

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUCIANA CECÍLIA MORATO**

**IMPLEMENTAÇÃO COMPARTICIPADA DE MEDIDAS ESTRUTURANTES  
NA LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO**

**BELO HORIZONTE/MG**

**2019**

LUCIANA CECÍLIA MORATO

IMPLEMENTAÇÃO COMPARTICIPADA DE MEDIDAS ESTRUTURANTES NA  
LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em direito processual.

Orientador: Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes

BELO HORIZONTE/MG

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M83 li Morato, Luciana Cecília  
Implementação compartilhada de medidas estruturantes na litigância de interesse público / Luciana Cecília Morato. Belo Horizonte, 2019.  
155 f.

Orientador: Dierle José Coelho Nunes  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Coisa litigiosa. 2. Integridade. 3. Interesse público. 4. Direito à moradia. 5. Decisão judicial. I. Nunes, Dierle José Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.23

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

LUCIANA CECÍLIA MORATO

**IMPLEMENTAÇÃO COMPARTICIPADA DE MEDIDAS ESTRUTURANTES  
NA LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em direito processual.

---

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes (orientador)

---

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior

---

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia

---

Prof. Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron (suplente)

Belo Horizonte, 1 de fevereiro de 2019.

*À minha mãe, Celeste,  
por sempre acreditar em mim.*

## AGRADECIMENTOS

Depois de uma árdua jornada, não faltam motivos e pessoas a agradecer.

Inicialmente, agradeço à minha querida mãe, Celeste, por sempre investir em mim, acreditar no meu potencial e por sempre ter me amado tanto, desde que eu era uma garotinha com apenas oito anos de idade e com olhos muito curiosos. Se existirem outras vidas, quero você como minha mãe em cada uma delas.

Ao Tio Hélder, a quem reputo com um pai, por sempre me apoiar e me incentivar.

À Gabriela, minha irmã, que eu sempre possa servir de espelho a você, que tem tantos sonhos e um talento tão bonito e imensurável.

Ao querido João Marcos, muito obrigada por todas as madrugadas estudando. Sem você, com absoluta convicção, esta pesquisa não teria se desenvolvido. Isso porque, você foi o copiloto deste barco, presenciando todos os momentos alegres e difíceis, compreendendo as necessárias abdições em prol dos nossos mestrados e sempre me incentivando com palavras e ações. Você é muito especial para mim, obrigada.

Ao Prof. Luiz Henrique Borges Varela, do Centro Universitário de Patos de Minas, quem me fez descobrir a paixão pelo direito processual civil. Obrigada por todas as oportunidades e interlocuções. Muito do que sou, profissional e academicamente, devo a você, meu eterno orientador e guru.

Agradeço aos sócios e colegas do escritório Câmara, Vieira & Raslan Sociedade de Advogados, especialmente ao Dr. Giovanni Câmara de Moraes, pela oportunidade, pela paciência despendida em relação às minhas ausências em prol do Mestrado e por todos os ensinamentos diários sobre a arte da advocacia.

A todos os meus familiares, pelo apoio e incentivo, em especial, minha prima Ana Gabriela e à Tia Mariza Porto, por me abrigarem tão bem durante minha estadia inicial em Belo Horizonte.

A todos os meus queridos amigos de Patos de Minas, agradeço por compreenderem minha ausência em prol da realização deste sonho.

A meu orientador, Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes, agradeço pelas importantes orientações, ensinamentos e pela paciência despendida.

Aos Professores Alexandre Bahia, Flávio Pedron e Vicente Maciel pelas importantes considerações na banca para aprimoramento desta pesquisa e pela disponibilidade.

Ao PPGD PUC Minas e seu renomado corpo docente, ao qual tenho imenso respeito, admiração e orgulho em fazer parte do corpo docente.

Aos queridos colegas de mestrado Armando Ghedini, Helena Freitas e Nathália Medeiros, que juntos, compartilharam comigo as lamuriações e vitórias durante esta jornada.

