatria (ID nº 1121032 - página 2), sendo regularizadas as cargas horárias e salários das categorias (ID nº 1121032 - página 2), bem com ajustadas a folha de pagamento e as escalas dos plantonistas à convenção coletiva de saúde do Rio Grande do Norte (ID nº 1317124 - página 15), de modo que os salários foram postos em dia a partir de novembro de 2015”.

O problema, contudo, permaneceu na ordem das discussões, de modo que, como forma de resolver o problema da assistência materno-infantil, foi firmado acordo em outra ação civil pública (Processo nº 0104503-72.2016.8.20.0101), onde o Município de Caicó/RN assumiu a administração do Hospital do Seridó, o que resultou na extinção da Fundação Hospitalar Dr. Carlindo Dantas.

Outro litígio estrutural digno de nota foi o que envolveu a Associação de Assistência e Proteção à Maternidade e à Infância de Mossoró (APAMIM), no Município de Mossoró/RN, que era responsável pela assistência à gravidez de baixo e médio risco na referida edilidade. Diante de graves problemas, a entidade paralisou suas atividades em 04.08.2014. Foi ajuizada Ação Civil Pública nº 0800637-65.2014.4.05.8401 (8ª Vara Federal de Mossoró/RN) em face do Município de Mossoró, para garantir, via intervenção judicial, o funcionamento da Apamim ou que fosse prestada a assistência à gravidez por outro hospital.

Ao final, houve a reestruturação da entidade, o que possibilitou, como aduzem Medeiros e Barros (2019, p. 152), avanços na antiga Casa de Saúde Dix-Sept Rosado, mantida pela Apamim, por força da intervenção que ainda perdura.

O último caso lembrado – de maior proporção e envergadura – diz respeito a um grave problema que envolvia a necessidade de toda a reestruturação do sistema socioeducativo do Estado do Rio Grande do Norte, em razão do completo caos administrativo e gerencial, com inúmeros problemas operacionais, na Fundação Estadual da Criança e do Adolescente (FUNDAC), entidade responsável pelo cumprimento das medidas socioeducativas em meio fechado e ligada à Secretaria do Trabalho, Habitação e Assistência Social (SETHAS).

Em razão disso, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face da Fundac e do Estado do Rio Grande do Norte (Processo nº 0108149-70.2014.8.20.0101, 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal/RN), em que se pedia, dentre várias providências, a adoção de medidas estruturais de adequação da entidade pública às exigências da Lei do Sinase.

Foi, em razão do pedido, alcançada sentença definitiva determinando a nomeação de um interventor judicial para a adoção das providências determinadas, dentre outras próprias da gestão. Mesmo com o trânsito em julgado da sentença, de natureza prospectiva, determinando intervenção continuada na estrutura burocrática, houve a opção pela execução negociada, tendo sido feito quatro acordos na fase de cumprimento da sentença, o que resultou em inúmeras providências de reestruturação.

Dentre tantos avanços, pode-se citar, pela importância, a aprovação de uma nova lei orgânica e um novo plano de cargos, carreira e remuneração (Lei Complementar nº 614/2018), de modo que nasce uma nova estrutura: a Fundação de Atendimento Socioeducativo (FUNDASE).

Como afirmam Medeiros e Barros (2019, p. 156): “Vê-se, portanto, que a então FUNDAC deixa de existir com o andamento da intervenção judicial e passa a ser criada a FUNDASE, sendo esta totalmente reestruturada na direção de sua missão de gerir o sistema socioeducativo estadual”.

Eis, portanto, um rol bastante amplo de casos práticos em que se percebe a presença de litígios estruturais sendo trabalhados do âmbito do Poder Judiciário, sem contar os diversos casos enfrentados no âmbito da tutela coletiva extrajudicial, o que exige atenção tanto para a teoria como para a prática.

Tais litígios estruturais exemplificados neste tópico, vale muito recordar, se caracterizam pela: a) complexidade (causalidade complexa); b) multipolaridade (são policêntricos); c) mutabilidade; d) caráter prospectivo; e, e) necessidade de intervenção continuada. O objetivo final, não se pode cansar de repetir, é sempre interferir no funcionamento da estrutura burocrática!

Outro aspecto que chama a atenção, no exame dos casos práticos, é que os litígios estruturais envolvem a necessidade de reestruturação de entidades públicas, usualmente, mas podem atingir entidades privadas de

interesse público,³⁵ como nos casos da Fundação Carlindo Dantas (Caicó/RN) e a Apamim (Mossoró/RN), antes citados.

Como afirma, a esse respeito, Vitorelli (2018, p. 345): “Todavia, litígios estruturais podem visar à mudança de comportamento de entidades privadas de interesse público, como aquelas que operam uma função complementar ou associada à função estatal.”

A partir dessas características, é possível entender nuances importantes de tais conflitos, o que permite, inclusive, realizar um necessário cotejo com outros tipos bem definidos de litígios, muitas vezes confundidos com os estruturais, o que compromete a exata compreensão do objeto atual estudado.

2.2 Litígios estruturais, de interesse público e estratégicos: faces de uma mesma moeda?

No afã de espancar derradeiras dúvidas sobre os litígios estruturais, mister fazer um importante cotejo desses com os litígios de interesse público (*public interest litigation* ou *public law litigation*),³⁶ de um lado, e com os estratégicos,³⁷ de outro lado, com o fito de deixar, desde já, muito claro que não são faces de uma mesma moeda, possuindo espaço próprio no cenário jurídico.

Há, não se pode negar, confusão doutrinária frequente entre tais categorias de litígios, o que também ocorre nos Estados Unidos. Tome-se, como exemplo, a lição de Berizonce (2017, p. 266): “*Los conflictos de interés público o estratégicos son aquellos que involucran derechos fundamentales*”

³⁵ Acrescenta, ainda, Vitorelli (2018, p. 345), sobre os litígios estruturais, que: “Em terceiro lugar, é possível que esse litígio seja verificado em relação a estruturas integralmente privadas, mas que são essenciais para o mercado e a sociedade que a circundam, não podendo ser apenas eliminadas e substituídas por outras, segundo as regras de livre mercado”.

³⁶ Sobre os litígios de interesse público, é de consulta obrigatória: Chayes (2017, p. 143-188).

³⁷ Tais litígios, geralmente, são abordados por meio de estudo de casos. Nessa linha de abordagem, consultar: Garavito e Franco (2010).

colectivos, canalizados a través de los denominados litigios de derecho público, desarrollados a partir de la década de los 50 en el derecho norteamericano”.

A nosso ver, como se perceberá na sequência, o autor baralhou os três conceitos, uma vez que trata os dois primeiros litígios como sinônimos e, ao passar para a explicação, faz referência explícita ao desenvolvimento histórico dos litígios estruturais, que aconteceu na década de 50 do século passado.

Mister, portanto, passar para o cotejo mais aprofundado e preciso entre essas categorias de litígios, começando com a comparação entre os estruturais e os de interesse público.

A diferenciação com os litígios de interesse público não é simples. É, contudo, muito importante apartar os dois tipos de litígios, a fim de separar o joio do trigo. Em resumo, na linha do que afirma Barros (2017, p. 36) acerca dos litígios de interesse público, esses: “Envolvem a necessidade de controlar ações ou omissões inconstitucionais ou ilegais *em matéria de políticas públicas*”. (Grifos nossos).

A esse respeito, comenta Chayes (2017, p. 171), sobre a morfologia dos litígios de interesse público, que: “La materia en debate no es una disputa entre individuos privados y por derechos individuales, *sino que implica el funcionamiento de políticas públicas*”. (Grifos nossos).

O ponto central, portanto, é que os litígios de interesse público são aqueles que decorrem de como uma política pública se operacionaliza. Envolvem lides que visam a garantir a efetivação de direitos não só para as partes que estão no processo, mas para toda a sociedade de potenciais destinatários daquela prestação (VITTORELLI, 2018, p. 355).^{38e39}

³⁸ Lembra Salles (2003, p. 40-41) que: “Nos Estados Unidos as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são bastante usuais para designar aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição àquelas normas de interesse individual”.

³⁹ Tais litígios, para Nunes *et al.* (2019, p. 391), são motivados pela crise das instituições democráticas, que nasce da deficiência do Poder Executivo em promover políticas públicas necessárias para a garantia de direitos fundamentais e na falta de agenda política do Poder Legislativo que, por vezes, esquiva-se de questões de alto impacto, de modo que as decisões políticas findam transportadas para o Poder Judiciário.

Sobre o assunto, digna de lembrança a lição de Garapon e Papadopoulos (2008, p. 224-226):

En el modelo contencioso de interés público, el objeto del conflicto no es ya una controversia entre particulares, sino más bien unos reclamos que van tras la oportunidad, la puesta en práctica o la evaluación de políticas, con mucha frecuencia públicas, pero también muy frecuentemente de grandes empresas (organismos de gestión de portafolios, fondos de pensión, asociaciones de gran tamaño que se inmiscuyen en la vida de una multitud de personas...). El paisaje jurídico cambia de fondo enteramente. [...] Ya que los casos atañen a políticas de órganos públicos o de grandes entidades de derecho privado, las decisiones jurisdiccionales producen efectos jurídicos para el futuro que exceden necesariamente los derechos y las obligaciones de las partes en la instancia. [...] En esos casos, el juez cambia de sombrero para convertirse en un verdadero gerente, un administrador de intereses conflictivos, frecuentemente enredados [...]. Él está, en efecto, habituado a interponerse entre diversos grupos de presión y a transformar el pretorio en una tribuna para todos aquellos que pueden concurrir al debate público y a unas formas de acción colectiva. La estructura misma del proceso, de triangular como era, se convierte en policéntrica.

A litigância de interesse público (LIP), portanto, é própria da tutela coletiva e das ações que envolvem controle de constitucionalidade, pois atinge tanto o controle de políticas públicas quanto direitos vindicados em face do Poder Público, com o objetivo de serem estendidos a toda a coletividade.

Vitorelli (2018, p. 357-358) apresenta exemplos de litígios de interesse público que não são estruturais, pois não envolvem a reestruturação de entidade. São eles: a) o paradigmático caso *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte dos EUA, em ação individual, considerou inconstitucional a proibição do aborto em leis estaduais; b) o direito de pessoas do mesmo sexo se casarem (ADI 4277 e ADPF 132), que foi imposto aos serviços notariais pela Resolução 175/2013-CNJ.

Mas a litigância de interesse público no Brasil pode envolver também litígios estruturais? Certamente sim, embora o conceito dos

litígios de interesse público seja mais amplo, uma vez que alcança quaisquer ações ou omissões do Poder público, que atinjam a coletividade!

É possível visualizar diferenças entre os conflitos de interesse público e os estruturais, justamente porque os primeiros se relacionam a ações ou omissões do Estado de um modo geral, ainda que, por vezes, demandem ordens estruturais.⁴⁰

Os litígios de interesse público, na linha de pensamento de Verbic, podem ser de dois tipos: a) os conflitos que demandam o controle de constitucionalidade de uma determinada situação fática e exigem, como único meio viável para tutelar os direitos afetados, uma decisão estrutural; b) os conflitos que, embora demandem do Poder Judiciário decidir sobre a constitucionalidade de ações ou omissões do poder estatal em matéria de políticas públicas, comportam decisões comuns, que não adquirem a complexidade das do tipo estrutural (VERBIC, 2015b, p. 291-292).

Assim, embora processos de interesse público possam ser estruturais, nem todos o serão, pois muitos deles não são tão complexos a ponto de exigirem verdadeiras reformas estruturais.

São identificáveis, consoante preciosa lição de Vitorelli (2018, p. 356-358), não obstante as semelhanças existentes, três diferenças marcantes entre os litígios e os processos de interesse público e os litígios e processos estruturais. São eles: a) um litígio ou processo de interesse público não implica, como algo necessário, a reestruturação de uma organização, pois visa à implementação de um direito pela estrutura estatal; b) os litígios de interesse público, ao contrário dos estruturais, podem ser conduzidos por outras vias,⁴¹ que não o processo coletivo; c)

⁴⁰ Comenta, a esse respeito, Moreira *et al.* (2016, p. 259) que “A rigor, muitos dos processos em que se discutem políticas públicas acabam por envolver *reformas estruturais*, visando a alterar práticas, políticas ou dinâmicas de dada instituição (a qual, aliás, pode ser pública ou privada) que comprometem o seu adequado funcionamento – e, não raras vezes, não se fazem necessárias apenas *reformas*, mas verdadeiras *construções institucionais* [...]. O problema é complexo e policêntrico, demandando comunhão de esforços para o desenho e redesenho de possíveis soluções”.

⁴¹ Ex.: processos individuais (por meio da criação de precedente obrigatório) ou controle abstrato de constitucionalidade. Segundo Vitorelli (2018, p. 357): “Assim, enquanto todo processo estrutural é um processo coletivo, qualquer processo pode ser de interesse público, desde que se busque, por seu intermédio, a implementação de

os litígios e processos de interesse público se voltam apenas contra o Estado, enquanto os estruturais podem envolver entes privados.

Tem-se, portanto, que um processo de interesse público se volta para a “[...] transformação da esfera público-governamental: criação ou implementação de direito novo ou de conduta estatal nova, pela via dos precedentes obrigatórios, do controle de constitucionalidade ou do processo coletivo, em favor de toda a sociedade” (VITORELLI, 2018, p. 359).

Já os litígios estratégicos são uma prática diferenciada de litígios que, segundo Cardoso (2011, p. 366),

[...] busca, por meio do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos Tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas.

Tais precedentes podem ter lugar em temas de direito público ou privado.⁴²

A ideia de litígio estratégico, portanto, está associada à utilização mais eficiente do sistema de justiça para a solução, com um viés futuro mais amplo em matéria de beneficiados, para problemas complexos e persistentes.

Como ensina Almeida (2017, p. 528), o litígio estratégico se diferencia pela forma de litigar, que envolve diagnóstico do problema,

direitos que estão sob a responsabilidade do Estado, não apenas para as partes, mas para todos os indivíduos que integram a sociedade de destinatários daquela prestação”.

⁴² Segundo Vitorelli (2018, p. 361-362): “Se o processo é estratégico, a condução será feita pensando no coletivo, em como essa tese, caso vitoriosa, poderá ser aproveitada pelo conjunto de pessoas que está na mesma situação. Geralmente, isso será feito por um órgão que tem a capacidade de realizar a articulação estratégica como uma associação, sindicato, o Ministério Público ou mesmo a advocacia pública. [...]. Assim, não só os processos estruturais e processos de interesse público podem ser estratégicos, mas também processos individuais, do interesse do representante de agentes econômicos privados, desde que sua conduta seja condicionada por um objetivo que transcende os interesses da parte litigante”.

planejamento, análise de riscos e dos espaços onde se dará esse litígio, a avaliação e os ajustes do plano. É muito comum em matéria de violações a direitos humanos!

Fixe-se, portanto, que nos processos que nascem de litígios estratégicos o objetivo não é, primordialmente, a resolução do problema entre as partes, mas o estabelecimento de uma nova compreensão do direito, para que ela seja aplicada a outros casos. Enfim, os processos estratégicos podem ser de direito público ou de direito privado e sua condução é orientada não pelo interesse das partes, mas pela melhor forma de desenvolver e fixar a tese jurídica (VITTORELLI, 2018, p. 365-366). Dependem, portanto, de uma decisão adjudicada, pois a tese, as mais das vezes, exige um processo contencioso, próprio do modelo adversarial.

Já no que concerne à litigância de interesse público (LIP) e à estrutural, a situação é bem diferente, pois, diante de sua complexidade, da necessidade de conhecimento do problema, participação social e gestão adequada do conflito, justifica-se a aposta na solução consensual, valorizando-se o empoderamento das partes, sobretudo quando se está diante de problemas coletivos que envolvem políticas públicas.^{43e44}

⁴³ Souza (2019, p. 189), com os olhos na prática, tece fortes críticas à forma como se tem chegado aos ajustes nos compromissos de ajustamento de conduta, aduzindo que: “Mesmo quando se aceita a utilização do caminho consensual para a solução de conflitos que envolvem direitos e interesses de natureza coletiva, diversos problemas surgem devido ao manejo inadequado do instrumento legalmente previsto (o termo de ajustamento de conduta – TAC), inclusive pela falta de uma previsão legislativa expressa acerca do processo a ser empregado para chegar à celebração do ajuste. Muitos dos órgãos legitimados para a celebração do TAC entendem que devem redigir o conteúdo do TAC sem ouvir previamente todos os envolvidos (sejam os atores privados, sociais e econômicos, sejam os demais entes públicos competentes), sem cogitar de diferentes caminhos para a solução do problema, sem levantar exaustivamente os fatos e possíveis soluções técnicas. Redigem, assim, autênticos ‘contratos de adesão’, convocando aqueles que foram identificados como responsáveis pela irregularidade a se comprometerem com obrigações que entendem unilateralmente como as mais adequadas para resolver o conflito, normalmente sob ameaça de ajuizamento de ação civil e/ou penal pública. A celebração de ‘acordos’ em tais condições costuma resultar, quase sempre, em descumprimento dos tais TACs, permanecendo o problema sem solução efetiva”.

⁴⁴ O STJ já teve a oportunidade de reconhecer a nulidade de TAC firmado sem que tenha por base um processo de negociação, o que demonstra que deve resultar da

Dentre os métodos consensuais de solução de conflitos, vale destacar que, nos tipos de problemas ora tratados, sobressai o mecanismo da negociação, que permite a solução diretamente pelas partes, na linha da consensualidade. A esse respeito, lembra Chayes (2017, p. 171) que na LIP, o que é válido para os litígios estruturais: “*La mediación no es impuesta sino negociada*”.

É preciso, portanto, entender mais e apostar na negociação como método de solução consensual de conflitos, devendo-se passar a centrar esforços no “como” negociar melhor. Cabe, no caso, a seguinte indagação (BARROS, 2020b, p. 8): Como negociar com mais qualidade e de modo mais profissional, a fim de alcançar consensos mais sólidos e efetivos para dar conta dos graves problemas coletivos, especialmente os que envolvem políticas públicas?

O primeiro passo, sem dúvida, é entender mais sobre negociação, que, segundo lição de Arlé (2018, p. 10), pode ser definida como um processo técnico de comunicação entre as partes do conflito, que, sem a intervenção de um terceiro, visam a encontrar, conjuntamente, a melhor solução para resolvê-lo, sendo a negociação, assim, um processo direto de autocomposição.⁴⁵

Esse método, que também é chamado de negociação direta ou resolução colaborativa, caracteriza-se, portanto, por ser um processo de comunicação direta entre as partes envolvidas na disputa, no afã de alcançar uma solução consensual materializada em um acordo, individual

construção de um consenso. Consta do citado julgado: “[...] é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas [...]. Para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial”. (STJ, 1ª. Turma, REsp 802.060/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 17.12.2009, DJe de 22.2.2010).

⁴⁵ Segundo Pinho e Alves (2016, p. 124): “Em uma acepção estrita, a negociação é um processo bilateral de resolução de impasses ou de controvérsias, no qual existe o objetivo de alcançar um acordo conjunto, através de concessões mútuas. Envolve a comunicação entre as partes envolvidas, o processo de tomada de decisão (sob pressão), e o alcance de uma solução.”

ou coletivo. O protagonismo, portanto, é das partes envolvidas no litígio! Supõe o domínio da técnica da negociação ética, exigindo atuação profissional⁴⁶

Quando se pensa em litígios muito complexos, como os estruturais e os de interesse público, especialmente aqueles de natureza coletiva, a negociação se apresenta com importância mais central, já que tais conflitos envolvem problemas não só jurídicos, mas também sociais, políticos e econômicos, englobando sérias discussões, não resolvidas só pela lei,⁴⁷ sobre a interferência do sistema de justiça na gestão pública, no orçamento público etc.

Tendo em conta esse desafio, Barros (2020b, p. 25) indica vantagens notáveis da negociação: a) busca pelo consenso (permite que o direito seja concretizado a partir de consensos emancipadores); b) maior informalidade; c) pode garantir a manutenção do relacionamento e permitir êxito em futuros ajustes com a mesma parte; e, d) sua dinâmica facilita a participação de grupos de interesses na construção da decisão (ganho de legitimidade).

Nem se insista na ultrapassada ideia de que não haveria lugar de destaque para a negociação na tutela coletiva, pois os direitos transindividuais possuem a nota da indisponibilidade.⁴⁸

⁴⁶ A negociação deve ser desenvolvida segundo o Guia de Negociação da *Harvard Business Essentials* (vide CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015). Para informações mais consistentes sobre o programa de negociação desenvolvido pela Escola de Harvard, vale consultar: Fisher, Ury e Patton (2018); Ury (2015) e Weiss (2018).

⁴⁷ Moreira *et al.* (2016, p. 67), ao tratar da importante máxima da *common law* de que *remedies precede rights*, leciona que: “Os direitos coletivos não são – nem devem ser – estatuídos de antemão (o que implicaria a sua limitação). As suas fronteiras e o seu conteúdo são definidos pelos casos concretos postos a exame do Judiciário – o que também acentua a importância da cultura dos precedentes”.

⁴⁸ Indisponibilidade não se confunde com intransigibilidade, como está expressamente preceituado no art. 3º da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015): “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida oitiva do Ministério Público”.

A grande verdade é que, dentro de uma moldura legal imprecisa,⁴⁹ existe grande espaço de concretização dos direitos transindividuais (*remedies precede rights*), havendo ambiente para a construção interpretativa do tempo, modo, lugar e até da forma de concretização,⁵⁰ muitas vezes precisando fixar um regime de transição até que a realidade seja alterada. É possível, portanto, tratar da negociação sobre o direito material e, também, sobre o processo judicial atual ou futuro (convenções processuais – art. 190 do CPC/2015)!

Para uma boa negociação em matéria de tutela coletiva é necessário um adequado diagnóstico do problema, baseado em estudos técnicos qualificados, bem como uma pauta bem definida e muita atenção com a participação dos grupos sociais atingidos.⁵¹ Como lembra Souza (2019, p. 195): “Em suma, não basta assegurar a participação social, é preciso assegurar a utilização de métodos pelos quais a manifestação das diferentes visões de grupo possa ser canalizada de forma construtiva, [...] no sentido de proteger todos os interesses envolvidos”.

Bem delineados, pois, os litígios estruturais, já há lugar para analisar, mais de espaço, o processo estrutural, o que será feito na segunda parte deste artigo.

⁴⁹ Como informa Souza (2019, p. 191): “Para este fim, a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites”.

⁵⁰ Centrado na atuação do Ministério Público, digna de transcrição a lição de Gavronski (2015, p. 152): “Assim, quando o membro do Ministério Público, num TAC ou numa Recomendação, especifica as condições de modo, tempo e lugar para implementação de determinado direito, ou o conteúdo de algum conceito jurídico indeterminado, ou, ainda, identifica as consequências de aplicação de determinada regra ou princípio jurídico para, no caso concreto, bem definir as obrigações do apontado responsável pela ameaça ou lesão a direitos coletivos que são necessárias para prevenir ou corrigir uma ou outra, não está dispondo desses direitos, mas antes os concretizando, vale dizer, interpretando-os à luz do caso concreto e definindo os elementos essenciais para a sua efetivação. Bem ao contrário de disposição, o que se está fazendo é afirmar o direito e definir condições e especificações sem as quais sua efetividade ficaria prejudicada”.

⁵¹ Segundo Muñoz (2010, p. 34): “*Como estructura básica en la negociación se pueden describir una fase preparatoria, una fase de inicio y programación de la negociación propiamente dicha y la consecución de acuerdos, seguida de la eventual monitorización del cumplimiento y la revisión de los acuerdos periódicamente*”.

DOS LITÍGIOS AOS PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS (PARTE II):

PROCESSO COLETIVO E NEGOCIAÇÃO ESTRUTURAL

*Marcus Aurélio de Freitas Barros**

RESUMO

O presente trabalho, a partir do estudo da evolução da tutela coletiva no Brasil e com olhar atento a exemplos práticos, tem por objetivo precisar conceitos importantes e contextualizar a necessidade do estudo de temas ligados ao processo coletivo brasileiro, como: os litígios coletivos, focando em sua mais moderna classificação; os litígios estruturais e suas principais características; o processo coletivo estrutural e seu desafio para o intérprete; e as decisões e os acordos estruturais, com ênfase nas técnicas para a produção da solução consensual ou adjudicada para o problema coletivo. Ao final, o trabalho demonstra que a compreensão da interface e concatenação entre esses conceitos e a visão sobre como eles se apresentam na prática permitem ampliar os horizontes para o alcance de uma tutela coletiva de qualidade no Brasil.

Palavras-chave: Tutela Coletiva. Teoria do conflito. Litígios estruturais. Processo coletivo. Técnicas de negociação e decisão.

* Doutorando pela Universidad del Paes Vasco/ES, Mestre em Direito, Sociedade e Estado pela Universidad del Paes Vasco/ES, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Professor Adjunto da UFRN, Professor da Pós-Graduação da UFRN, Universidade Potiguar (UnP), Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN) e Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN), Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC), Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (CEAF/MPRN), Presidente do Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil (CDEMP). Contato: marquinhos@supercabo.com.br.

Nota do autor: conforme anunciado na “parte I”, no final desta “parte II”, encontram-se as referências concernentes aos dois textos.

1 DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS AO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

Como já se afirmou na primeira parte deste trabalho o processo coletivo é uma técnica colocada à disposição da sociedade para proteção de direitos transindividuais violados no contexto de litígios coletivos.

Sendo assim, a partir das características e dos desafios próprios dos litígios empiricamente verificados, é que se deve construir, com base na legislação e na interpretação jurídica, o modelo de processo coletivo próprio para o caso concreto, prestigiando-se o devido processo legal coletivo.

Não é diferente quando se coloca em evidência os litígios estruturais,¹ já examinados na primeira parte deste artigo. É a partir das noções desse tipo de litígio que se evidenciam com facilidade os entraves de se tratar as lides complexas e de interesse público como conflitos comuns, submetidos à sistemática processual bipolarizada, linear, que se esgota em um provimento orientado para a reparação do dano, tão somente, sem levar em conta a efetividade que se espera do provimento jurisdicional estruturante (NUNES; FARIA, 2019, p. 287).

O grande problema atual é se querer tratar o processo coletivo a partir de uma lógica individualista,² mantendo, mesmo na tutela coletiva judicial, o modelo de um processo bipolar (entre duas partes),³ adversarial

¹ Afirgam Nunes e Faria (2019, p. 287) que: “A ideia de mudança da estrutura social, econômica e cultural por meio de medidas judiciais prospectivas, isto é, orientadas para o futuro, é uma das notas características desse tipo de litígio denominado estrutural”.

² Denuncia Arenhart (2017b, p. 477) que: “[...] a tutela coletiva brasileira, *grasso modo*, pode ser resumida em um processo ‘individual’, no qual o autor da demanda se legitima à proteção do interesse de terceiros ou de toda a 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 dos 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”.

³ Lembram Nunes e Faria (2019, p. 288) que: “[...] o processo coletivo tem se apresentado como um verdadeiro litígio individual, revelando-se uma contenda dual, bipolar,

e dirigido à produção de provas e alcance de um provimento voltado para o passado, com objetivo meramente reparatório. Isso, infelizmente, tem sido a tônica da tutela coletiva, judicial ou extrajudicial no Brasil!

Ao se fazer isso, o processo coletivo estrutural estará fadado ao insucesso, não atendendo, nem de longe, aos reclamos dos litígios coletivos estruturais em termos de devido processo legal coletivo.

É preciso, portanto, ter muita atenção e clareza na compreensão exata do processo coletivo estrutural, sendo de bom tom lembrar, consoante lição precisa de Vitorelli (2018, p. 365), que

4) Processos estruturais são demandas judiciais nas quais se busca reestruturar uma instituição pública ou privada cujo comportamento causa, fomenta ou viabiliza um litígio estrutural. Essa reestruturação envolve a elaboração de um plano de longo prazo para alteração do funcionamento da instituição e sua implementação, mediante providências sucessivas e incrementais, que garantam que os resultados visados sejam alcançados, sem provocar efeitos colaterais indesejados ou minimizando-os. A implementação desse plano se dá por intermédio de uma execução estrutural, na qual suas etapas são cumpridas, avaliadas e reavaliadas continuamente, do ponto de vista dos avanços que proporcionam. O juiz atua como um fator de equilíbrio da disputa de poder entre os subgrupos que integram a sociedade que protagoniza o litígio [...].

Trocando em miúdos, o mesmo Vitorelli (2018, p. 348) indica os seguintes desafios dos processos estruturais: 1) a apreensão das características do litígio, em toda sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar de maneira

enquanto os sujeitos componentes do grupo titular do bem jurídico tutelado acabam sem voz ativa, tendo que suportar os efeitos da decisão proferida, sem terem participado diretamente de sua formação. Com efeito, tanto na formulação do pedido quanto na condução do processo, acaba prevalecendo a vontade do autor coletivo, que, por vezes, pode não ser exatamente a mesma vontade da sociedade”.

reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.

Vê-se, portanto, que o processo coletivo estrutural nada mais é do que um instrumento notável de participação política!

Coloca, na verdade, o litígio coletivo (que deve ser posto de forma bem rente à realidade), no centro do debate político, de forma a que se passe a, continuamente, adotar amplas e sólidas medidas de reestruturação da entidade responsável pela violação, resolvendo o problema prospectivamente.

Um detalhe interessante é que, por intermédio da elaboração de um plano e de sua implementação, será necessário criar um regime de transição,^{4e5} até que se chegue à efetiva reorganização da entidade, e, por

⁴ Ao tratar de efeitos jurídicos da pandemia decorrente da Covid-19, lembra Vale (2020, p. 3-4): “Imagine, por exemplo, os problemas decorrentes do inadimplemento generalizado de contratos administrativos pelo Poder Público, em razão da escassez de recursos ocasionada pela Covid-19. Trata-se de situação deveras complexa e que exigirá, por certo, o estabelecimento de um regime de transição, pois a solução somente advirá de uma reforma estrutural. A doutrina tem dedicado substancial tempo para tratar do processo judicial estrutural, impondo-lhe características como flexibilidade e regime bifásico (1 – Primeiro é reconhecido o problema estrutural 2 – Estabelece o prospecto de reestruturação), apenas para apontar algumas”.

⁵ O regime de transição tem, atualmente, previsão expressa no art. 23 da LINDB, cuja redação é a seguinte: “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

consequente, à solução do problema estrutural e afirmação, na prática, do direito transindividual.

Lamentavelmente, é raro que litígios estruturais sejam resolvidos pela via dos processos estruturais, pois esses são longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa intrincada, de modo que findam sendo evitados, havendo uma fuga para os processos individuais, ainda que voltados apenas para a tutela de meras consequências do problema, o que não o resolve, já que a causa do litígio coletivo permanece intocada, como tem sido exemplo eloquente e claro a judicialização da saúde no Brasil.

É preciso, portanto, alertar para essa incongruência, já que problemas complexos exigem soluções complexas e não arremedos de resultados pontuais que mais aprofundam do que propriamente resolvem o problema.

É preciso, portanto, a partir das características dos litígios estruturais, perceber e aprofundar os impactos que devem produzir no âmbito do processo coletivo, passando a refletir sobre os desafios do devido processo legal estrutural no direito brasileiro, o que exige tratamento específico.

1.1 O devido processo coletivo estrutural: os impactos dos litígios estruturais no processo coletivo

Já se pode perceber que não se deve admitir um modelo único de processo coletivo. A regulação desse tipo de processo deve ser de tal modo flexível que seja apta a tutelar de maneira eficaz os mais variados litígios, levando-se sempre em conta as peculiaridades apresentadas no caso concreto, o que se apresenta de forma mais enfática diante de litígios estruturais, cuja complexidade e aguda conflituosidade exigem um modelo distinto de processo coletivo.⁶

⁶ Afirma Medeiros Júnior (2018, p. 95) que “[...] nota-se que o processo estrutural, apesar de se utilizar de institutos próprios dos processos coletivos e do processo civil, deve ter uma base teórica própria. Assim, defende-se uma teoria autônoma do processo estrutural”.

Alguns institutos como legitimidade, competência e autocomposição findam precisando ser reconstruídos na direção de se alcançar, a partir das exigências dos litígios empiricamente verificados, um devido processo coletivo.

Em matéria de legitimidade para o processo estrutural, chama a atenção o problema da representação. A representação processual coletiva em geral já é bem peculiar.⁷ Como afirma Vitorelli (2019, p. 171), tal distinção em tema de representação decorre do fato de que: “[...] não há qualquer interesse coincidente entre o representante e os representados. O processo coletivo brasileiro optou por atribuir a condição de representante coletivo a pessoas que não têm interesse direto na solução do conflito”⁸.

A única solução para o déficit de representação é complementar com boas estratégias de participação efetiva dos vários grupos envolvidos no litígio coletivo, sobretudo nos estruturais. Mas como encontrar o necessário equilíbrio entre representação processual e participação nos processos estruturais? Certamente, não é tarefa fácil, exige esforço e compreensão da teoria da representação!

⁷ Arenhart (2017a, p. 426-427) é peremptório ao afirmar que: “É curioso notar como o processo coletivo – e particularmente, o processo coletivo brasileiro – ‘abstrai’ as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. [...]. Ao que parece, a legislação supõe que esses agentes públicos, pela simples razão de estarem vinculados a uma instituição pública, acabam por adquirir uma imaginada ‘onisciência’, de modo a conseguir representar com seu pedido de tutela jurisdicional – e, posteriormente, com seu agir processual – todo o anseio da sociedade. Obviamente, essa impressão não é real e o processo coletivo acaba por transformar-se no desejo de uma pessoa – ‘ungida’ de um cargo público ou, eventualmente, da representação de certa associação – que se proclama arauto da sociedade e que formula os pedidos que deseja e conduz o processo da forma como quer”.

⁸ O mesmo Vitorelli (2019, p. 171) adverte que “A representação processual carece de uma série de elementos reputados essenciais pela teoria política. O representante não é escolhido pelo grupo, nem a ele presta contas, não compartilha de suas perspectivas sociais, não é obrigado a verificar seus interesses e suas opiniões, nem a se orientar em relação a eles. O que o processo civil usualmente conhece como representação de grupos é apenas a expressão eufemística da escolha pragmática do legislador para que alguém aja, de acordo com sua própria convicção, em nome de outros, que são excluídos de participação. Não existe uma teoria representativa que possa ser aplicada para se chegar a esse resultado”.

O primeiro passo é perceber, consoante já desenvolvido anteriormente, a partir do litígio concreto, quais são os titulares do específico direito transindividual que está no centro do debate, pois é em face desses que deverá haver, em alguma medida, interação entre o legitimado coletivo e os titulares atingidos.

No caso dos processos estruturais, não se pode esquecer, são vários os grupos atingidos pelo litígio, de forma qualitativa e quantitativamente diferentes, gerando perspectivas e interesses diferenciados em face do litígio quando se tem em conta os inúmeros grupos afetados em maior ou menor medida. Apesar dessa variação de perspectivas, é fato que, se vistos a partir da lesão, os direitos têm titularidade definida.⁹

É preciso, de algum modo, aferir se o legitimado extraordinário é adequado para representar os grupos envolvidos, bem como acompanhar, durante o curso processual, a atuação do legitimado coletivo. Deve haver um controle, pelos diversos titulares do direito no problema concreto, da condução do processo coletivo pelo representante (PEÇANHA *et al.*, 2018, p. 286).

Os mesmos Peçanha *et al.* (2019, p. 287), com o olhar no já examinado caso Samarco (litígio irradiado), afirmam que

No caso do litígio de Mariana, é preciso que o representante processual esteja sempre em comunicação com os diversos grupos do litígio. Com isso, será possível aferir as reais pretensões dos grupos afetados em todas as suas particularidades. Apenas o grupo afetado, por meio do diálogo com o legitimado extraordinário, pode informar a real extensão do dano causado e as necessidades dele decorrentes. Por exemplo, os pescadores que tiveram sua fonte de renda prejudicada, a população que ficou sem abastecimento de água por dias.

⁹ Segundo Vitorelli (2019, p. 174): “O princípio da titularidade definida é fundamental para a estruturação de um processo representativo porque é a partir da identificação dos titulares do direito que se pode determinar quem é o grupo que será considerado representado e, com ele, quais são as vontades, interesses e perspectivas relevantes para a atuação do legitimado coletivo”.