A todos que, de alguma forma, contribuíram, explícita ou implicitamente, para que esta pesquisa pudesse ser concluída e meu sonho em ser mestre se realizado, meus mais sinceros agradecimentos.

*It's not about whether there will be mass aggregate litigation, but how.*

Howard Erichson

## RESUMO

A presente pesquisa propõe implementar medidas estruturantes de forma participada na litigância de interesse público e promoção de reforma estrutural institucional. Para tanto, foi feito estudo dos modelos jurisdicionais de litigância de interesse público nos Estados Unidos da América, sendo pioneiro o estudo de Abram Chayes, e contrapostos com o modelo tradicional de jurisdição, de Lon Fuller. Após, foi feita análise e crítica às *Structural Injunctions* conforme concebidas por Owen Fiss. Em seguida, foram propostos procedimentos hábeis a implementar medidas estruturantes participadamente na litigância de interesse público, tais como, a promoção de diálogos interinstitucionais, ampliação do contraditório, realização de audiências públicas, intervenção do *amicus curiae*, oferta de subsídio normativo ao decisor. Ainda foi realizada crítica ao ativismo judicial e trabalhada a noção de *accountability* judicial. Ao fim, foi feita análise de decisão estruturante proferida nos modelos da proposição da presente pesquisa.

**Palavras-chave:** Litigância de interesse público. Medidas Estruturantes. Participação.

## **ABSTRACT**

The present research proposes to implement structuring measures in public interest litigation and the promotion of institutional structural reform. For that, a study was made of the adjudicational models of public interest litigation in the United States of America, pioneering the study of Abram Chayes, and contrasted with the traditional model of adjudication, by Lon Fuller. Afterwards, analysis and criticism were made of Structural Injunctions as conceived by Owen Fiss. Subsequently, procedures were proposed to implement structuring measures in public interest litigation, such as the promotion of interinstitutional dialogues, expansion of the participation, public hearings, intervention of the amicus curiae, offer of normative subsidy to the decision maker. Criticism of judicial activism was made and discussed the notion of judicial accountability. Finally, a structural decision analysis was made in the models of the proposal of the present research.

**Keywords:** Public interest litigation. Structural Injunctions. Comparticipation.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
NUCON	Núcleo de Conciliação
Vs.	Versus

## Sumário

<b>1. PROPEDEÚTICA</b> .....	12
<b>2. MODELO TRADICIONAL DE JURISDIÇÃO E OS MOVIMENTOS DA LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO</b> .....	14
<b>2.1. Modelo Tradicional de Jurisdição</b> .....	18
<b>2.2. Litigância de Direito Público</b> .....	26
<b>2.3. Modelo Consultivo</b> .....	35
<b>2.4. Modelo Gerencial</b> .....	39
<b>2.5. Litigância em Massa</b> .....	48
<b>2.6. Modelo Transacional</b> .....	53
<b>2.7. Modelo Dialógico</b> .....	57
<b>2.8. Modelo Experimentalista</b> .....	63
<b>2.9. Modelo Catalítico</b> .....	69
<b>2.10. Movimentos da Litigância de Interesse Público e necessidade de mudança em direção à Reforma Estrutural</b> .....	71
<b>3. MEDIDAS ESTRUTURANTES</b> .....	75
<b>4. IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES EM SEDE DE LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO</b> .....	95
<b>4.1. Diálogos insterinstitutionais, Contraditório e Participação.</b> .....	98
<b>4.1.1. Amicus Curiae e Audiências Públicas</b> .....	108
<b>4.1.2. Cooperação e Negociação Processual</b> .....	115
<b>4.2. Cláusula Geral de Efetividade, Ativismo Judicial e Subsídio Normativo</b> .....	122
<b>4.3. Accountability</b> .....	130
<b>4.4. Análise de decisão estruturante proferida na Ação Civil Pública 57367-09.2013.4.01.3800 (Assentamento das famílias - Anel Rodoviário – Belo Horizonte/MG)</b> .....	134
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	142
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	146