Tal lição, contudo, não é suficiente, uma vez que deixa em aberto algumas indagações. Como deve ser este diálogo necessário entre representante e representados? O representante deverá seguir o desejo e sempre promover os interesses dos representados? Isso é possível nos litígios estruturais, diante do altíssimo nível de conflituosidade existente? Como se disse anteriormente, o caminho a ser alcançado é um equilíbrio entre a atuação do representante e a participação dos grupos representados.¹⁰

É preciso, segundo Vitorelli (2019, p. 173), que haja alguns inevitáveis momentos de autorização, nos quais o representante possa consultar os representados sobre sua conduta (avaliação antecipatória), bem como momentos de prestação de contas (avaliação retrospectiva), sobretudo quando adotar algumas medidas que contrariem a posição inicial de grupos representados. Esses momentos constituem instâncias participativas dentro do processo representativo.¹¹

Essa exigência de aumentar a participação social, segundo Ferraro (2017, p. 551-552) pode ter diferentes justificativas, tais como: a) todos tem que ter voz (fundamento democrático); b) garantir a qualidade da decisão judicial (fundamento deliberativo); c) é fundamental para a delimitação do problema e a concretização de uma possível solução (fundamento pragmático).

¹⁰ Afirma Cota (2019, p. 114) que “Há, aqui, uma mudança de pensamento e de atitude, tornando-se a participação essencial nos processos estruturais, como uma garantia processual constitucional dos titulares do direito material violado, na esteira de carrear efetividade e legitimidade ao provimento jurisdicional e, bem como, proteção e voz a esses titulares de direitos alijados”.

¹¹ O mesmo Vitorelli (2019, p. 176) leciona que “Os momentos de avaliação antecipada e retrospectiva não devem ser reduzidos a eventos meramente proforma. O fato de não se poder definir regras abstratas de qualidade de representação não deve inibir que, concretamente, grupos e representantes estabeleçam, em conjunto, regras claras para reger sua relação ao longo do tempo. A esse postulado se denomina princípio da atuação orbital do representante, para demonstrar que sua atuação, embora não esteja amalgamada à vontade dos representados, não pode deles se afastar indefinidamente. Demonstra também que os conflitos entre representante e representados, em um processo coletivo, são admissíveis, mas não são naturais e demandam a adoção de providências tendentes à sua superação”.

Também no âmbito da tutela coletiva extraprocessual, que busca sólidos consensos, vale a lição de Daher (2019, p. 90): “Não se pode olvidar, doutro giro, que tais consensos devem ser alcançados mediante a mais ampla participação dos atingidos e demais interessados, garantindo-se a legitimidade dos acordos”.

Chega-se, portanto, ao momento de examinar como pode se dar essa avaliação antecipatória e prospectiva por parte dos representados em relação à atuação do representante,¹² o que potencializará, pela via da participação social, a representação processual.¹³

Além da relação endoprocessual, é preciso imaginar garantias necessárias à estruturação da relação extraprocessual existente entre o legitimado coletivo e a sociedade que titulariza o direito material, mas, por força da dinâmica processual, não participa do processo estrutural.

Seriam suficientes os instrumentos já previstos na lei processual, tais como a audiência pública e o *amicus curiae*, para garantir essa participação? É mister pensar formas inovadoras de participação social. O *amicus curiae* se limita a atuação processual. Já as audiências públicas, na verdade, não são suficientes para uma efetiva participação pública, pois se limitam a garantir, no máximo, informação e consulta,¹⁴ quando uma

12 Afirma Vitorelli (2019, p.177), ao tratar do princípio da complementariedade entre representação e participação, que “[...] a representação deve ser construída como relação, que pressupõe diálogo entre os envolvidos para a construção de uma verdade possível”.

13 Lembra Cota (2019, p. 114-115) que: “Na ótica dos litígios estruturais, policêntricos, altamente complexos, com interesses imbricados e com um objetivo prospectivo, como explanado, aponta-se a necessidade de revisitar todo o modelo de participação e representação dos interesses nos processos coletivos [...]. Adequar essa realidade a uma concepção constitucional democrática de processo se mostra essencial, especialmente ao se tratar da participação em complementariedade à técnica de representação processual”.

14 Ainda que tratando da audiência pública na função administrativa, Melo (2016, p. 112), lembra o fato de que: “A audiência pública possui caráter consultivo, pois a participação viabilizada por meio desse processo participativo ocorre por meio da influência na captação do interesse público em relação a determinado assunto. As opiniões tornadas públicas por meio da audiência exercerão influência sobre a decisão final tomada pelo administrador público, o qual deverá, em não acatando o resultado coletado publicamente, declinar de modo suficiente os motivos que o levaram a tanto”.

efetiva participação deveria produzir, além disso, envolvimento, colaboração e o efetivo empoderamento das partes para conduzirem a nova situação.

Segundo Pesçanha *et al.* (2018, p. 286-287), é preciso pensar em formas mais amplas de participação, tais quais a promoção de eventos participativos para conhecer as expectativas da sociedade em relação ao resultado do litígio, consultas feitas na *internet*, condução de audiências públicas, realização de pesquisas quantitativas e qualitativas entre os envolvidos, reuniões informais com lideranças etc.

Nesses eventos participativos, de avaliação antecipatória ou de prestação de contas (avaliação retrospectiva), é importante ter a preocupação de incluir participantes de todos os subgrupos, inclusive daqueles que discordam das pretensões majoritárias.

Na verdade, consoante preciosa lição de Vitorelli (2017, p. 395-396), que defende um método dialógico de condução do processo, baseado na proposta de Stephen Yeazell, que chamou de *town meeting*,¹⁵ devem-se fomentar ocasiões de diálogos ampliados com a sociedade impactada, nos moldes da atuação de órgãos administrativos e legislativos.

Para o autor (2017, p. 396), “Realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados. Isso ajuda a contornar o problema do grande número de pessoas que serão impactadas pelo processo”. Segundo escólio de Arenhart (2017, p. 448):

O processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução

¹⁵ Acerca dos litígios estruturais, bem comenta Cota (2019, p. 118): “Considerando essa grande despolarização da demanda e as diversas zonas de interesse dos diferentes grupos sociais atingidos, é imperioso o estabelecimento de uma *town meeting*. [...]. O magistrado serve-se dos mais diversos mecanismos de fomento da participação de uma ampla gama de interessados, de forma direta ou indireta, com uma constante revisitação dos fatos. O que se visa garantir é a apreensão dos interesses em jogo, das dissonâncias existentes (essenciais em qualquer democracia) e das falhas nas propostas de equacionamento do litígio, entre outras questões intimamente ligadas à sua solução”.

jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação. Simulando o verdadeiro papel de um parlamento, constrói-se uma ferramenta adequada ao debate esperado, que legitima a atividade judicial.

Esse modelo dialógico, que incentiva a participação, foi evidenciado no caso Mendonza, já tratado neste trabalho. No caso, a Suprema Corte argentina, diante da poluição do Riachuelo, instaurou procedimento dialógico que envolveu a *Defensoria del Pueblo*, diversas organizações da sociedade civil, mais de 3.500 fábricas que operavam na região, diversas universidades e cientistas, promovendo um sistema de *accountability* vertical e horizontal (VITORELLI, 2017, p. 397).

Tem-se, portanto, que é fundamental, nos processos estruturais, associar participação dos grupos atingidos com a representação processual. Resta, por fim, uma indagação sobre esse tema: o que fazer se houver conflito de interesses? Se algum dos grupos não estiver adequadamente representado? É possível se falar, nos processos estruturais, em plurirrepresentatividade?

É preciso, de alguma maneira, repensar a ideia de que, em todas as ocasiões, um único legitimado extraordinário pode ser o porta-voz da sociedade lesada, quando existem grupos atingidos bastante heterogêneos e com interesses inconciliáveis em face do litígio coletivo. Sobre o assunto, pondera Cota (2019, p. 289) que “Se houver grupos com interesses antagônicos, é inviável que sejam representados por um mesmo legitimado extraordinário no processo coletivo”.

É preciso pensar, portanto, em algo nunca antes pensado em termos de processo individual ou coletivo: a plurirrepresentatividade.¹⁶

¹⁶ Ensina Vitorelli (2019, p. 181) que “Em última análise, caso a atuação do representante se afaste recorrentemente ou conflite irreconciliavelmente com as opiniões de um grupo substancialmente determinado e fortemente impactado pelo conflito, é dever do representante considerar sua própria inadequação para o papel, total ou parcialmente. Percebe-se, desse modo, que quanto mais complexa e conflituosa for a

Segundo Vitorelli (2016, p. 589), a representação do subgrupo divergente pode ser assumida por outro agente público do mesmo órgão, se ele gozar de independência funcional, ou por legitimado distinto, que esteja de acordo com as pretensões da classe.

Bem examinado o sério problema da representação processual em graves litígios estruturais, cabe tecer breves comentários, ainda, sobre a competência e a autocomposição.

Em relação à competência, lecionam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019, p. 110), ao tratar dos litígios irradiados, o que serve para os estruturais, que a competência para processar e julgar esse tipo de conflito: “[...] deve levar em consideração o local onde estejam as pessoas mais proximamente atingidas pela lesão – o local do epicentro da lesão”. Não é bem assim. É preciso sopesar também, como um elemento importante, a estrutura do juízo para processar causas de tamanha magnitude (PEÇANHA *et al.*, 2018, p. 292).

Ainda que não se trata de litígio estrutural, mas irradiado, tome-se, por oportuno, o exemplo do desastre de Mariana/MG. Nesse caso, foi definido que a competência para o julgamento do processo coletivo seria do Juízo Federal de Belo Horizonte/MG. A decisão atende os reclamos do litígio, pois é um juízo de um Estado atingido de forma central pelo desastre e com mais estrutura do que juízos mais próximos da tragédia.

O grande problema é que, na prática, o fundamento para a determinação da competência foi o critério da prevenção (art. 2º da Lei de Ação Civil Pública),¹⁷ que é absolutamente inadequado para fazer face à complexidade natural de um conflito dessa envergadura, como acontece nas lides estruturais.

No que toca à autocomposição, já se disse anteriormente que, diante dos vários polos de interesse, a solução consensual se torna mais difícil, muito embora finde sendo a melhor. Segundo Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019, p. 110): “Eventual acordo deverá não apenas contemplar os

situação, mais provável será que a boa representação demande uma pluralidade de representantes, aos quais se aplicarão, evidentemente, todos os requisitos elencados”.

¹⁷ Vide: STJ, Conflito de Competência 144.922/MG (www.stj.jus.br).

diversos interesses: ele deverá ser produzido com a efetiva participação dos adequados representantes desses interesses”.

Nos casos práticos citados ao longo do presente trabalho, a autocomposição esteve fortemente presente como forma de solução do conflito. Tal aconteceu, por exemplo, no desastre de Mariana/MG, no caso do ensino infantil em São Paulo, em relação aos anos de 2017 a 2020, no caso do Estado do Rio Grande do Norte, relativo à reestruturação do sistema socioeducativo etc.

Vê-se, portanto, que é preciso avançar numa teoria do processo coletivo estrutural. O primeiro passo já foi dado, revisitando, com mais vagar, a temática da representação processual e, de forma mais ligeira, a da competência e da solução autocompositiva dos conflitos.

Cabe, a partir de agora, avançar um pouco mais e estudar, de forma mais pragmática, alguns institutos do processo coletivo à luz da teoria dos processos estruturais, bem como entender a lógica experimentalista que deve presidir tais processos. Eis, portanto, o nosso próximo desafio!

2 A GESTÃO DE INTERESSES E O MODELO EXPERIMENTALISTA DE PROCESSOS ESTRUTURAIS

A essa altura, é importante sintetizar algumas importantes características do processo de natureza estrutural, são elas: a) sua finalidade é reestruturar uma instituição pública ou privada, cujo comportamento causa, fomenta ou viabiliza um litígio estrutural; b) é necessário que se apreendam as características do litígio, em toda sua complexidade e conflituosidade, para, com isso, permitir que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; c) exige elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição; d) a implementação desse plano deve ocorrer de modo negociado ou compulsório; e) necessita fiscalização dos resultados da implementação; f) não prescinde da reapreciação das características do litígio, modificado após a implementação da decisão, reiniciando o ciclo continuado de

reestruturação; e g) exige um novo processo coletivo estrutural, atento às exigências do devido processo legal coletivo.

Tais notas diferenciadoras são, por sua vez, tributárias das peculiaridades dos litígios estruturais, que são: complexos, mutáveis, multipolares, de caráter prospectivo e sua solução exige intervenção continuada, o que impõe que seja construído um tipo próprio de processo coletivo estrutural. Mas qual seria o modelo de resolução de conflitos a ser seguido pelo processo estrutural? Como o juiz, o membro do Ministério Público, o defensor, o advogado público ou privado e até o gestor público devem se conduzir num processo/procedimento estrutural?

Para responder a essas questões, mister recorrer ao que se tem produzido em termos de estudos de teoria do conflito. A esse respeito, é lição mezinha que os litígios podem ser resolvidos de três formas principais: por meio do poder, do direito e dos interesses.

Num conflito, como informa Ury *et al.* (2009, p. 37), estão sempre em jogo determinados interesses. Além disso, existem certas normas ou direitos relevantes que definem o que se entende por um resultado justo. E há ainda, na lide, certo equilíbrio de poderes entre as partes.

Desse modo, continuam os referidos autores, interesses, direitos e poder são, portanto, os três elementos básicos de um conflito.¹⁸ Na resolução do conflito, as partes podem privilegiar um ou vários desses elementos. Podem tentar (1) conciliar os seus interesses (ex.: fazer uma negociação); (2) determinar quem tem razão (ex.: recorrer aos tribunais); e/ou (3) determinar quem é o mais poderoso (ex.: optar por iniciar uma greve ou uma guerra).

Defendem os mesmos autores (2009, p. 21-22) que, de um modo geral, “a abordagem centrada nos interesses é menos dispendiosa e mais

18 No mesmo sentido, afirma Muñoz (2010, p. 33) que: “Existen principalmente tres formas de resolver un conflicto: basándose en el poder, basándose en los derechos y basándose en intereses. En la negociación distributiva que aquí se describe, los intereses son protagonistas, si bien a nadie escapa que los derechos de las partes y terceros y el poder de las personas interesadas influyen en el proceso y el resultado de la negociación”.

gratificante do que a centrada nos direitos, a qual, por sua vez, é menos dispendiosa e mais gratificante do que a centrada no poder”.

Mas o que são os interesses envolvidos num conflito? Os interesses são as necessidades subjacentes às posições, que é aquilo que se pretende inicialmente (ex: eu quero isso). Os interesses não são percebidos à primeira vista, devendo ser investigados com cuidado e atenção.

Se as posições são a ponta do *iceberg*, os interesses são toda a parte submersa deste. Aquela parte enorme, que só pode ser vista se o *iceberg* for examinado mais de perto, com mais cuidado, pelas lentes de um mergulhador. Para descobrir os interesses, é necessário fazer perguntas do tipo: “para que você quer isso?” (BARROS, 2020b, p. 48).

Segundo Weiss (2018, p. 21), os interesses podem ser entendidos como: “[...] as necessidades subjacentes, os objetivos, os medos e as preocupações que dão forma ao que você quer”.¹⁹

Lembre-se, contudo, de que a meta para uma boa solução do conflito, notadamente se decorre de um acordo, é satisfazer os principais interesses de todos (os seus e os da outra parte), de modo que deve haver grande atenção para alinhar todos os interesses em jogo.

Não é diferente com os litígios estruturais, que também devem centrar sua resolução na gestão dos interesses. Já se disse, neste mesmo trabalho, que as normas que regulam os direitos transindividuais são imprecisas e permitem, à luz das exigências do caso concreto, um amplo espaço de concretização, não sendo caso de mera subsunção de normas jurídicas,²⁰ nem tampouco, como é sintomático, de imposição da solução pelo poder. É preciso pensar formas mais racionais, pacíficas e adequadas de solucionar conflitos estruturais!

¹⁹ Afirma Ury *et al* (2009, p. 37) que: “Interesses são necessidades, desejos, preocupações, receios – algo de que gostamos ou que queremos – e estão subjacentes às posições assumidas pelas pessoas – as coisas tangíveis que *dizem* querer”.

²⁰ Comenta, a respeito, Ury *et al.* (2009, p. 40) que “Os direitos raramente são claros e bem definidos, norteando-se por padrões diferentes – e por vezes contraditórios. Chegar a acordo com base em direitos, em que o resultado define quem recebe o quê, pode revelar-se extremamente difícil, levando frequentemente as partes a recorrer a terceiros, a fim de determinar quem tem razão”.

Existem, portanto, dois caminhos bem destacados: o de adjudicação de direitos (por meio da sentença) e o de gestão de interesses.

Como dito, é incabível o modelo tradicional de mera adjudicação de direitos em litígios estruturais, pois os direitos não são antecipados pelo legislador, devendo ser construídos a partir da legislação, mas com grande participação do(s) intérprete(s), valendo citar, por apropriado, a máxima do *common law* de que *remedies precede rights*, que indica a necessidade de construção dos direitos pelo processo/procedimento coletivo. Resta, portanto, como alternativa óbvia, a gestão de interesses conflitantes!

Em perspectiva diversa, mas alcançando o mesmo resultado, vale lembrar a análise de Veríssimo (2006, p. 125-138), quando trata da transição do direito para o interesse, onde destaca a dicotomia do interesse em contraposição ao direito subjetivo, defendendo claramente uma mudança de perspectiva do modelo de justiça retributiva (adjudicatório de direitos) para o de justiça distributiva.

Defende o autor (2006, p. 126) que os problemas de justiça distributiva, como é próprio dos litígios coletivos, colocou os “interesses” em posição de destaque no âmbito jurídico. O processo judicial, contudo, voltado para um modelo de justiça corretiva (própria da tradição liberal adjudicatória) é aparelhado para proteger direitos, mas não age de forma tão eficiente com os interesses, pois, nesse último caso, as respostas judiciais tornam-se substancialmente mais erráticas, desajustas e incompletas.