## 1. PROPEDÊUTICA

A presente pesquisa objetiva sondar os movimentos de litigância de interesse público em seu nascedouro, qual seja, Estados Unidos da América, contrapô-los com o modelo tradicional de jurisdição de Lon Luvois Fuller, fazer análise das *Structural Injunctions* conforme concebidas por Owen Fiss, e propor procedimentos judiciais hábeis a implementar medidas estruturantes, sob uma ótica participada, na litigância de interesse público, para promoção de uma verdadeira reforma estrutural institucional.

A função jurisdicional encontra, atualmente, grandes entraves à resolução de conflitos com repercussões complexas que envolvam interesse público, a exemplo, demandas que envolvam questões sobre saúde, educação, segurança e moradia. Isso porque, tais demandas importam em ingerência da função jurisdicional nas demais funções estatais - face a inoporância destas últimas - e não há procedimento específico a ser adotado para que os pronunciamentos judiciais em casos complexos - seja quanto ao objeto ou sujeitos - sejam efetivos e a tutela de direitos fundamentais clamada em juízo alcançada.

Os procedimentos judiciais que envolvem a implementação de políticas públicas no Brasil, majoritariamente: são conduzidos por um decisor solipsista; são impulsionados sob a ótica importada do procedimento individual e adversarial; não possuem participação ampla e substancial de todos os sujeitos interessados; carecem de diálogos interinstitucionais e negociações processuais - motivo pelo qual a execução da obrigação consubstanciada em pronunciamento judicial em demanda de interesse público é, na maioria das vezes, frustrada; são medidas meramente paliativas, porquanto não têm o condão de promover uma verdadeira reforma estrutural nas instituições e edificações estatais.

Assim, faz-se relevante a presente pesquisa para que à jurisdição e jurisdicionados seja ofertado procedimento específico hábil a implementar medidas estruturantes na litigância de interesse público, de forma participativa, e que, de fato, tenha o condão de efetivar o pronunciamento judicial exarado, por mais complexa que seja a demanda e, ainda, promovida uma completa reforma estrutural institucional.

Para tanto, a presente pesquisa propõe a implementação das medidas estruturantes na litigância de interesse público sob o marco teórico da participação e policentrismo, conforme trabalhados pelo Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes.

Assim, o primeiro capítulo deste estudo faz sondagem e análise dos movimentos da litigância de interesse público no cenário anglo-americano, quais sejam, litigância de direito público (Chayes), modelo consultivo (Eisenberg), modelo gerencial (Resnik/Horowitz), litigância em massa (Mullenix), modelo transacional (Rubenstein), modelo dialógico (Dixon), modelo experimentalista (Sabel e Simon), modelo catalítico (Young), e faz paralelo com o modelo tradicional de jurisdição (Fuller).

O segundo capítulo trabalha com as *Structural Injunctions* como concebidas por Owen Fiss, a partir de estudo das medidas estruturantes e reforma estrutural, com exposição exemplificativa de dois precedentes em que houve a implementação de medidas estruturantes – caso norteamericano e brasileiro.

O terceiro capítulo faz proposição quanto aos procedimentos judiciais a serem utilizados em demandas de interesse público, para implementação compartilhada de medidas estruturantes que tenham o condão de promover a *structural reform* e analisa decisão estruturante proferida em Ação Civil Pública.

Por fim, são apresentadas as conclusões da presente pesquisa, identificadas pontualmente durante o desenvolvimento, mas sintetizadas ao final, demonstrando como é possível a implementação compartilhada de medidas estruturantes na litigância de interesse público.

## 2. MODELO TRADICIONAL DE JURISDIÇÃO E OS MOVIMENTOS DA LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO<sup>1</sup>

Até meados do século XX, nos Estados Unidos da América, majoritariamente, prevaleceu uma concepção de função jurisdicional pautada nas premissas do liberalismo jurídico, em que o procedimento jurisdicional era espaço bipolarizado, onde partes privadas buscavam solucionar controvérsias singulares acerca de direitos eminentemente privados e o decisor atuava mediante postura passiva, adstrita exclusivamente às alegações suscitadas pelos litigantes.

Entretanto, da década de cinquenta em diante, em decorrência de uma conjuntura de reformas legislativas e prolação de paradigmáticas decisões judiciais pela Suprema Corte norte-americana e Alemã<sup>2</sup>, em consonância com os preceitos do Estado

---

<sup>1</sup> O primeiro tópico da presente pesquisa foi parcialmente inspirado em manuscrito ainda não publicado por Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Rafaela Lacerda Assis e Renata Gomes Nascimento, gentilmente cedido pelos autores. Cf. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; ASSIS, Rafaela Lacerda; NASCIMENTO, Renata Gomes. Litigância de interesse público - O papel do Processo Civil na efetivação de direitos e garantias fundamentais. No prelo.

<sup>2</sup> Exemplificativamente, o Caso Lüth de 1958, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, vejamos: “O Caso Lüth de 1958 é o primeiro de uma série envolvendo as liberdades do Artigo 5 da Lei Fundamental de Bonn. A questão central diz respeito ao boicote público de um filme dirigido por um notório anti-semita e ex-partidário nazista. O Tribunal Constitucional Federal considerou que o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental: ‘O direito fundamental à livre expressão de opinião é a expressão mais direta da personalidade humana na sociedade, um dos direitos mais importantes (...). constitutiva de um Estado livre e democrático, ao passo que somente através dela é possível o constante debate intelectual, o embate de opiniões, qual é o seu elemento vital (...) É claramente o fundamento de toda liberdade, a ‘matriz’, o indispensável condição para qualquer outra forma de liberdade’. Lüth foi descrito como o caso fundamental na análise da liberdade de expressão. A interpretação da Corte inclui alguns elementos básicos da doutrina constitucional alemã: afirma que a Lei Básica impõe uma ordem objetiva de valores que influenciam a estrutura social, enfatiza o chamado ‘efeito radiativo’ dos direitos fundamentais, sustenta uma variedade de obrigações afirmativas para os direitos fundamentais. autoridades nacionais, a fim de proteger os direitos fundamentais contra os actos individuais. Em sua jurisprudência, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu em vários casos que a premissa de que os direitos fundamentais são os principais objetivos na ordem jurídica (Limbach, 1999). Neste caso, o Tribunal Constitucional favoreceu a proteção da comunicação de acordo com as questões públicas em questão (Haupt, 2005, p. 324) estabelecendo uma presunção a favor da liberdade de expressão no contexto de discussões públicas a serem aplicadas em caso de difamação. (Barendt, 2005).[tradução livre]. No original: “The Lüth Case from 1958 is the first one in a series involving the freedoms of Article 5 of the Basic Law. The central issue concerns the public boycott of a film directed by a notorious anti-Semite and former Nazi supporter. The Federal Constitutional Court held that the right to free speech is an absolute fundamental right: ‘The fundamental right to free expression of opinion is the most direct expression of human personality in society, one of the most important rights (...) It is constitutive for a free and democratic state, whereas only through it is possible the constant intellectual debate, the clash of opinions, what is its vital element (...) It is clearly the ground for every freedom, the “matrix”, the indispensable condition for any other form of freedom.’ Lüth has been described as the fundamental case in the analysis of freedom of expression. The Court’s interpretation includes some basic elements of German constitutional doctrine: it states that the Basic Law imposes an objective order of values influencing social structure, emphasizes the so-called ‘radiative effect’ of fundamental rights, it sustains a variety of affirmative obligations for the national authorities in order to protect the fundamental rights against acts of individuals. In its jurisprudence, the German Constitutional Court ruled in several cases ruled on the premise that fundamental rights are the principal objectives in the legal order (Limbach,

de Bem Estar Social e em uma conjuntura pós “*New Deal*” e pós segunda guerra mundial, houve um crescimento exponencial da preocupação jurídica em relação à tutela de direitos fundamentais que importasse em ingerência da função jurisdicional nas instituições públicas, principalmente no que tange à criação e/ou implementação de políticas públicas.