O mesmo Veríssimo (2009, p. 129-130), com supedâneo na análise efetivada por François Ost,²¹ em *Droit et intérêt*, indica quatro notas marcantes e correlacionadas na figura do interesse: a) onipresença (o interesse está na base de qualquer direito subjetivo, mas não se limita a esse, estando em qualquer situação social); b) a imprecisão (é difícil de

²¹ Para Ost *apud* Veríssimo (2009, p. 129-130), o direito liberal moderno, construído segundo um sistema de direitos subjetivos, apenas outorga proteção jurídica (isto é, tutela judicial) aos interesses que se consagram sob a marca de direitos subjetivos. Na visão deste autor, os interesses que não fossem consagrados como direitos subjetivos ficariam sem qualquer proteção judicial. Esse modelo, contudo, se afigura absolutamente inadequado quando se pensa num modelo de justiça distributiva, próprio do direito atual e, particularmente, dos problemas coletivos.

definir o interesse); c) flexibilidade (é a principal característica diferenciadora em relação ao direito subjetivo, que é marcado pela rigidez, já que o interesse se acomoda em relações mais difusas, mais indeterminadas, mais coletivas ou fluidas de titulação); e, d) subversivo (o direito se produz por um modelo de computação, negociação e de sopesamento, subvertendo a lógica da adjudicação fechada de direitos subjetivos).²²

Após tratar das funções criadora, limitadora e reguladora, afirma Veríssimo (2009, p. 134) que o novo modelo de gestão de interesses remeteria, segundo Ost, a transformações simultâneas nos modos de conhecimento, produção e aplicação do direito:

Muda o modo de *conhecimento* do direito porque a ciência jurídica vê necessidade de aproximar-se de outras disciplinas e apoiar-se em conhecimentos distintos que tornem mais colada à realidade concreta. No plano da *produção* do direito, há uma “referência cada vez mais sistemática aos interesses presentes”. Naquele da *aplicação*, surge a figura do “juiz ator”, engenheiro social, gestor de interesses que “em inúmeros setores do contencioso substitui o juiz árbitro”. Surge, ainda, um modelo indutivo, mas que não é aquele da *case law* saxônico. É o do sopesamento de interesses, “onde as soluções legais são reagrupadas em função da preponderância dos interesses envolvidos,” afastando-se da lógica binária do tudo ou nada, e aproximando-se da lógica gradualista desses mesmos interesses. A igualdade, como vimos acima ao tratar dos problemas da distribuição, volta a ser uma igualdade das *proporções*.

²² Afirma Veríssimo (2009, p. 130) que: “Ainda segundo Ost, o interesse ‘induz um novo ‘modo de produção do direito’, segundo o modelo de computação, da negociação e do sopesamento, que contrasta com a adjudicação fechada (‘por direito e sentença’) de direitos subjetivos e lança esses últimos em uma lógica jurídica que lhes é, ao menos parcialmente, estrangeira”. Daí o caráter *subversivo* do interesse, mas ao mesmo tempo sua ligação intensa com a realidade. No mundo contemporâneo, a *ponderação* de interesses (a *proporção* da justiça distributiva aristotélica) parece querer substituir, por isso, a adjudicação estrita de direitos e responsabilidades (diria eu: a *estrita igualdade das comutações*).

Nesse modelo de gestão de interesses, afirma Garapon e Papadopoulos (2008, p. 225): que “[...] *el juez cambia de sombrero para convertirse en un verdadero gerente, un administrador de intereses conflictivos*”. Tem-se, pois, que, diante de grandes conflitos sociais, típicos do modelo de Estado Constitucional atual e da sociedade de massas, o caminho é a gestão de interesses!

Em trilha similar, lembra Owen Fiss (2004, p. 64-65) que tem surgido uma série de símbolos para descrever o processo estrutural. Alguns, enfatizando a característica estrutural das partes, descrevem o processo como uma assembleia municipal,²³ uma convenção municipal. Já outros, enfatizando a postura do juiz, remetem à noção de gerenciamento ou à criação de uma nova estrutura administrativa.

Essas últimas lições podem ser ampliadas, pois servem para entender não só o papel do juiz num modelo que imponha a necessidade da gestão de interesses, mas também do membro do Ministério Público, do defensor, do advogado público ou privado e até do gestor público, indicando como devem se conduzir num processo/procedimento estrutural.

Na verdade, a partir da superação do modelo adjudicatório de direitos e da necessidade de se afirmar que os atores jurídicos e políticos devem se pautar pela gestão de interesses²⁴ superpostos em um processo/procedimento estrutural, faz-se mister seguir o modelo experimentalista, ao contrário do modelo de comando-e-controle, ambos desenvolvidos por Sabel e Simon (2004, p. 1016-1095).

Enquanto no modelo de comando-e-controle há centralização regulativa excessiva por parte do juiz – este impõe todas as medidas necessárias para a reforma institucional –, no modelo experimentalista, não obstante assuma uma postura ativa, a função do juiz não é de criar o

23 É o modelo de *town meeting*, desenvolvido por Stephen Yeazell, já discutido neste trabalho.

24 Atualmente, enxerga-se menos o papel dos juízes e dos demais atores jurídicos e processuais com o de identificar direitos rígidos e excludentes, a partir de considerações abstratas, e mais com o de compor, de modo flexível, os interesses e bens jurídicos valiosos, que se encontram em conflito, à luz das possibilidades de sua realização em cada contexto.

direito e definir as atividades administrativas. Ao revés, deve abrir a instituição ao debate público, buscando a construção participativa e negociada das soluções (FERREIRA, 2017, p. 94).

Na verdade, à luz do modelo experimentalista, a solução alvitrada para o problema coletivo longe está de uma adjudicação rígida e completa do direito. Muito ao contrário. O que se impõe é uma solução inicial, em linhas mais gerais, devendo o remédio para o problema ser construído sob a coordenação dos atores jurídicos ou políticos, mas a partir de um debate participativo, em que se permita realizar a gestão dos interesses envolvidos.

As soluções iniciais, mais gerais, são acompanhadas de planos de reforma flexíveis e focados muito mais em resultados a serem alcançados do que na definição rígida das medidas a adotar. Tais soluções iniciais, nada mais são que soluções provisórias, sujeitas à permanente revisão durante o desenvolvimento e os avanços da fase de implementação.

Segundo Sabel e Simon (2004, p. 1.019):

A regulação experimentalista combina normas mais flexíveis e provisórias com procedimentos voltados à contínua participação das partes interessadas e à prestação de contas parametrizada. Nos casos mais característicos, as normas que governam a atividade de reforma são *standard* gerais que expressam os objetivos que as partes esperam atingir – isto é, resultados ao invés de comandos. Tipicamente, o regime reserva às partes uma margem substancial e discricionariedade sobre como alcançar esses objetivos. Ao mesmo tempo, ele especifica tanto os *standards* como os procedimentos para a avaliação da performance institucional. A performance é mensurada tanto em relação aos compromissos iniciais como em relação à performance de instituições semelhantes.²⁵

O referido modelo experimentalista foi utilizado na Argentina, no caso “Mendoza”, já estudado como processo estrutural. A sentença de 2008, segundo Vitorelli (2017, p. 397), foi apenas um ponto de partida para um processo que incluía a criação de um plano de ordenamento

²⁵ Tradução livre.

territorial, o controle de atividades perigosas ou prejudiciais, estudos de impacto ambiental e programas de difusão de informações ambientais.

Vê-se, também, que no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* não foram estabelecidas medidas rígidas diante do enorme desafio de mudar todo o sistema de ensino dual para um unitário e não segregacionista.

O mesmo aconteceu, em atenção ao modelo experimentalista de processo estrutural, ao menos em alguma medida, no caso do ensino infantil em São Paulo²⁶ e no do sistema socioeducativo potiguar, pois as decisões foram flexíveis, estabelecendo metas de resultado a serem executadas pelo Poder Público sob supervisão, no primeiro caso, ou por interventor judicial, no segundo.

Ocorre que, afora esses exemplos mais emblemáticos, não é tão comum a utilização de um modelo experimentalista no processo coletivo brasileiro, ainda que envolva decisões estruturais. A grande verdade é que há muita resistência a compreender a função judicial como corretora do processo político!

A grande verdade, é que a cultura jurídica tem tido grande dificuldade de se desvencilhar do modelo de processo individualista, binário (tudo ou nada), adversarial e voltado para a adjudicação de direitos, que está na base, inclusive, de grande parte das regras processuais vigentes. É o que anuncia Veríssimo (2006, p. 137-138), ao aduzir que

Disso decorre, creio, que a estrutura mesma das regras processuais é moldada para cuidar de direitos. A legitimidade é dada pela afirmação da titularidade deles. A transação é medida pela capacidade do sujeito dispor desses direitos, assim como a própria regra atinente à adstrição da sentença ao quadro de soluções postuladas pelo autor é reflexo desse poder de disposição. A coisa julgada completa esse quadro estabilizando uma decisão que olhou para o passado, atuando a vontade representada pelo direito subjetivo. Quando inserimos interesses nesse jogo judicial, o sistema entra em perplexidade. Procura titulares e, quando não os encontra, proíbe a

²⁶ Lembre-se de que foram estabelecidas metas de 2013 a 2016 e de 2017 a 2020.

composição, que deveria ser, de outro modo, marca típica do novo modelo emergente. Sente que deve flexibilizar os princípios da adstrição, mas não compreende exatamente por quê. Entre o individual e o coletivo, tem dificuldades de localizar a legitimação (*interesse* individual relacionado a bens coletivos, por exemplo). Resolve a questão para o futuro de forma provisória, por meio de liminares e medidas *injuntivas*, pois percebe, de alguma forma, que soluções mais rígidas são incompatíveis com a racionalidade dos novos conflitos.

Sobre as regras processuais, Arenhart (2017, p. 481-482), por sua vez, sentença que

Elementos como a *adstrição* da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada exigem reformulação completa, quando se pensa em processos estruturais.

Importante, neste momento, o debate específico sobre algumas regras processuais e sua aplicação nos processos estruturais.

Inicie-se, portanto, pelas regras sobre o pedido e a decisão, que precisam ser flexibilizadas quando se pensa em processos estruturais, sendo impensável a utilização das previstas para processos individuais (arts. 322 e ss. e 489 e ss. do CPC/2015), ao menos de forma rígida, posto que pensadas na lógica de proteção de direitos subjetivos e da possibilidade de deles dispor.

Já se demonstrou que os litígios estruturais são bastante mutáveis, com alta variação fática, não contando com respostas claras e simples, exigindo, para a reestruturação da instituição, não só a prolação de uma decisão, mas a gradual implementação, ainda que demorada, de reformas estruturais, estas desenhadas de forma experimental, por meio de um plano de implementação.

Tais nuances, pois, não se compadecem com a forma clássica de dedução do pedido, nem com um sistema rígido de preclusões, como é próprio da atual codificação processual civil. Lembra Cota (2019, p. 142-

143) que é praticamente impossível que, ao formular o pedido, “[...] o autor da demanda saiba de antemão todos os contornos da causa de pedir, todas as medidas que deverão ser implementadas e quais as providências finais que mais se adequarão ao litígio existente”.

Imagine-se se, no caso do problema de vagas de creche e pré-escola no Município de São Paulo, o autor da demanda coletiva tivesse que precisar, de forma rígida e sob pena de preclusão, na petição inicial, a quantidade necessária de vagas. Tal proeza não seria, praticamente, impossível? O mesmo se pode dizer se a pretensão for interferir, diante de gravíssimas irregularidades, em gestão hospitalar ou em todo um sistema socioeducativo? Claro que sim!

Pelas próprias características do problema estrutural, o pedido não precisa ser, necessariamente, certo e determinado.²⁷ Deve-se, contudo, ter muito cuidado com o pedido genérico demais. Ora, se nem o autor da demanda consegue, com um mínimo de precisão, definir, ainda que em linhas gerais, o que pretende ou algumas medidas necessárias, não será o juiz que o fará, certamente. Daí a alta importância de um bom diagnóstico do problema, na fase pré-processual, que possa aquilatar sua extensão e os grupos atingidos pela lesão.

Diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, bem como da evidência de uma falha estrutural em uma entidade burocrática, também não há mais lugar para alegação de que a atuação do sistema de justiça (Judiciário ou Ministério Público, por exemplo), em litígios estruturais, afronta o princípio da separação dos poderes ou invade a discricionariedade administrativa.²⁸

²⁷ Defende-se a possibilidade do pedido genérico com base no art. 324, II, do CPC/2015, que admite, excepcionalmente, dita espécie de pedido: “II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato”.

²⁸ Sobre a não invasão na discricionariedade administrativa, ante um processo estrutural, vide a ementa do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REFORMA E MELHORIAS EM HOSPITAL PÚBLICO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE GENÉRICA. DESCABIMENTO. PROCESSO ESTRUTURAL. PEDIDOS DIVERSOS E COMPLEXOS. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE VIOLAÇÕES LEGAIS ESPECÍFICAS. OMISSÃO. NULIDADE.

No Brasil, segundo Barros (2014, p. 227), já não se questiona, diante da jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de o Poder Judiciário, por exemplo, interferir em políticas públicas²⁹ e exercer seu papel de guardião da Constituição, combatendo ações e omissões ilícitas dos demais poderes políticos, o que legitima o pedido em demandas estruturais.

Outro ponto importante tem a ver com o momento da decisão e a flexibilização do rígido sistema de preclusão quanto à adequação da pretensão à realidade fática, que, por natureza, é mutável. Advoga-se, nesse particular, uma interpretação mais ampla do art. 493 do CPC.³⁰

1. O controle judicial de políticas públicas é possível, em tese, ainda que em circunstâncias excepcionais. Embora deva ser observada a primazia do administrador na sua consecução, a discricionariedade cede às opções antecipadas pelo legislador, que vinculam o executor e autorizam a apreciação judicial de sua implementação.

2. A existência de pedidos diversos e complexos não significa automática pretensão de substituição do administrador. Ao contrário, pressupõe cuidado do autor diante de uma atuação estruturante, que impõe também ao Judiciário a condução diferenciada do feito.

3. Nos processos estruturais, a pretensão deve ser considerada como de alteração do estado de coisas ensejador da violação dos direitos, em vez de se buscar solucionar pontualmente as infringências legais, cuja judicialização reiterada pode resultar em intervenção até mais grave na discricionariedade administrativa que se pretenderia evitar ao prestigiar as ações individuais.

4. No caso concreto, a consideração genérica de impossibilidade de intervenção judicial nas falhas de prestação do serviço de saúde configura efetiva omissão da instância ordinária quanto às disposições legais invocadas que, acaso mantida, pode inviabilizar o acesso das partes às instâncias superiores.

5. Recurso especial provido, para determinar o retorno do feito à origem para afastamento do vício”.

(STJ – Segunda Turma, REsp 1.173.412/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. de 17.09.2019, DJe de 20.09.2019).

²⁹ A primeira decisão do STF, verdadeiro *leading case*, foi a ADPF n° 45/DF, da lavra do Ministro Celso de Mello. A partir daí, várias decisões e acórdãos sedimentaram a possibilidade do controle excepcional de políticas públicas pelo Judiciário, sendo desnecessário citar os precedentes. Sérgio Cruz Arenhart chega a afirmar que já há: “[...] sedimentada orientação do STF brasileiro, admitindo que os atos de política pública possam ser controlados pelo Judiciário, especialmente em atenção aos direitos fundamentais” (ARENHART, 2013, p. 397).

³⁰ Art. 493, CPC/2015. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de

Afirmam Didier Jr., Braga e Oliveira (2018, p. 465) que: “Na verdade, o art. 493 configura uma mitigação às regras de congruência objetiva da decisão e da estabilização objetiva do processo.” Assim, se a situação mudar, respeitado o contraditório, será levada em consideração, no momento da decisão, a mudança no quadro fático da demanda. Com isso, há que se flexibilizar também a exigência de congruência (adstrição) entre decisão e pedido.^{31e32}

Há, portanto, uma quebra do papel tradicional do Poder Judiciário, devendo-se romper com a noção clássica de lide, diante da alta complexidade dos casos e multiplicidade de grupos afetados, muitas vezes com perspectivas sociais e interesses diferentes sobre o litúgio.³³ Não se pode esquecer que, pela via do processo/procedimento estrutural, a tutela do direito material depende de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento, em uma análise que se afasta do binômio lícito e ilícito (CAMBI; WRUBEL, 2019, p. 61).

proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

- 31 Afirma Cota (2019, p. 146) que: “A aplicação direta do princípio da congruência entre a sentença e o pedido impede, muitas vezes, que alterações no curso do processo, sejam fática ou jurídicas, e que impactem diretamente o objeto tutelado, sejam consideradas, julgando o magistrado a partir do pedido e da causa de pedir veiculada na exordial. Esse formalismo exacerbado não tem lugar no processo estrutural, sendo que o magistrado deverá ter certa margem para analisar o litúgio e o que se pretende tutelar”.
- 32 Segundo Arenhart (2017, p. 482): “Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em determinado momento, muito frequentemente, são distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litúgio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da ‘tutela’ pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial”.
- 33 Afirma Côrtes (2019, p. 272) que: “Os chamados processos estruturais inserem-se nesse contexto de quebra do papel tradicional do Poder Judiciário. De ruptura com a concepção tradicional de lide. Envolvem, por regra, uma multiplicidade de interesses, uma multiplicidade de ‘partes’ afetadas e relacionam-se ao trato de litígios de interesse público ou casos altamente complexos”.

Tem-se, portanto, que a mudança na situação jurídica e fática, ao longo do processo, é praticamente inevitável, de modo que é preciso mitigar a exigência de adstrição da decisão à demanda.

Outro aspecto relevante é a prova técnica,³⁴ indispensável para a melhor e mais abalizada compreensão do litígio, bem como para a construção das soluções que acomodem os interesses envolvidos nos quadrantes da moldura jurídica. Como lembra Cambi e Wrubel (2019, p. 63): “Após a apreensão da complexidade do litígio, o que envolve a participação de técnicos e especialistas nas diversas áreas envolvidas [...], é necessário a elaboração de um *plano para alteração estrutural*”. (Grifos do autor).

É de se admitir também, nos processos estruturais, a prova estatística,³⁵ já que o art. 369 do CPC/2015 admite provas atípicas, que pode servir como um bom indício para as medidas experimentais, fornecendo importantes subsídios para a identificação das técnicas de efetivação mais adequadas para o caso.

Lembre-se de que o juiz deve agir como um agente político negociador de soluções estruturais, devendo estar amparado na prova possível, tanto técnica como com base em estatísticas confiáveis.

³⁴ Afirmando Almeida e Deus (2019, p. 276-277), com os olhos no controle judicial de políticas públicas, que: “Ademais, para um solução construtiva, é imprescindível que nas ações coletivas – que tenham como objeto a realização de políticas públicas – os mais diversos especialistas sejam ouvidos, e não para influenciar a decisão de quem na demanda teria maior ou menor razão, mas para auxiliar na edificação de uma decisão que seja sobretudo compatível com o ciclo de políticas públicas”.