Assim, em decorrência da adoção judicial, à época, do modelo dogmático de socialismo processual, verificou-se nos Estados Unidos da América, o surgimento de um novo tipo de litigiosidade denominado “litigância de interesse público”, tema de estudos em muitos países além dos Estados Unidos da América<sup>3</sup>, exemplificativamente, Índia<sup>4</sup>, Argentina<sup>5</sup> e África do Sul<sup>6</sup>.

Interesse público é um conceito indeterminado, portanto, polissêmico e abstrato. O trabalho em torno de sua conceituação é árduo e, em que pese não ser este o objetivo principal do presente estudo, tal questão deve ser enfrentada.

Vicente de Paula Maciel Júnior promove a diferenciação entre “interesse” e “direito” na medida em que, para ele, todo interesse é individual e todo direito é público. Para Maciel Júnior, “não existe o interesse público ou interesse geral. O interesse será sempre individual”<sup>7</sup> e, ainda, “quando a doutrina tradicional menciona a expressão interesse público, em verdade deveria referir-se a direito público”<sup>8</sup>. Nessa lógica, a expressão “interesse público” seria incorreta.

Para Maciel Júnior, ainda, o interesse

sempre será em um momento anterior à formação do próprio direito. O direito pressupõe um processo de validação do interesse pela sociedade, seja pelo consenso e respeito à manifestação do interesse individual pela coletividade, seja pela adoção de um processo de

---

1999). In this case, the Constitutional Court favoured the protection of communication in accordance with public issues concerned (Haupt, 2005, p. 324) by establishing a presumption in favour of freedom of expression in the context of public discussions to be applied in cases of libel (Barendt, 2005).” Cf. MOLDOVAN, Carmen. Brief Considerations on the German Constitutional Approach of the Freedom of Expression. *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, Vol 11, No 2 (2015).

<sup>3</sup> Vide tópico 2.1 a 2.10 da presente pesquisa.

<sup>4</sup> GAURI, Varun. Public Interest Litigation in India Overreaching or Underachieving?. Police Research Working Paper , 5109. The World Bank Development Research Group Human Development and Public Services Team November 2009. Disponível em: <http://www.indiaenvironmentportal.org.in/files/Public%20Interest%20Litigation%20in%20India.pdf>

<sup>5</sup> BERGALLO, Paola. Justice and Experimentalism: The Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina (January 1, 2015). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 44.

<sup>6</sup> PIETERSE, Marius. Health, Social Movements, and Rights-Based Litigation in South Africa. *Journal of Law and Society*. Vol. 35, No. 3 (Sep., 2008), pp. 364-388.

<sup>7</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, pág.59.

<sup>8</sup> Idem.

validação substitutivo espontâneo da sociedade, que é o processo judicial.<sup>9</sup>

Com o máximo respeito à diferenciação traçada por Maciel Júnior, de fato, os interesses são individuais, mas, o interesse público é, justamente, um conjunto coincidente de interesses individuais.

Nesse sentido, Alice Gonzales Borges:

1. O interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.
2. Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.
3. Sem dúvida, pode bem acontecer que uma parcela da comunidade não reconheça ou identifique aquele interesse como seu, ou cujo próprio interesse se ache, até, em colisão com esse querer valorativo predominante. O interesse público, em uma ordem democrática, não se impõe coativamente. Somente prevalece, em relação aos interesses individuais divergentes, com prioridade e predominância, por ser um interesse majoritário. O interesse público e o interesse individual colidente ou não coincidente, são qualitativamente iguais; somente se distinguem quantitativamente, por ser o interesse público nada mais que um interesse individual que coincide com o interesse individual da maioria dos membros da sociedade.<sup>10</sup>

Entende-se assim que o interesse público se dá através do agrupamento de interesses individuais coincidentes e os direitos, por sua vez, surgem através do processo legislativo (ao criar norma pautada em interesse individual ou interesse público); processo administrativo; e processo judicial (caso haja conflito de interesse) incluindo-se, aqui, os precedentes judiciais.

Assim, neste estudo são utilizadas ambas as expressões, litigância de direito público – no sentido de já ter sido criado um direito proveniente do interesse público, seja pelo processo legislativo, administrativo ou judicial e, ainda, litigância de interesse público – no sentido de interesses individuais coincidentes.

---

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Cf. BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 205: 109-116, jul/set. 1996. pág. 114. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46803/46180>

Atualmente, boa parte dos estudos acerca do litígio de interesse público tem como objeto, ainda, apenas os processos coletivos<sup>11</sup>, entretanto, nesta pesquisa, a litigância de direito público é conceituada como utilização do processo jurisdicional para tutela de direitos fundamentais, sejam eles, difusos, coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos (através de Ação Civil Pública<sup>12</sup>) ou tutela judicial de direitos privados que importem em repercussão complexa à sociedade e/ou grupos dela (através de Ação Ordinária individual), objetivando, em ambos os casos, implementar política pública<sup>13</sup> judicialmente, diante da inércia e/ou inefetividade das demais funções estatais.

Evidentemente, “a *public interest litigation* não foi um fenômeno súbito nem linear. Seu desenvolvimento pode ser descrito através de diferentes teorias que buscam traçar o papel da jurisdição”.<sup>14</sup> Teorias estas que foram traçadas em direção ao fortalecimento de tal tipo de litigiosidade, com proposições sob óticas gerenciais, transacionais, dialógicas, experimentalistas e reformistas, objetivando dar ao emergente modelo identificado um constante aprimoramento, para que, dessa forma, os mecanismos processuais utilizados na litigância de interesse público pudessem proporcionar uma tutela efetiva, cognitiva e executiva, do direito fundamental clamado em juízo.<sup>15</sup>

Dessa forma, este tópico objetiva descrever os movimentos do litígio de interesse público em seu nascedouro, qual seja, os Estados Unidos da América, e compará-los com a ótica do modelo tradicional de jurisdição, para que, dessa forma, se compreenda como tais modelos jurisdicionais contribuíram para o atual estado da arte

---

<sup>11</sup> Para diversas conceituações acerca da litigância de interesse público – o que não é o objetivo da presente pesquisa – vide: GISMONDI, Rodrigo. Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes - Da Execução Negociada à Intervenção Judicial. Rio de Janeiro: Editora Juruá, 2018.

<sup>12</sup> Vide: BRASIL. Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985. : Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

<sup>13</sup> “As políticas públicas devem ser identificadas na democracia com a possibilidade de atuação de qualquer cidadão (sujeito ativo) na implantação e execução (efetivação) dos direitos fundamentalizados. Cf. PENNA, Saulo Versiani. Controle processual de políticas públicas no Brasil. Tese (Doutorado). Belo Horizonte, 2009. pág. 196.

<sup>14</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participativa de políticas públicas. Revista de Processo, Ano 38, 224, Revista dos Tribunais. out/2013. pág. 129.