³⁵ Segundo Arenhart (2019, p. 674): “Casos como esses, mas também que envolvam, por exemplo, o déficit de vagas em creches ou em penitenciárias, vícios na concessão de certo benefício previdenciário ou eventuais abusos na ordem econômica, sem dúvida exigirão com frequência o recurso à prova estatística. Também na outra ponta da tutela jurisdicional – ou seja, no momento de se aferir se certa solução poderá ser útil para lidar com litígios complexos – a prova estatística pode ser muito útil. Avaliar, por exemplo, a chance de que alguma medida judicial possa surtir efeito ou o percentual de uma população que, provavelmente, será contemplada por alguma providência constituem empregos relevantes da prova estatística, desta vez ligados à escolha dos mecanismos de solução da controvérsia e, em particular, das técnicas de efetivação dos provimentos judiciais”.

Por fim, não há que se aplicar a coisa julgada, sobretudo a sua eficácia preclusiva, pois não há que se falar em decisão que venha a se tornar imutável e indiscutível,³⁶ mas sim em ciclo de decisões ao longo da implementação.

Essa necessidade de ciclo de decisões (provimentos em cascata) é bem realçada por Arenhart (2013, p. 400), quando indica que, quando do emprego de medidas estruturais, é frequente a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que muitos dos problemas devem ser resolvidos à medida que apareçam.

Há, continua o autor, uma primeira decisão, que se limita a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito (decisão-núcleo). Após, outras decisões serão exigidas para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da decisão-núcleo. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de várias decisões ou soluções negociadas, como é próprio do modelo de experimentalismo democrático, que deve presidir a fase executiva.

Sobre a coisa julgada nos processos que envolvem políticas públicas, o que vale para os que, a pretexto de buscarem o controle de *polícies*, exigem ordens estruturais, válida a lição de Almeida e Deus (2019, p. 284-285):

Voltando ao ponto, para um processo compatível com a complexidade do objeto políticas públicas, a coisa julgada deve ser observada tão somente no que tange ao reconhecimento do direito pleiteado e não à sua forma de entrega. Sendo assim, em havendo outras formas ou oportunidades de se alcançar o resultado pretendido na demanda, a solução não deve ser

³⁶ No contexto da inadequação do processo bipolar tradicional para o controle de políticas públicas, afirmam Almeida e Deus (2019, p. 271) que: “Desta feita, temos hoje, definitivamente um processo inapropriado à solução de políticas públicas. Os prazos (grande parte das oportunidades) não são compatíveis com a complexidade dos atos de gestão administrativa e a estrutura ainda é marcadamente rivalizante, não privilegiando a construção de soluções integradas, horizontais e multidisciplinares. Outrossim, a própria intangibilidade da coisa julgada é inconciliável com o dinamismo e fluidez do ciclo de políticas públicas, em que as decisões inicialmente adotadas precisam, não poucas vezes serem revisitadas, a fim de que eventuais incorreções sejam corrigidas”.

descartada pelo julgador, independentemente de eventual trânsito em julgado.

[...]. É desaconselhável, dessa forma, em um contexto de ação coletiva, que os efeitos extraprocessuais da ação sejam desconsiderados, principalmente se relacionados ao ciclo orçamentário.

Dessa feita, o correto tratamento processual de ações coletivas sobre políticas públicas governamentais, perpassa inexoravelmente pela revisitação do paradigma da coisa julgada, não para simplesmente relativizá-la, mas para adaptá-la à realidade dinâmica e fluida da gestão da coisa pública.

Vê-se, portanto, que é preciso se afastar do modelo tradicional do processo civil, tanto o individual quanto o coletivo, e avançar para a construção de um novo processo coletivo estrutural, adaptando regras processuais.

3 ALGUMAS VEREDAS PARA A NEGOCIAÇÃO E A DECISÃO ESTRUTURAL

Chega-se, portanto, ao ponto culminante do trabalho, em que se devem discutir algumas técnicas que valem ser exaltadas quando se está diante do desafio de conduzir ou participar de um processo/procedimento estrutural, lembrando sempre a proeminência, nesses casos, das soluções negociadas.

Tais técnicas, portanto, devem servir, *mutatis mutandis*, tanto para a tutela judicial quanto para a tutela extrajudicial de direitos coletivos veiculados em razão de complexos litígios estruturais.

Antes de adentrar no estudo das ditas técnicas, mister fazer uma ressalva importante. Ainda que os processos/procedimentos estruturais possam ter por objeto a reestruturação de entidade pública ou privada, é indiscutível que o foco maior, como se vê, inclusive, dos casos estudados ao longo do trabalho, são problemas que envolvem um dos

grandes desafios do direito atual: o controle de políticas públicas pelo sistema de justiça.³⁷

Se é assim, importante dar uma pincelada sobre as tendências atuais em termos de controle da Administração Pública no Brasil, a fim de fazer uma válida advertência: não há decisões sem riscos (TALEB, 2018). Os tempos de pandemia da Covid-19 são exemplo eloquente dos riscos envolvidos em decisões administrativas advindas de situações complexas.

Não há mais lugar para o modelo clássico de controle da Administração, que se baseia numa relação distante entre Administração Pública e órgãos de controle, a partir de um modelo hierarquizado (formal e legalista). A lógica de só apontar o dedo, indicar erros, realizar o chamado controle-bloqueio (centrado só em saber se o ato é válido ou inválido), que leva à interrupção da atividade administrativa, deve ser superado. A função do órgão de controle não pode ser meramente homologatória. Tal modelo de controle a distância gera medos, receios e trava a atividade administrativa que, como dito, envolve riscos calculados.

Além disso, não se pode esquecer a intrigante reflexão apresentada por Jordão (2017, p. 361): “[...] assim como os controladores podem corrigir erros, eles também podem desfazer acertos. O controlador não é infalível”.

É preciso perceber que o controle da Administração Pública evoluiu junto à sociedade. É preciso considerar a complexidade, o Estado em movimento, o planejamento estatal, o ciclo das políticas públicas, enfim a Administração deve estar voltada para a solução de problemas. Dentro do espaço de concretização de direitos fundamentais, que é amplo no caso dos transindividuais, o Estado deve se movimentar para solucionar, com dinamismo, inúmeros problemas complexos, multipolares e multidisciplinares.³⁸

37 Já se afirmou, ao longo do trabalho, que, normalmente, são alvo de reestruturação entidades públicas e entidades privadas de interesse público, embora não se possa descartar que a falha estrutural ocorra em entidade privada.

38 Sabe-se que as políticas públicas envolvem arranjos institucionais complexos, sendo necessário compreender a ação do Estado, a necessidade de envolver diversos atores, suas fases voltadas para a formulação, implementação e avaliação, que não podem

Deve-se ter todo o cuidado, diante da imprecisão legislativa já referida, para não se afastar da correção de decisões administrativas da entidade controlada, partindo para a substituição de suas escolhas pelas do controlador, o que, inegavelmente, afronta o postulado da separação de poderes.

É nesse ambiente de contestação do modelo clássico de controle que surge a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), realizada pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

Trata-se de uma lei que tem o objetivo claro de romper com o isolamento e a autorreferência dos órgãos de controle, reforçando o valor do planejamento em todas as suas dimensões, além de se apegar à consensualidade.

Chama a atenção o art. 22, *caput*, da Lindb,³⁹ que se reporta à necessidade de levar em conta os obstáculos e as dificuldades reais do gestor,⁴⁰ as exigências das políticas públicas e os direitos dos administrados. Procura-se, claramente, realinhar os atores envolvidos a fim de que o órgão de controle leve em conta as premissas do gestor no momento da decisão administrativa. A finalidade é produzir um controle ainda amplo, mas rente à realidade.

Essa premissa permite uma primeira conclusão: diante do espaço aberto à interpretação no âmbito das decisões de gestão pública ou em outras áreas afetas a litígios complexos, é preciso, a princípio, ter certa deferência⁴¹ com decisões relativas a problemas coletivos alvo de controle, tomando-se cuidado para não se substituir ao administrador.

ser tergiversadas. Enfim, é preciso resgatar as políticas públicas como fio condutor da ação pública.

³⁹ Art. 22, *caput*, da Lindb. Na interpretação das normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

⁴⁰ Na expressão dificuldades reais, deve-se levar em conta as carências materiais, dificuldades estruturais, físicas, de recursos humanos, orçamentárias etc.

⁴¹ Afirmam Moreira *et al.* (2016, p. 257): “Lastreado nos princípios da separação de poderes e da legalidade, o princípio da deferência não significa nem tolerância nem condescendência para com a ilegalidade. Mas impõe o devido respeito às decisões discricionárias proferidas por agentes administrativos aos quais foi atribuída essa competência privativa. Os órgãos de controle externo podem controlar o devido

Nessa linha, Cambi e Wrubel (2019, p. 58) destacam:

Porém, é importante respeitar a *reserva de consistência* – isto é, o Estado-Juiz precisa apresentar argumentos substanciais de que o ato ou omissão do agente público revela-se incompatível com a Constituição e que justifique a indispensável solução judicial.

Destacada a premissa de que os órgãos de controle externo devem agir com prudência para não invadir esfera legítima de competência administrativa, de forma mais horizontal e focado na consensualidade, chega-se ao momento de discorrer sobre algumas técnicas para orientar a tutela do direito no caso concreto, tanto a judicial quanto a extrajudicial.

Por tudo o que se viu ao longo do trabalho, merecem menção as seguintes técnicas: a) o mapeamento do conflito; b) o diálogo institucional; c) o contraditório ampliado; d) as soluções flexíveis; e, e) o experimentalismo na execução.

Já se disse anteriormente que é fundamental um escoreito diagnóstico do problema coletivo a fim de entender suas nuances, bem como alcançar de forma precisa os grupos sociais atingidos em maior ou menor medida. É o que se pode chamar de mapeamento do conflito.⁴² De preferência, deve acontecer na fase pré-processual, podendo subsidiar solução consensual. Nada impede, contudo, que seja feita em meio à tutela judicial.

Quanto à técnica do diálogo institucional,⁴³ essa é corolário lógico das ideias de colaboração (art. 6º, do CPC/2015) e consensualidade (art.

processo legal e a consistência da motivação das decisões discricionárias, mas não podem se imiscuir no núcleo duro daquela competência. Precisam respeitá-la e garantir aos administradores públicos a segurança jurídica de suas decisões”.

⁴² Segundo Soler (2014, p. 19), “*Entiendo por mapeo al análisis de una situación de conflicto realizado por una persona que pretende intervenir en él. El mapeo incluye un conjunto de reflexiones, descripciones y reconstrucciones conforme a las cuales el operador puede diseñar un plan de acción que responda a las cuestiones de ¿qué hacer?, ¿por qué?, ¿para qué? y ¿cuándo haberlo? De esta manera, al dibujar el mapa del conflicto el operador o analista (provisionalmente utilizaré los dos términos como sinónimos), puede empezar a conformar un itinerario para su intervención*”.

⁴³ Sobre os diálogos institucionais, que possuem origem no direito canadense, em especial na Carta de Direitos e Liberdades de 1982, e no caso R vs. Oakes (1986), afirma Silveira (2019, p. 51): “Em termos gerais, tal expressão é utilizada para se

3º, do CPC/2015), princípios fundamentais do processo civil, que, naturalmente, fundamentam as demandas estruturais deduzidas em procedimentos extrajudiciais ou processos judiciais à luz de litígios coletivos estruturais.

Trocando em miúdos, a colaboração não deve ser somente entre as partes formais. Exige-se de todos os sujeitos envolvidos no litígio um diálogo construtivo, contínuo e prospectivo a respeito de todas as nuances da controvérsia. Como bem anota Lucon (2017, p. 4): “Soluções solipsistas, nessas hipóteses, produzem resultados indesejados, porque tendem a ser distantes da realidade, logo não adequadas ao direito material”.

Outro aspecto deveras relevante é que o diálogo deve vir acompanhado da cooperação institucional entre os poderes (diálogo institucional),⁴⁴ uma vez que as demandas estruturais, as mais das vezes, envolvem a necessidade de amplas providências a cargo do Poder Público, devendo restar clarividente quais são as expectativas, planejamento, comprometimento orçamentário, limitações de outra ordem etc. para a tutela do direito material. Uma comunicação entre os poderes envolvidos, que seja empática e assertiva, é sempre recomendável!

O referido diálogo entre os sujeitos envolvidos e entre os poderes (diálogo institucional) deve ter por alvo um resultado. A interação deve ocorrer na direção de alcançar, preferencialmente, uma solução

referir a interações produtivas entre os Poderes, em casos nos quais o Poder Judiciário tem a decisão final, na qual eles deverão trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade e/ou legitimidade de tomar suas próprias decisões”.

⁴⁴ O Projeto de Lei 8.058/2014, cheio de idas e vindas no Congresso Nacional, que institui processo especial para o controle e interpretação em políticas públicas pelo Poder Judiciário, além de elencar, em seu art. 2º, que dito controle deve se reger por princípios, como: proporcionalidade, razoabilidade, justiça social, garantia do mínimo existencial, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário, ressalta o valor do diálogo institucional. A respeito, comentam Cambi e Wrubel (2019, p. 78) que: “Ainda na esteira do art. 2º, tal modelo processual busca a facilitação do diálogo institucional entre os Poderes e o debate social, tendo uma cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz pleno conhecimento da realidade fática e jurídica, além de um procedimento flexível, ajustado consensualmente e conforme o caso concreto”.

consensual (acordo), uma vez que o paradigma atual da consensualidade deve se fazer presente.

Interessante que o Projeto de Lei nº 8.058/2014, que institui processo especial para o controle e interpretação em políticas públicas pelo Poder Judiciário, prevê uma fase preliminar voltada para o diálogo institucional.

Nessa fase, a autoridade responsável pela política pública prestará informações detalhadas sobre o planejamento da gestão acerca do problema, as limitações orçamentárias, possibilidade de transposição de verbas e cronograma para atendimento do pedido (art. 6º do PL nº 8.058/2014).⁴⁵

Vê-se, claramente, uma preocupação de ouvir o gestor e ter informações suficientes para o alcance de uma solução consensual ou compulsória mais rente à realidade e implementável, o que pode ser feito com base na legislação atual, a partir dos paradigmas da colaboração e da consensualidade. O foco, não se há de negar, é a legitimidade da solução!

Digno de destaque nessa fase preliminar é a materialização do princípio da deferência em relação às decisões da gestão pública. Com a informação precisa, permite-se, como dizem Almeida e Deus (2019, p. 272), “[...] o respeito apriorístico às escolhas políticas, técnicas, econômicas e jurídicas da Administração”.

Já no que se refere à técnica do contraditório ampliado, também apanágio da colaboração, esta remonta ao sério problema da participação dos grupos atingidos pelo litígio coletivo. Tanto na tutela judicial como extrajudicial a cognição, necessariamente, deve ser ampliada, de modo a serem ouvidos os vários atores envolvidos no litígio, não somente as partes formais.

⁴⁵ Sobre as fases preliminar e instrutória, aduz Lima (2016, p. 291) que: “Nestas fases certamente os pontos mais inovadores do processo coletivo especial previsto pelo PL 8.058/2014. Dizem respeito propriamente à cognição judicial mais aprofundada, necessária às decisões sobre políticas públicas, bem como ao contraditório ampliado, que envolva diálogo com os responsáveis por sua efetivação, de modo a fornecer ao juiz dados e informações que lhe permitam decidir de maneira mais equilibrada, justa e exequível”.

Os processos e procedimentos estruturais envolverão visões e interesses diferentes, sendo fundamental, como já se viu neste trabalho, fazer a gestão dos interesses. A esse respeito, deve-se lembrar que tais interesses e visões, quando bem mapeados, não são necessariamente opostos e incompatíveis, podendo em certas situações convergir para um denominador comum, que atende os interesses de todos (ARENHART, 2017, p. 481).

Em relação ao contraditório ampliado, reitere-se também que não é suficiente defender que sejam utilizadas, apenas, para permitir a consulta e a prestação de contas dos representantes para os representados, as audiências públicas,⁴⁶ apesar de muitos se centrarem somente nesse instrumento, fazendo-se também alguma menção ao *amicus curiae*, pois são figuras lembradas no Código de Processo Civil em vigor.

Segundo Peçanha *et al.* (2018, p. 286-287), é preciso pensar em formas mais amplas de participação, tais quais a promoção de eventos participativos para conhecer as expectativas da sociedade em relação ao resultado do litígio, consultas feitas na *internet*, condução de audiências públicas, realização de pesquisas quantitativas e qualitativas entre os envolvidos, reuniões informais com lideranças etc.

Outra técnica digna de nota é a das soluções flexíveis. No caso da tutela judicial, o caminho são padrões decisórios abertos e flexíveis. Eis um ponto bem esquecido na prática. O caminho, muitas vezes trilhado, de privilegiar decisões rígidas (com ordens fixas) não alcança bons resultados no cumprimento, sendo as decisões frequentemente

⁴⁶ Vale a ressalva de Cambi e Wrubel (2019, p. 62-63), ao tratar do processo estrutural: “Nele a celebração de audiências públicas ou mesas de diálogo para ouvir as distintas vozes e possibilitar o atendimento dos anseios e interesses da comunidade, antes de que qualquer solução seja buscada, é indispensável. Porém, há de se buscar que essa participação popular seja efetiva. Conforme a *International Association for Public Participation*, há passos graduais para que isso ocorra. É preciso informar os possíveis interessados, consultar suas opiniões a respeito do assunto, promover que esses participantes iniciem relações entre si e, então, passem a colaborar com outros agentes no processo de tomada de decisão; por fim, tornem-se um segmento empoderado, com voz ativa e autonomia”. A audiência pública, consoante tem sido praticada, no máximo, alcança as fases de informação e consulta. É pouco!

inexequíveis (GRINOVER, 2015, p. 19). Mas, do ponto de vista prático, o que justifica o privilégio a decisões flexíveis?

Anota Lucon (2017, p. 7) que os processos de natureza estrutural exigem “[...] decisões de caráter programático em que o juiz possa projetar sua decisão para o futuro”.

É preciso reconhecer que a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário precisa ser considerada em situações em que se requer a adoção de medidas complexas, a cargo de diversos órgãos, que exigem conhecimentos extrajurídicos, como é o caso das decisões estruturais.

Esse óbice, contudo, não é incontornável. Pode ser bem enfrentado por meio da utilização de técnicas decisórias mais flexíveis, ou seja, ao invés de a solução do problema vir pronta, o juízo, a partir de um profícuo diálogo institucional, exige que o próprio Poder Público formule planos de superação, com prazos e recursos bem definidos. Desse modo, não se abre mão do potencial institucional dos outros poderes, e o Judiciário não pecará por exercer funções de governo.

As decisões estruturais, ademais, por serem prospectivas (orientadas para uma perspectiva futura),⁴⁷ demandam ciclos de decisões ou provimentos em cascata (ARENHART, 2013, p. 400). Há, como já dito neste trabalho, uma primeira decisão, normalmente mais genérica (ex: cobrar o plano de superação), mas não prescinde, até para garantir a efetiva resolução do problema, de novas decisões à medida que outros problemas se apresentem.

O mesmo raciocínio se aplica para a tutela extrajudicial, que se apresenta, inclusive, como campo mais propício para as demandas estruturais, justamente por permitir com mais facilidade que soluções

⁴⁷ A esse respeito, certa vez a lição de Chayes (2017, p. 145): “*Los litigios civiles involucran, cada vez en mayor medida, la necesidad de resolver cuestiones de interés público de base legal o constitucional, y frecuentemente culminan con una sentencia prospectiva. El litigio no se enfoca en las implicancias de justicia que pueden derivarse de la interacción entre las partes, sino en la aplicación de una determinada política regulatoria a la cuestión de que se trate. El pleito no solamente clarifica el significado del derecho, remitiendo a las partes para que resuelvan privadamente sus asuntos, sino que también establece por sí mismo un régimen a fin de ordenar la futura interacción de las partes y de los ausentes, sujetándolos a una continua supervisión judicial?*”.

flexíveis venham à lume, por meio de um procedimento focado na solução negociada, que também deve ser privilegiada na tutela judicial.

Os acordos devem prever, o que é muito próprio da característica mutável dos litígios estruturais, cláusulas de repactuação, permitindo que as soluções iniciais sejam avaliadas continuamente. Também as decisões judiciais estruturais devem estar atentas para a necessidade de contínua revisão e ajuste das medidas estruturantes adotadas.

Chega-se, portanto, à última técnica: o experimentalismo na execução, que tem relação íntima com o aspecto da efetividade. Vale lembrar, por oportuno, que muitas vezes, soluções judiciais ou extrajudiciais, por não observarem as técnicas anteriores, pecam em legitimidade, o que também compromete a efetividade.

O experimentalismo na execução justifica o que se convencionou chamar de retenção da jurisdição, que significa que, mesmo com o trânsito em julgado da decisão, nada impede que novas decisões sejam proferidas. No âmbito da tutela extrajudicial, mesmo um acordo firmado, novos ajustes poderão ter lugar, caso indique a fase de implementação

Na verdade, as soluções estruturais, por comportarem implementação gradativa, exigem atenta supervisão do órgão de controle externo. É para permitir essa supervisão que, no caso do juiz, esse deve reter a jurisdição, acompanhando a fase de cumprimento. Segundo Lorenzetti (2010, p. 186), o juiz, além de decidir, deve desenhar o que denomina de uma microinstitucionalidade, valendo-se de outros órgãos ou não, para fazer um acompanhamento presente da fase de cumprimento da decisão estrutural, o que é absolutamente indispensável.

É preciso lembrar, como bem alertado por Vitorelli (2018, p. 349), forte em lição de Colin Diver, que, no processo estrutural, em vez de se promover uma alteração isolada na estrutura, “o processo se converte ‘em um componente duradouro do processo de negociação política, que determina a forma e o conteúdo das políticas públicas’. O juiz atua mais como um agente de negociação e de troca, não mediante decisão e imposição”.

Outro aspecto digno de nota é que tal experimentalismo indica que um dos caminhos mais desejáveis é a execução negociada,⁴⁸ rompendo-se com o modelo tradicional de imposição de medidas executivas pelo Estado.⁴⁹

O paradigma da colaboração (art. 6º, do CPC/2015), portanto, deveras importante para o processo civil em geral, também é nota característica da fase de implementação das tormentosas soluções estruturais.

Ademais, a execução de obrigações estruturais, apesar de demandar uma intervenção continuada na estrutura pública ou privada, o que exige considerável espaço de tempo, precisa ter um fim, não sendo aceitável que se eternize. Desde o início, é importante pensar como o processo ou procedimento estrutural poderá alcançar seu fim, resolvendo o problema coletivo!

Diante disso, a execução estrutural pode ser dividida em fases a fim de oportunizar que a obrigação definida na decisão ou no acordo possa ser cumprida de forma gradual, após a devida avaliação de todos os

⁴⁸ Sobre o tema, conferir Costa (2012, p. 25-56). Esse autor (2012, p. 31) lembra que: “Não raro, na execução de sentenças condenatórias de implantação de políticas públicas, o roteiro é repetitivo: o juiz fixa um prazo intuitivo, o prazo é extrapolado, o Ministério Público protesta, o juiz fixa multa diária, o réu pede mais prazo, as multas acumulam-se até cifras milionárias e a obrigação de fazer continua sendo descumprida ou cumprida de forma parcial ou insatisfatória. Pior: esse acúmulo infundável de multas é cobrado da pessoa jurídica de direito público, não do agente político ou do servidor resistente, o que acaba sangrando o erário e, com isso, prejudicando a manutenção de serviços públicos essenciais”.

⁴⁹ Alerta Vitorelli (2018, p. 352) que: “A fase de implementação é, frequentemente, a mais complexa de um processo estrutural, eis que muitos caminhos podem ser utilizados para a satisfação do direito material reconhecido na fase de conhecimento, sem que nenhum deles esteja predeterminado na lei. O processo judicial não foi talhado para a finalidade de projetar o modo de agir de uma organização, em que a alteração de algumas partes gera a reorganização do todo, com resultados recorrentemente imprevisíveis. Assim, é natural que se busque fazer a execução de forma negociada, com a participação e colaboração do réu. Também é recorrente que a execução envolva a participação de muitos atores, alguns dos quais sequer integravam a fase de conhecimento. Isso porque a efetividade das mudanças pode estar ligada ao comportamento de pessoas que, conquanto não sejam destinatárias da ordem, são colateralmente atingidas por ela ou ocupam posições capazes de bloquear, total ou parcialmente, os resultados esperados”.

sujeitos impactados. Conforme as repercussões de cada fase, etapas subsequentes podem ser concebidas e efetivadas, em um planejamento estratégico que objetiva evitar dispêndios desnecessários e efeitos adversos, bem como o cumprimento paulatino e progressivo da obrigação estrutural (CAMBI; WRUBEL, 2019, p. 69).

Já, por fim, em relação às medidas que devem ser tomadas, verdadeiras medidas estruturantes (*structural injunctions*), vale citar, a título exemplificativo, a possibilidade de advirem ordens ou acordos para: a) esboçar planos de cumprimento pela própria administração ou por terceiros; b) delegar a outros órgãos a fiscalização ou execução do acordado ou julgado; c) criar comitês de controle e supervisão; d) cumprir, desde logo, etapas já definidas no acordo ou na ordem judicial; e) nomear um interventor judicial⁵⁰ (ou comissário, como previsto no art. 19 do Projeto de Lei nº 8.058/2014).⁵¹

Acerca do tema, Verbic (2015b, p. 310-322) elenca alguns mecanismos de execução (meios executivos) que podem garantir a efetivação das decisões estruturais. Faz referência, o citado autor, aos instrumentos e técnicas: a) delegação da execução a outros juízes ou a funcionários especiais; b) utilização das *astreintes* e do *contempt of court* (ambos admitidos expressamente no novo Código de Processo Civil Brasileiro – arts. 537 e 77, 4º, §§ 2º a 5º, respectivamente); c) mecanismos de controle e participação da cidadania; d) criação de mesas de diálogo.

⁵⁰ Sobre a intervenção judicial como medida executiva atípica, com referência a casos concretos, conferir: Medeiros e Barros (2019, p. 129-159).

⁵¹ Precisa, nesse tocante, a lição de Arenhart (2013, p. 401): “Assim, pode a sentença delegar a execução ou a fiscalização do julgado a outros órgãos, criar etapas para o cumprimento da ordem judicial, nomear terceiros encarregados de esboçar plano de cumprimento, ou adotar outras providências que a situação concreta requeira, Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional”.

Eis, portanto, as principais técnicas que devem iluminar uma perspectiva mais prática das medidas estruturais no Brasil, restando evidente que o grande desafio dessas resulta não tanto do fato de envolver, muitas vezes, a necessidade de discutir uma determinada política pública, mas especialmente em razão do tipo peculiar de providências (verdadeiras medidas estruturantes) que acompanham a decisão ou o acordo estrutural. Diante de um modelo de tentativa e erro, a dita dificuldade decorre do desafio de se estabelecer um verdadeiro experimentalismo na fase de implementação.

CONCLUSÃO

A título de remate, não se pode deixar de partir da constatação de que qualquer discussão sobre os novos horizontes da tutela coletiva brasileira passa por repensá-la, tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial, de modo que seja capaz de lidar com os desafios dos litígios coletivos estruturais, que exigem um novo modelo de processo e procedimento, moldado a partir da necessidade de uma adequada gestão de interesses e do experimentalismo democrático na implementação das soluções possíveis e permitidas pelo ordenamento jurídico.

Um primeiro passo importante, como se viu, é precisar os conceitos de litígio e processo coletivo estrutural, uma vez que a tutela coletiva deve ter por núcleo os litígios coletivos empiricamente verificados e suas necessidades.

Os ensinamentos proporcionados pelo estudo de casos práticos, tanto os advindos da experiência nacional como internacional, trazem luzes capazes de iluminar os caminhos da tutela coletiva nessa seara, bem como da atuação dos órgãos de controle jurídico e jurisdicional chamados a intervir em conflitos de tamanha envergadura, que são frequentes no Brasil.

Além disso, o controle exercido por órgãos como o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública etc. não deve olvidar o manejo de técnicas, como: a) o mapeamento do conflito; b) o diálogo institucional;

c) o contraditório ampliado; d) as soluções flexíveis; e, e) o experimentalismo democrático na fase de implementação.

Tais técnicas serão imprescindíveis para lidar com a complexidade e a conflituosidade que são notas características dos problemas coletivos estruturais, ainda que se precise repensar toda a lógica do processo coletivo e de sua estrutura representativa.

REFERÊNCIAS

(Parte I e Parte II)

ALMEIDA, Eloísa Machado de. Litígio estratégico e articulação entre jurisdições: o caso guerrilha do Araguaia. *In: GRIVOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 527-547.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; DEUS, Fernando Barroso de. Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado. *Revista de Processo (RePro)*, v. 289, p. 269-287, São Paulo: RT, mar. 2019.

ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. *In: Rev. Direito Práx.*, v. 10, p. 661-677, Rio de Janeiro, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, v. 225, São Paulo: RT, nov. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017a. p. 423-448.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRIVOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017b. p. 475-492.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas do Ministério Público*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. O que são, afinal, negociação, mediação, conciliação e justiça restaurativa? *MPMG Jurídico Revista do Ministério Público de Minas Gerais*: autocomposição, p. 8-15, Uberaba: MPMG, 2018.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Impactos do CPC/2015 na tutela coletiva brasileira. *Revista Eletrônica Jurídico-Institucional*, ano 10, n. 14. Natal: MPRN, 2020a. (No prelo).

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Negociação em tutela coletiva*: aspectos introdutórios relevantes. Natal RN: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, 2020b.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Limites e possibilidades para a construção de uma teoria das decisões estruturais no Brasil: as políticas públicas como um desafio para a tutela coletiva no século XXI. In: LEITE, David de Medeiros; MENEZES, Patrícia Moreira de; ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes (orgs.). *Direito Público e governança*: reflexões práticas sobre políticas públicas. Mossoró: EDUERN, 2017. p. 23-56.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. O Ministério Público Social e as decisões estruturais no Brasil. *Revista Jurídica In Verbis*, ano 19, n. 35, p. 213-235, jan./jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 34-55, jan./jun. 2007.

BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público en Argentina. Disponível em: https://escuela.asesoria.gba.gov.ar/documentos/1166/Los%20conflictos%20colectivos_opt.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. *In: GRIVOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 261-286.

CAMBI, Eduardo; WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. Litígios complexos e processo estrutural. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 295, p. 56-84, set. 2019.

CARDOSO, Evorah. Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para autores não estatais. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Giojia"*, ano V, p. 363-378, 2011.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CHAYES, Abram. El rol del juez en el litigio de interes público. Tradução para o espanhol de Olivia Minatta e Francisco Verbic. *Revista de Processo (RePro)*, v. 268, p. 143-188, São Paulo, junho 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O processo estrutural enquanto forma de objetivação e o ativismo judicial. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 297, p. 271-290, nov. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *In: Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 212, p. 25-56, out. 2012.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. *In: GRIVOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 449-473.

COTA, Samuel Paiva. *Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

CRESPO, Victória Rincon Machado Mourão; BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Tutela coletiva extraprocessual e acesso à justiça: vantagens e desafios à luz do caso Samarco (desastre de Mariana/MG)*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020. (No prelo).

DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

DEL GAIZO, Flávia. A definição de direitos metaindividuais e o microssistema da tutela coletiva, 2015. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-4-flavia-viana.pdf>. Acesso em 23 out. 2019.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, v. 2. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, v. 4. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERRARO, Marcela Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural, 2015. p. 13. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20>

%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAll
owed=y

Acesso em: 12 maio 2020.

FERRARO, Marcela Pereira. Litígios estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 541-562.

FERREIRA, Iago Oliveira. *O sistema de justiça e as políticas públicas: em busca de novos rumos para o controle brasileiro*. (Trabalho de Conclusão de Curso). Natal: UFRN, 2017.

FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2008.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colômbia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Bogotá: Siglo Veintiuno, 2000.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Potencialidades e limites da negociação e mediação conduzida pelo Ministério Público. *In*: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015. p. 143-163.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Publicado em 2015. Disponível em:

www.direitoprocessual.org.br/index.php?texto-importantes. Acesso em: 20 abr. 2020.

JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017.

LIMA, Thadeu Augimieri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o Projeto de Lei 8.058/2014. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 252, p. 275-300, fev. 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2017.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MEDEIROS, Mateus Machado de; BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. A intervenção judicial expropriatória como instrumento de reestruturação de instituições e o CPC/2015. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 292, p. 129-159, junho 2019.

MELO, Cristina Andrade. *Audiência pública na função administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

MENDONÇA, Roberto Magalhães de. A litigância de interesse público numa perspectiva comparada. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 242, p. 425-452, abril 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública*: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais. São Paulo: RT, 2016.

MUÑOZ, Helena Soletto. Negociar lo que vas a negociar: el proceso de negociación. *Revista Iuris*: actualidad y práctica del derecho, nº 154, La Ley, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assupção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo estrutural e litigância de interesse público. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (orgs.). *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada de direitos fundamentais* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 379-405.

NUNES, Leonardo Silva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Medidas estruturantes: alternativa para o tratamento adequado aos conflitos de interesse público. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. *Ministério Público, Constituição e acesso à justiça*: abordagem institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 285-297.

PEÇANHA, Catharina; LÂMEGO, Guilherme; ARGOLO, Isaac; SENTO-SÉ, Jairo; ROSSI, Thais. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 278, p. 263-295, abril 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 258, p. 123-152, ago. 2016.

- PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Bord of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 85-139.
- SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Desestablization rights: how public law litigation succeeds. *Havard Law Review*, v. 117, 2004.
- SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003. p. 39-77.
- SILVEIRA, Artur Barbosa da. A utilização do diálogo institucional com fator limitador ao ativismo judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDICI)*, v. 115, p. 47-57, set./out. 2019.
- SOLER, Raúl Costa. *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflictos*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2014.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas: caminhos e desafios. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. *Ministério Público, Constituição e acesso à justiça: abordagem institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 187-208.
- TALEB, Nassim Nicholas. *Arriscando a própria pele: assimetrias ocultas no cotidiano*. Tradução Renato Brett. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.
- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- URY, William; BRET'T, Jeane; GOLDBERG, Stephen. Resolução de conflitos. Lisboa: Actual Editora, 2009.
- URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo: o primeiro passo em qualquer negociação, conflito ou conversa difícil*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

- VALE, Luís Manoel Borges do. Processos administrativos estruturais: a crise sistêmica ocasionada pela Covid-19. Publicada em 09.04.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/processos-administrativos-estruturais-a-crise-sistematica-ocasionada-pela-covid-19-09042020>. Acesso em: 20 maio 2020.
- VERBIC, Francisco. Ejecucion de sentencias en litígios de reforma estructural en la República Argentina – Dificuldades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/index.php/revista-eletronica/66-volume-6-numero-2-trimestre-01-04-2015-a-30-06-2015/>. Texto publicado em 2015a. Acesso em: 04 abr. 2019.
- VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: GRIVOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 287-316.
- VERBIC, Francisco. Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 244, p. 287-322, jun. 2015b.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial do pós-1988*. (Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: 2006.
- VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: *Revista de Processo RePro*, ano 43, v. 284. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2018.
- VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 371-422.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

VITTORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo na Constituição de 1988 e na teoria dos litígios coletivos. *In: ALMEIDA, Gregório Assagra; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. Ministério Público, Constituição e acesso à justiça: abordagem institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p.149-185.*

VITTORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 247, p. 353-384, set. 2015a.

VITTORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios locais, globais e irradiados. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 248, p. 209-250, out. 2015b.

WEISS, Jeff. *Negociações eficazes*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermudes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella. Ações individuais no caso Rio Doce: interrupção da prescrição, suspensão da prescrição e comportamento contraditório dos litigantes no processo de autocomposição. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 298, p. 193-217, dez. 2019.

A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS NA CONCRETIZAÇÃO DAS DECISÕES ESTRUTURAIS

Júlia Fontes Lyra

RESUMO

As decisões estruturais, como definições que buscam garantir o funcionamento adequado da máquina estatal, utilizam-se do sistema judiciário para dirimir problemáticas das mais diversas esferas. O grande óbice, no entanto, gira em torno da efetivação dessas medidas que, em muitas situações, acabam ficando apenas no campo teórico. O objetivo do presente trabalho, dessa forma, é mostrar como as mudanças advindas do novo Código de Processo Civil, com relação à possibilidade de utilização de meios atípicos de execução, podem ajudar a colocar no plano prático essas decisões de grande magnitude. Para tanto, foi utilizada uma metodologia essencialmente bibliográfica, partindo-se também de estudos de casos concretos para realização de uma análise dos resultados empíricos já alcançados no nosso ordenamento jurídico. Com isso, verificou-se que, para a concretização de decisões complexas, como as exigidas nos litígios estruturais, faz-se necessária a utilização de meios de execução também complexos, ação, essa, possibilitada com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Direitos Humanos Fundamentais. Novo Código de Processo Civil. Meios atípicos de execução. Intervenção judicial. Bloqueio de verba pública.

INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo trouxe para o cenário jurídico brasileiro a ideia de que o judiciário, antes compreendido como um mero aplicador das leis, detém hoje o dever de garantir a efetivação dos direitos da população. Nesse sentido, o magistrado expandiu o seu papel de

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: julialyra@hotmail.com

intérprete da lei para garantidor dos direitos humanos fundamentais. Para tanto, a Constituição Federal de 1988 deu aos princípios força normativa, colocando-os como guias centrais da interpretação das regras do nosso ordenamento jurídico para que os ideais norteadores do direito e, assim, os direitos humanos fundamentais, fossem sempre garantidos (VIOLIN, 2011).

Diante desse cenário instaurado pela constituinte de 1988, o judiciário passou a ter o poder-dever de agir diante da falha dos demais poderes formadores do nosso Estado Democrático de Direito. Assim, com o escopo de tornar efetivas as políticas públicas falhas no nosso país, foi dado ao juiz o direito de agir como agente político por meio das decisões estruturais, visando, dessa forma, à efetivação dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro (SOUZA, 2016).

À vista disso, entende-se que as decisões estruturais caracterizam-se como o meio encontrado para harmonização dos poderes e efetivação dos direitos do povo. Em outras palavras, esse instituto, utilizado pelo poder judiciário, permite a salvaguarda do pacto federativo, previsto pelos filósofos contratualistas e firmado entre a população e o poder público. Cria-se, dessarte, outro meio para que a população cobre a efetivação dos direitos coletivos, potencializando a democracia, uma vez que, ao apresentar as ações ao judiciário, permitindo-lhe tomar decisões estruturantes, o povo exerce o seu poder, cobrando da máquina pública o seu adequado funcionamento.

Todavia, analisando o histórico das decisões estruturais tomadas pelo poder judiciário em todo o mundo, nota-se que as objeções para a efetivação dos direitos fundamentais não param na necessidade de intervenção do poder judiciário nas demais esferas. Mesmo após a tomada de decisão por parte do magistrado e a consequente formação de uma decisão estrutural, existe ainda o empecilho da execução daquelas.

Sabendo disso, em meio à dificuldade de concretização das decisões no geral, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), mais especificamente em seus arts. 139, IV; 297; e 536, § 1º, trouxe a

possibilidade de utilização de meios atípicos na fase de execução dos processos. Dessa forma, esse dispositivo legal inovou, ao dar maior liberdade ao magistrado com o objetivo central de garantir efetivamente a tutela jurisdicional (AMARAL; BATISTA, 2017).

Tais medidas mostraram-se, assim, essenciais para que toda a ideia de que as decisões estruturantes servem para salvaguardar os direitos fundamentais não fique apenas na teoria, dando exequibilidade àquelas.

Diante disso, o objetivo do presente trabalho é explicar a problemática da dificuldade de aplicação das decisões estruturais no plano prático, demonstrando a necessidade de implementação dos meios atípicos de execução para a efetiva proteção dos direitos humanos fundamentais.

O foco central será na possibilidade de utilização dos meios de execução de intervenção judicial e bloqueio de verba pública, demonstrada por meio de exemplos reais que serão analisados ao longo do texto. Por fim, objetiva-se evidenciar a importância do novo Código de Processo Civil nesse processo de transformação do direito e da consequente efetivação do pacto federativo realizado entre a sociedade e o Estado Democrático de Direito, por meio da garantia dos direitos do povo, realizada mediante a utilização das decisões estruturantes pela população.

Nesse diapasão, a metodologia utilizada para a realização do presente trabalho é essencialmente bibliográfica, associada a um estudo de casos concretos presenciados no Brasil e ao redor do mundo em que foram necessárias decisões estruturantes para efetivação de direitos. Ainda, será realizada uma análise, por meio do método funcionalista, do nosso ordenamento jurídico e do sistema político-social brasileiro. Por fim, estará presente o método estruturalista, ao avaliar fenômenos específicos e sua repercussão para as possíveis modificações a serem realizadas no nosso Direito.

1 DECISÕES ESTRUTURAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Surgidas nos Estados Unidos, no ano de 1954 com o caso *Brown vs Board of Education os Topeka*, quando o governo americano passou a implementar reformas em certas instituições, visando à garantia das diretrizes constitucionais (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2017), as decisões estruturais expandiram-se pelo mundo e vieram, posteriormente, para o Brasil. Aqui, foram instauradas com o objetivo de concretização dos direitos fundamentais, sendo acionadas diante de casos específicos que envolvam interesses gerais.

Consideradas com conteúdo complexo, as decisões estruturais são advindas de litígios coletivos, que envolvem, geralmente, conteúdo aberto, visando a um resultado prático específico (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2017). Por essa razão, os seus processos diferem-se dos tradicionais, em que o juiz, usualmente, acolhe ou rejeita o pedido formalizado, escolhendo um dos lados que compõem a lide. São demandadas, então, resoluções estruturadas, que se preocupem com as consequências e repercussões que podem vir a causar no meio (ARENHART, 2013). Mas as preocupações não param por aí.

Sabendo-se que os processos estruturantes estão relacionados a litígios que envolvem diversas áreas do poder público e privado, é dever do magistrado atentar-se para questões como orçamento e administração, por exemplo, além das evidentes consequências políticas, sociais, ambientais e econômicas que possam ser geradas. É preciso, pois, pensar em soluções de curto, médio e longo prazo, o que requer do magistrado uma visão holística da problemática.

Todavia, esse fator pode ser bastante dificultado pela estrutura tradicional do direito processual brasileiro e, por essa razão, os processos estruturantes diferem, em muito, dos tradicionais. Isso porque, hodiernamente, o nosso direito volta-se, em sua maioria, para questões binárias, nas quais as partes pleiteiam por uma resolução específica,

enquanto os processos estruturais envolvem interesses difusos e coletivos (ARENHART, 2013).

Assim, os magistrados, nesses processos, acabam por atuar de forma mais ampla, sendo essa uma das principais características dos litígios complexos que dão origem às decisões estruturantes.

Nesse sentido, nota-se que o juiz assume papel de protagonista nos processos estruturais, procurando driblar grande parte da burocracia estatal evidenciada. Para tanto, o magistrado assume uma postura proativa de interpretação constitucional, utilizando-se de medidas que tornam possível a reorganização das instituições, com o escopo de manter o adequado funcionamento da máquina pública (MORAIS, 2017).

A essa acentuada intervenção judicial, a fim de garantir os direitos constitucionalmente previstos nos casos práticos, foi dado o nome de ativismo judicial, expressão criada por Arthur M. Schlesinger, historiador norte-americano, durante o período ativista da Suprema Corte dos Estados Unidos (DANTAS, 2017).

Para o autor Marco Félix Jobim, estudioso da área, o ativismo judicial é uma contraposição à autocontenção judicial e ocorre quando o Poder Legislativo não cumpre o seu papel, deixando de criar novas leis que modifiquem o fator da insatisfação popular, e o Poder Executivo fica inerte no seu dever de administrar, sendo forçosa a atuação do Poder Judiciário (DIDIER; ZANETTI; OLIVEIRA, 2017). É o que se percebe nos litígios que necessitam das decisões estruturais para serem solucionados.

O ativismo judicial, nesses casos, permite a interferência do judiciário nos demais poderes, com o escopo de garantir o adequado funcionamento da máquina estatal e o cumprimento do papel do governo no pacto federativo, firmado com a população, de garantia dos direitos do povo.

Faz-se mister destacar, no entanto, que, em razão do princípio da separação dos poderes, essa prática deve ser realizada de forma estratégica, em casos específicos complexos em que a intervenção do Poder Judiciário torne-se imprescindível. Devem-se, ainda, ser avaliadas a razoabilidade e

a proporcionalidade das decisões e medidas tomadas pelo magistrado nos casos em análise (DANTAS, 2017).

É por esse motivo que, em razão de alguns casos em que o judiciário ultrapassou os seus limites de atuação, realizando o ativismo judicial de forma desmedida, sem se atentar para a razoabilidade e a proporcionalidade, o termo passou a ser visto, por muitos, como algo negativo. Entretanto, o entendimento majoritário entre os doutrinadores do direito ainda é que essa prática, quando aplicada da forma adequada, pode trazer inúmeros benefícios ao cumprimento das decisões advindas das cortes superiores (DIDIER; ZANETTI; OLIVEIRA, 2017). Ela representa, portanto, assim como os processos estruturais, uma flexibilização do atual modelo, no Brasil, de Direito Processual Civil, permitindo ao magistrado uma ampla atuação, com o propósito de se atingir o resultado almejado.

2 PROBLEMÁTICA DA EXECUÇÃO DAS DECISÕES ESTRUTURAIS

A forma de atuação do magistrado nos processos estruturais, diferente da performance nos processos comuns, repercute também em decisões incomuns, específicas para os casos concretos que estão sendo analisados. É o que se pode notar nos casos que envolvem demandas da área da saúde, em que o magistrado decide, por exemplo, que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve fornecer um novo medicamento que vai curar determinada enfermidade que se alastra em certa região; como também nas situações em que o judiciário, com o objetivo de concretizar os direitos das pessoas com necessidades especiais, determina que sejam construídas rampas de acessibilidade em todos os prédios públicos; ou ainda nos feitos ligados às demandas relacionadas ao Direito Ambiental, como por exemplo, nas ações que envolvem grandes desastres naturais, em que o juiz determina que a empresa responsável pela poluição, além de indenizar as famílias prejudicadas, procure formas de compensar a degradação causada na área.

Assim, diante de casos complexos e, conseqüentemente, de decisões também complexas, a problemática mais evidente nos últimos tempos que se instaura com relação aos processos estruturantes é a dificuldade de concretização das medidas postas, visto que a simples imposição de uma obrigação, não é, por si só, apta a solucionar as adversidades existentes. Deve, então, o magistrado, diante disso, decidir, nos processos estruturantes, de uma maneira que possibilite a aplicação de suas decisões no plano concreto, fornecendo condições para tanto. A fim de tornar isso possível, entretanto, faz-se necessário que o órgão jurisdicional estipule os meios pelos quais as decisões serão materializadas.

Em razão disso, o que se percebe é que é necessária a utilização de novos mecanismos de atuação, que deem maior flexibilidade ao magistrado para que as suas decisões saiam do campo teórico e concretizem-se.

3 MUDANÇAS NOS MEIOS DE EXECUÇÃO TRAZIDAS PELO NOVO CPC

Para o Direito Processual Civil brasileiro, é função do Estado, enquanto garantidor dos direitos do povo, além de decidir sobre determinada controvérsia que venha a surgir, disponibilizar os meios e instrumentos necessários para a satisfação do direito delimitado na decisão do caso concreto (CARDOSO, 2017). É o que determina o princípio da efetividade, que, além de norma constitucional, encontra-se previsto no art. 4º do CPC, o que mostra ainda mais a sua importância no nosso ordenamento jurídico.

Segundo o autor Fredie Didier, o referido princípio é corolário do devido processo legal, cláusula geral processual prevista na Constituição Federal de 1988. Para ele, “processo devido é processo efetivo”, o que significa dizer que a tutela executiva é essencial e deve ser sempre garantida, sendo fornecidos os meios executivos necessários à efetivação do direito (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 65).

Com base nessa ideia, o Direito Processual Civil brasileiro, que antes, por receio das arbitrariedades que poderiam ser cometidas pelos

magistrados e com o escopo de garantir a segurança psicológica do cidadão, utilizava-se do princípio da tipicidade dos meios executivos, mudou o seu entendimento (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017). Isso porque, de acordo com esse princípio, apenas os meios previstos no ordenamento jurídico do Brasil poderiam ser utilizados nas decisões judiciais. Todavia, percebeu-se, ao longo do tempo, que, em diversas situações, as partes deparavam-se com a inefetividade dos meios executivos típicos.

Assim, sendo os procedimentos de execução do processo inefetivos, um dos princípios corolários do devido processo legal, qual seja o da efetividade, não estava sendo satisfeito como deveria. Tal fator fez com que fosse autorizada pelo Direito Processual Civil brasileiro a utilização de meios atípicos pelos magistrados, de acordo com cada caso concreto, o que deu origem ao chamado princípio da atipicidade dos meios executivos, também de extrema relevância ao ordenamento jurídico (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

A moderna processualística, à vista dessa situação, procurou solucionar a problemática prevendo, de forma expressa, em diversas partes do novo CPC, a possibilidade de utilização dos meios atípicos de execução.

A título de exemplo, tem-se o art. 139, IV, do CPC/2015, que apresenta a seguinte redação:

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

[...]

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

Nesse caso, a despeito de, para alguns autores como Fredie Didier, as palavras mandamentais, coercitivas e indutivas significarem a mesma coisa, verifica-se que outros estudiosos fazem a distinção entre aquelas. Essa última está ligada ao induzimento, isto é, ao estímulo, fazendo com

que uma parte sinte-se pressionada ou estimulada a realizar determinada ação em razão da decisão proferida; a segunda, por sua vez, pode ser realizada exclusivamente pelo Estado, em razão de sua natureza obrigacional; já a primeira palavra, “mandamental”, refere-se à eficácia do ato, ou seja, ao seu cumprimento. Por fim, a palavra sub-rogatória, de forma incontroversa, relaciona-se a uma determinação imposta a um terceiro (JOBIM, 2017).

Encontramos ainda o princípio da atipicidade no art. 297 do CPC/2015, que dá ainda mais liberdade ao magistrado em suas decisões, ao estipular que “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”, não especificando que essas medidas são, unicamente, aquelas previstas no CPC.

Por fim, depara-se com o mencionado princípio no art. 536, § 1º também do CPC/2015, conforme se vê:

Art. 536. **No cumprimento de sentença** que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, **o juiz poderá**, de ofício ou a requerimento, **para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.**

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

(Grifos nossos)

Com isso, verifica-se que, desde o ano de 2015, com as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil, o juiz passou a interferir mais ativamente no rumo do processo. Obteve-se, assim, muito mais liberdade na execução de suas sentenças e, até mesmo, na execução de títulos extrajudiciais, podendo o magistrado prever os métodos que julgar necessários para efetivação do direito.

Começou-se a falar, nesse diapasão, em justiça do caso concreto, reforçando o poder criativo da atividade jurisdicional exercida pelos magistrados, que, agora, em suas decisões, podem estipular meios de execução diretos e indiretos, a depender de cada caso analisado (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

No caso das decisões estruturais, o problema da execução, antes das medidas adotadas pelo novo CPC, era ainda mais evidente. Isso deve-se ao fato de envolverem casos complexos que carecem de medidas também complexas, que englobem a amplitude da problemática analisada e busquem a melhor solução possível para o caso concreto.

Ocorre, ainda, que nem sempre é possível saber qual é a solução mais efetiva para o fato em discussão. Em outras situações pode acontecer também de não existir uma única saída para a problemática, precisando que sejam impostas diversas medidas, prescritas por etapas. É o que o escritor Sérgio Arenhart chamou de provimentos em série ou provimentos em cascata (PINHO, 2014).

Para esse autor, algumas medidas estruturantes precisam, inicialmente, de uma decisão mais genérica, que se limite a estabelecer as diretrizes gerais para a proteção do direito e, posteriormente, de decisões suplementares, para problemas pontuais que venham a surgir ao longo da implementação do processo (ARENHART, 2013). Entende-se que, durante a execução de uma decisão estruturante, podem ser necessárias outras decisões, a serem formuladas pelo magistrado responsável, que dêem origem a novas execuções.

Assim, além de, em muitas situações, as decisões estruturais necessitarem de mais de uma execução, tem-se que essas, em razão da profundidade daquelas, são também profundas, complexas. Esse fator faz com que nesses processos estruturais seja ainda mais necessária a utilização dos meios atípicos de execução pelos magistrados, visando a real garantia do direito tutelado.

4 OS MEIOS DE EXECUÇÃO ATÍPICOS

Verifica-se que os meios de execução atípicos são aplicados de acordo com as necessidades advindas de cada caso concreto, podendo, aqueles, serem realizados de forma direta, nos casos de expropriação e desapossamento, por exemplo; ou indireta, quando o Estado Juiz interfere na execução com a ajuda do executado, por meio de uma pressão psicológica, como nas situações que comportem coerções patrimoniais ou pessoais. Frize-se, ainda, que os referidos meios de execução podem ser estipulados também contra terceiros que, de alguma forma, estejam relacionados à lide (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 109).

Assim, todas as partes, incluindo terceiros e, até mesmo, o próprio exequente – uma vez que as medidas executivas podem ser dirigidas a qualquer um desses –, devem agir de acordo com o que for estipulado pelo juiz. É o que determina o art. 77, inciso IV do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

Como é possível observar, o magistrado detém ampla liberdade de atuação dentro e fora do processo para garantir a efetividade de sua decisão. É por essa razão que os meios de execução atípicos devem ser utilizados de forma excepcional e consciente pelo juiz, de acordo com as reais necessidades de cada caso concreto.

Sobre o assunto, evoca-se o estudioso da área Fredie Didier Júnior, corroborando o exposto, uma vez que ela afirma que “é preciso investigar qual o parâmetro de controle da escolha realizada pelo juiz” (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 111).

Verifica-se, portanto, que existem critérios para fixação das medidas executivas atípicas, com o escopo de serem evitadas arbitrariedades que acabem por prejudicar as partes da relação processual e, até mesmo, terceiros alheios ao processo ou determinado público, específico ou não, como nas circunstâncias que envolvam interesses difusos ou coletivos, o que vem a ser o caso dos processos estruturantes, ora analisados.

A escolha da medida executiva atípica para cada situação deve, nesse sentido, ser pautada nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, da proibição do excesso, da eficiência e da menor onerosidade da execução, conforme previsão do direito processual civil brasileiro.

O primeiro obriga o juiz a achar a relação de causalidade entre o meio a ser utilizado e o fim almejado na situação concreta. O segundo, da razoabilidade, exige uma harmonização do geral com o individual, servindo para mostrar como e quando a regra geral deve ser aplicada no caso concreto (LEMISZ, 2010). O terceiro, no que lhe diz respeito, defende que, na consecução de um fim específico, deve-se utilizar apenas o meio de execução realmente necessário, evitando, à vista disso, um possível excesso². Já o quarto princípio, da eficiência, previsto expressamente no artigo 8º do CPC juntamente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, representa uma atuação que mostre resultados quantitativos e qualitativos diante do caso em discussão (LIMA, 2019). Por fim, o quinto princípio, da menor onerosidade da execução, garante que o executado não sofra uma consequência maior do que a necessária para satisfação do direito da parte exequente (SALLA, 2016).

Assim, apenas após a realização desse juízo de valor, quando, cuidadosamente, o magistrado analisa todas as possibilidades de execução de sua decisão e as consequências que aquelas podem gerar em toda a sociedade e no meio em que as partes da lide estão inseridas, é que serão aplicados os meios de execução atípicos nos casos concretos. Esses, por

² Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/292720/principio-da-proibicao-do-excesso>. Acesso em: 21 dez. 2018.

sua vez, podem ser os mais diversos possíveis, detendo, o magistrado, grande criatividade para adequá-los da melhor forma à lide em análise.

Além dos meios de execução previstos expressamente no nosso Código de Processo Civil – como, por exemplo, a possibilidade de inscrição no cadastro de inadimplentes, a aplicação de astreintes, a prisão civil (nos casos de prestação de alimentos), a penhora de bens e a expedição de certidão para fins de averbação no registro de imóveis, veículos ou outros bens que possam ser penhorados –, os meios de execução que vem sendo utilizados, sendo esses não previstos no nosso ordenamento jurídico, são, por exemplo, a suspensão de licenças e alvarás de funcionamento, o cancelamento de cartões de crédito, dentre diversos outros.

Tem-se notado, ainda, a utilização de alguns métodos de execução atípicos que geram, de certo modo, polêmica com relação à possibilidade de sua aplicação, como a suspensão da carteira de habilitação e apreensão de passaporte (OLIVEIRA; GUEDES, 2017), conforme os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. SUSPENSÃO DA CNH DO DEVEDOR/EXECUTADO. O deferimento ou indeferimento de medidas alternativas, como por exemplo a medida de suspensão da CNH do devedor/executado, depende do contexto do caso concreto. Precedentes do STJ. No presente caso, a execução tramita desde 2006, havendo inclusive outras execuções em curso, nada parecendo conseguir fazer com que o devedor/executado pague o que deve. Entende-se estar bem demonstrada a situação de excepcionalidade, que justifica a aplicação da medida alternativa de suspensão da CNH do devedor/executado. DERAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 700778683349, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/11/2018).

(TJ-RS – AI: 70078683349 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 22/11/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/11/2018)

O que se percebe com relação a esses, no entanto, de acordo com o entendimento das cortes superiores, é que só serão aplicados nos casos em que realmente forem necessários, devendo ser analisados todos aqueles princípios norteadores da execução no Direito Processual Civil brasileiro.

Com relação às decisões estruturantes, verifica-se que a sua execução e, conseqüentemente, aplicação dos meios atípicos não é diferente, sendo apenas ainda mais necessário o emprego desses, uma vez que aquelas envolvem litígios complexos que demandam uma maior atuação e criatividade do magistrado.

Percebe-se, pois, a grande utilização dos meios atípicos de execução para real efetivação dos direitos nos mais diversos casos relacionados aos processos estruturais, dentre os quais ganham especial destaque, em razão da sua frequente aplicabilidade, a intervenção judicial e o bloqueio de verba pública, que serão melhor explanos a seguir.

a) Intervenção judicial

Observa-se, em diversas situações, que o magistrado busca meios executivos que contem com a cooperação do executado para facilitar a execução da decisão judicial. Todavia, quando nos deparamos com uma pessoa jurídica, pública ou privada, nessa posição, essa cooperação fica ainda mais difícil. Faz-se necessária, nesses casos, portanto, a utilização de um meio executivo direto, de caráter sub-rogatório, que possam garantir a tutela específica do direito, primando, assim, pelo supracitado princípio da efetividade (MATTOS, 2011). Para tal fim, a intervenção judicial ficou bastante conhecida na jurisprudência brasileira, em razão da sua eficácia.

Inicialmente, prevista na Lei nº 8.884, de 1994, conhecida como Lei Antitruste, essa medida, após o advento do novo CPC, com a possibilidade de utilização dos meios atípicos de execução, a intervenção judicial passou a ser aplicada nos mais diversos tipos de processo, em especial nos de caráter estrutural.

O autor Crettela Júnior (1996, p. 129), jurista brasileiro especializado na área de Direito Administrativo, define-a da seguinte forma:

Intervenção é a ingerência, ingresso ou incursão de entidade “de maior grau” na “esfera de negócios” da entidade “de grau menos elevado”. Determinando, em despacho motivado a ingerência, quando indispensável para permitir a execução específica da obrigação, o juiz procede também à nomeação do interventor.

A intervenção judicial caracteriza-se, portanto, como um meio de execução atípico em que o magistrado nomeia um terceiro, alheio à relação processual, para intervir na pessoa jurídica condenada. Esse ficará responsável, dessa forma, por prestar as informações necessárias e atuar de forma a representar o juiz com o escopo de garantir o cumprimento da obrigação estipulada em sua decisão (CRETTELA JÚNIOR, 1996).

Assim, em razão da necessidade de o interventor ser de confiança do Juízo, não cabe procedimento licitatório para a sua escolha, sendo tal incumbência do magistrado responsável pelo caso concreto. Outrossim, é recomendável que o interventor tenha certo conhecimento técnico a respeito da atividade desenvolvida pela entidade que irá sofrer a intervenção, sendo possível que a referida entidade impugne a escolha do interventor, quando averiguada a sua inaptidão ou inidoneidade (MEDEIROS; BARROS, 2018).

É igualmente recomendável que os poderes fornecidos ao interventor, assim como também a sua remuneração, sejam devidamente especificados na decisão judicial, podendo tais poderes, todavia, serem modificados de acordo com as necessidades do caso concreto (MEDEIROS; BARROS, 2018).

A intervenção judicial é comumente empregada nos casos em que o magistrado condena a pessoa jurídica à prestação de obrigações entendidas como complexas, em que a parte executada pode apresentar dificuldade de implementação e, por esse motivo, essa medida carece de

acompanhamento constante por parte do juiz da relação processual (ARENHART, 2010).

Mister se faz destacar, ainda, que a intervenção judicial nem sempre irá substituir o titular da pessoa jurídica em questão, podendo ocorrer de forma menos gravosa, a depender das reais necessidades do caso concreto (ARENHART, 2010).

À vista disso, a doutrina classifica a intervenção judicial em três diferentes grupos: a fiscalizatória, a cogestora e a substitutiva ou expropriatória (MATTOS, 2011).

Na primeira, o interventor nomeado pelo juiz irá apenas fiscalizar o cumprimento da decisão, tendo livre acesso à empresa, mas mantendo o administrador da empresa de sua posição. Na intervenção cogestora, de forma um pouco mais incisiva do que na primeira, o interventor irá assumir algumas das atribuições do proprietário da pessoa jurídica executada, administrando-a em parte. A última, por fim, é a forma de intervenção judicial mais radical, em que o administrador original da empresa será retirado do seu cargo e substituído pelo interventor durante certo período de tempo, definido pelo magistrado, a depender do caso concreto (MATTOS, 2011).

Ressalte-se, no entanto, que o magistrado poderá, durante o curso do processo, modificar a modalidade de intervenção judicial determinada inicialmente, adequando-a da melhor forma ao escopo de atender as necessidades do caso concreto (MEDEIROS; BARROS, 2018).

No Estado do Rio Grande do Norte, recente decisão sobre o assunto ganhou grande repercussão no âmbito da saúde. Trata-se do Processo de nº 0800817-45.2013.8.20.0001, de competência do juiz Airton Pinheiro, da 5ª vara da Fazenda Pública de Natal.³ O processo foi fruto de suspeitas de irregularidade com relação ao contrato de gestão do Hospital Estadual de Referência e Atenção à Mulher de Mossoró realizado com determinada empresa.

³ Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=105008. Acesso em: 22 dez. 2018.

Na situação, o magistrado supramencionado determinou a intervenção judicial por 90 dias, atribuindo a um terceiro a responsabilidade de administrar os serviços de saúde do hospital. Foi estipulado ainda que o interventor apresentasse relatórios mensalmente a respeito das atividades do local, notadamente quanto aos aspectos financeiros, contábeis e patrimoniais (ARENHART, 2013).

Prezando, contudo, pelo adequado funcionamento do hospital, o juiz estipulou que a intervenção judicial não deveria prejudicar o seu andamento, impondo ao governo do Estado do Rio Grande do Norte que as atividades continuassem sendo exercidas, inclusive com relação ao processamento administrativo para a liberação de recursos e consequente pagamento das dívidas empenhadas.

Mais tarde, a decisão judicial restou modificada, pois foi constatada a impossibilidade de execução do contrato impugnado, levando, o magistrado, a restituir a administração do hospital ao governo do Estado. A decisão, todavia, foi agravada, ampliando o prazo da intervenção judicial por mais 45 dias, o que deu a possibilidade de o Estado do Rio Grande do Norte convocar candidatos aprovados em um concurso público já realizado pela instituição para darem continuidade ao funcionamento do hospital.

Após o julgamento do Agravo de Instrumento o processo foi extinto sem resolução do mérito, uma vez que, diante da impossibilidade de execução do contrato impugnado, o juiz responsável pelo caso não teve como dar prosseguimento à gestão terceirizada do Hospital da Mulher Parteira Maria Correia.

Todavia, a referida decisão foi deveras importante para o Estado do Rio Grande do Norte e também para o direito processual civil brasileiro, pois, além de corrigir, em partes, o funcionamento de um hospital de extrema importância para o Estado, melhorando o funcionamento da saúde – direito fundamental garantido pela nossa Constituição –, ajudou a consolidar o instituto das medidas de execução atípicas nas lides estruturais observadas em nosso país.

b) Bloqueio de verba pública

No que diz respeito à medida executiva atípica de bloqueio de verba pública, o que se verifica no nosso ordenamento jurídico pátrio é que, de acordo com as normas do direito administrativo e financeiro, essa prática não é possível. Isso se dá em razão dos princípios da impenhorabilidade de bens públicos, da necessidade de dotação orçamentária prévia para realização de despesas, dentre diversos outros (SÁ, 2016).

Desses princípios, depreende-se que nenhum dos três poderes está autorizado a interferir no planejamento orçamentário anualmente estabelecido e, tampouco, penhorar verba de natureza pública, que, na maioria das situações, já tem destinação específica. Todavia, diante de diversos casos em que não se verifica o cumprimento do papel do Estado de garantidor dos direitos fundamentais, essa proibição precisou ser discutida pelas nossas cortes superiores (SÁ, 2016).

Nesse sentido, restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 607.582, e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Resp 1.069.810, submetidos à repercussão geral e aos recursos repetitivos, que é possível sim o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos em determinadas situações (SÁ, 2016). Nas discussões, foi estipulado que o magistrado, a depender do caso concreto, pode determinar o bloqueio para o fornecimento de medicamentos, sendo bastante prudente e desde que sua decisão esteja adequadamente fundamentada.

O Recurso Especial que deu origem à decisão do STJ é proveniente do Estado do Rio Grande do Sul e foi devidamente julgado de acordo com o rito previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil. Na situação, foi afastada pelo tribunal a decisão do juízo singular que determinou o bloqueio de verbas públicas em razão do descumprimento, pelo Estado, da obrigação de fornecer o medicamento adequado para o tratamento de uma determinada doença grave. O STJ, por sua vez, manteve a decisão originária:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, §5º DO COC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOS, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. 1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.

(STJ - Resp: 1069810 RS 2008/0138928-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 23/10/2013, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: Dje 06/11/2013)

Em situação semelhante, também relacionada à área de saúde, no caso já mencionado, do Hospital da Mulher Partira Maria Correia, em Mossoró, no Estado do Rio Grande do Norte, também foi autorizado o bloqueio de verba pública. Nessa ocasião, o juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal determinou o bloqueio de R\$ 7,1 milhões das contas do Estado. Essa verba foi destinada ao pagamento de verba devida ao hospital, referente aos meses de julho a outubro do ano de 2013, em razão da inadimplência do poder público com a empresa contratada para prestação de serviços no local.⁴

Para tomar tal decisão, todavia, o juiz responsável pelo caso, fundamentou bastante a sua decisão, afirmando que o Estado não

⁴ Disponível em: <https://portalnoar.com.br/juiz-bloqueia-r-71-milhoes-do-estado-para-repasse-ao-hospital-da-mulher/>. Acesso em: 30 set. 2019.

apresentou nenhuma justificativa razoável para o seu inadimplemento, assim como também não estipulou nenhum prazo razoável para o cumprimento da obrigação.

Diante do exposto, verifica-se que o entendimento geral, portanto, é que o direito fundamental à saúde deve prevalecer sobre os princípios do direito financeiro ou administrativo, uma vez que, caso fosse decidido de forma contrária, os julgamentos poderiam resultar em grave lesão à saúde dos pacientes. Todavia, deve-se atentar para o caráter excepcional dessa medida de execução, aplicando-a apenas nos casos em que ela realmente for necessária para efetivação da tutela específica.⁵

CONCLUSÕES

Diante da atual conjuntura em que o nosso Estado Democrático de Direito está inserido, verifica-se que, a despeito da autonomia e separação dos três poderes, em diversas ocasiões, não se verifica o adequado funcionamento da máquina estatal, em razão da ineficiência de algumas ações dos entes públicos. Isso porque, hodiernamente, tem-se observado que o Estado não tem cumprido com o seu papel no contrato social, firmado com a população, de garantidor dos direitos humanos fundamentais. Assim, o judiciário acaba por ter que intervir nas demais esferas, com o escopo de garantir os direitos do povo e a efetivação das políticas públicas, dando origem aos processos estruturantes.

Essas situações, em que as lides processuais, por envolverem litígios complexos, necessitam, pois, de certa complexidade em seu processamento, requerendo um tratamento diferenciado do atual sistema processual brasileiro. Dessa forma, faz-se imprescindível uma atuação mais ativa do magistrado, o qual precisa fazer uma análise holística da problemática em questão, buscando adequar, da melhor forma, a sua

⁵ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112097230/juiz-pode-bloquear-verbas-publicas-para-garantir-fornecimento-de-remedio-a-pessoa-necessitada>. Acesso em: 22 dez. 2018.

decisão ao caso concreto. Todavia, o magistrado encontrava, em diversas situações, dificuldade na aplicação de suas decisões aos casos em análise. Nessa perspectiva, o novo Código de Processo Civil, de forma inovadora, trouxe, expressamente, em diversas partes de sua redação, a possibilidade de utilização dos meios atípicos de execução, tornando possível a realização da atividade criativa do magistrado, com o escopo de se garantir a tutela efetiva do caso em questão.

No caso específico das decisões estruturantes, têm-se observado que a frequente utilização dos meios de execução atípicos de intervenção judicial e de bloqueio de verbas públicas – com o objetivo de garantir a tutela dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, de efetivar o papel do Estado no pacto federativo – tem surtido efeito positivo para o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, nas questões que envolvem as lides da área de saúde.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Alex P.; BATISTA, Luiza V. P. 2017. *A atipicidade dos meios executivos no novo CPC*. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/60582/a-atipicidade-dos-meios-executivos-no-novo-cpc>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ARENHART, Sérgio C. *A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica*. 2010. Disponível em:

<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/36-artigos-abr-2010/5973-a-intervencao-judicial-e-o-cumprimento-da-tutela-especifica>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ARENHART, Sérgio. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389-410, São Paulo: RT, 2013.

ARENHART, Sérgio. *Processos estruturais do Direito brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2016. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp->

content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf . Acesso em: 30 mar. 2020.

CARDOSO, Beatriz. *Teoria geral da execução no novo CPC*. 2017.

Disponível em:

<https://beacardoso.jusbrasil.com.br/artigos/459425469/teoria-geral-da-execucao-no-novo-cpc>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DANTAS, Eduardo S. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de coisas inconstitucionais. *Revista Constituição e Garantia dos Direitos*. 2017.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Rafael A. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017.

DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Eduardo C.; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 5. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

JOBIM, Marco F. *A Previsão das Decisões Estruturantes no artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais, Jurisdição e Processo: desafios e perspectivas*. Curitiba: Instituto Memória, 2017. v. 1, p. 272-295.

LEMISZ, Ivone B. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 2010.

Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5634/Os-principios-da-razoabilidade-e-da-proporcionalidade>. Acesso em: 30 mar. 2020.

LIMA, Telmo G. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*.

2019. Disponível em:

[https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI303450,71043-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI303450,71043-O+principio+da+eficiencia+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil)

[O+principio+da+eficiencia+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI303450,71043-O+principio+da+eficiencia+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil).

Acesso em: 30 mar. 2020.

MATIOS, Lucas de B. A intervenção judicial como meio executivo para a tutela dos novos direitos. *RevJurFA7*, Fortaleza, v. VIII, n. 1, p. 261-278, abr. 2011.

MEDEIROS, Mateus; BARROS, Marcus Aurélio. A intervenção judicial expropriatória como instrumento de reestruturação de instituições e o CPC/2015, *Revista de Processo*, v. 44, n. 292. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/164597>
Acesso em: 30 mar. 2020.

MORAIS, Polliana C. *A Utilização de Medidas Estruturantes Pelo Supremo Tribunal Federal – Um Estudo de Caso*. Trabalho de Conclusão (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

OLIVEIRA, Paula Eliane da S.; GUEDES, Paulo Henrique R. *Possíveis meios alternativos de construção na vigência do Código de Processo Civil de 2015*. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270744,21048-Possiveis+meios+alternativos+de+constricao+na+vigencia+do+Codigo+de>. Acesso em: 30 mar. 2020.

PINHO, Humberto D. B.; CORTÊS, Victor A. P. V. *As Medidas Estruturantes e a Efetividade das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIII, p. 229-258, 2014.

SÁ, Thiago M. F. *Bloqueio de Valores em Contas do Estado para se Garantir o Fornecimento de Medicamentos no Âmbito de Contratos Administrativos*. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249629,31047-Bloqueio+de+valores+em+contas+do+Estado+para+se+garantir+o>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SALLA, Camila F. *Novo Código de Processo Civil: os princípios da execução à luz do NCPC*. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,novo-codigo-de-processo-civil-os-principios-da-execucao-a-luz-do-ncpc,55733.html>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SOUZA, Luciana C. Peso político das decisões judiciais estruturantes: o poder judiciário como agente para implementação de políticas públicas. *Revista Anais do II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*. v. 3. Belo Horizonte, 2016.

VIOLIN, Jordão. *Processo coletivo e protagonismo do judiciário*. Dissertação (pós-graduação em direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2011.

VITTORELLI, Edilson. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. *Revista de Processo (RePro)*, Brasília, v. 284, n. 43, p. 333-369, out. 2018. Mensal.



ATE ASSESSORIA
TÉCNICA
DE EDITORAÇÃO