<sup>15</sup> “Nesse contexto, a ideia síntese do estudo da Litigância de Interesse Público, foge ao simples incentivo à judicialização, mas enfrenta a realidade de que uma vez violados direitos e garantias fundamentais, o judiciário deve dar uma resposta, e mais, deve estar pronto, completo, aparamentado e consciente para proferir decisões democraticamente construídas (sem o protagonismo do juiz!) e exequíveis para as questões de interesse público, suprindo de fato a necessidade trazida à juízo.” Cf. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; ASSIS, Rafaela Lacerda; NASCIMENTO, Renata Gomes. Litigância de interesse público - O papel do Processo Civil na efetivação de direitos e garantias fundamentais, 2015, página 8. No prelo.

da litigiosidade de interesse público, sendo proposta, sob esta base e, em conjunto com o estudo das *structural injunctions*<sup>16</sup>, a hipótese da presente pesquisa.

## 2.1. Modelo Tradicional de Jurisdição

Para que se compreenda a atual concepção de litigância de interesse público e todos os movimentos que culminaram nesse novo tipo de litigiosidade, necessário se faz, primeiramente, o estudo do modelo de jurisdição tradicional, capitaneado por Lon Luvois Fuller em seu artigo intitulado “*The forms and the limits of Adjudication*”<sup>17</sup>, publicada postumamente a terceira versão em 1978, mas com suas primeiras discussões em 1957<sup>18</sup>.

Fuller objetiva, com a exposição acerca do modelo tradicional de jurisdição, trazer à tona o conceito e a delimitação do que seria “*adjudication*”, por tradução livre, jurisdição, e quais seriam as formas de organização e condução dessa jurisdição bem como os limites necessários à atuação jurisdicional.

Através da pesquisa que desenvolveu, Fuller propõe oferecer uma análise apta a responder quais são as formas e os limites da jurisdição. Entretanto, alerta o mesmo que a consecução da pesquisa restará infrutífera se não se apoiar em um conceito equivalente ao de “*true adjudication*”, definida em como seria a jurisdição se os ideais que a sustentam fossem inteiramente alcançados, ideia esta que será trabalhada ao longo do capítulo.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Vide tópico 3 da presente pesquisa.

<sup>17</sup> FULLER, Lon L., *The Forms and Limits of Adjudication*, 92, *Harvard Law Review*, 1978, pág. 353.

<sup>18</sup> “A primeira versão de “*The forms and the limits of Adjudication*” foi distribuída aos membros do “*Legal Philosophy Discussion Group*” da Escola de Direito de Harvard em 1957. Uma versão revisada e ampliada foi preparada em 1959 para uso no curso de Jurisprudência do Sr. Fuller e para discussão na Mesa Redonda sobre Jurisprudência na reunião de 1995 da “*Association of American Law Schools*”. Outros refinamentos resultaram em uma terceira versão em uma terceira versão uso em sala de aula em 1961; Eu segui essa versão aqui.” [tradução livre]. No original: “*The initial version of The Forms and Limits of Adjudication was circulated to the members of the Legal Philosophy Discussion Group at Harvard Law School in 1957. A revised and expanded version was prepared in 1959 for use in Mr. Fuller's course in Jurisprudence and for discussion at the Round Table on Jurisprudence at the 1959 meeting of the Association of American Law Schools. Further refinements resulted in a third version for classroom use in 1961; I have followed that version here.*” FULLER, Lon L., *op. cit.*, pág. 353.

<sup>19</sup> Fuller alerta que, se não for reconhecida, de fato, que existe uma “*true adjudication*”, torna-se impossível distinguir os usos dos abusos da jurisdição. Dessa forma, a “*verdadeira jurisdição*” serviria como parâmetro para mensurar os limites da própria atividade jurisdicional. Em que pese o filósofo da universidade profissional moderna rechaçar a ideia do essencialismo, deve haver o reconhecimento de que as instituições sociais apenas existem devido ao fato de que os homens ainda buscam alcançar os objetivos e ideais destas ditas instituições. FULLER, Lon L., *The Forms and Limits of Adjudication*, 92, *Harvard Law Review*, 1978, pág. 353.

Dessa maneira, partindo da premissa que a “*true adjudication*” serviria como parâmetro para mensurar os limites da atividade jurisdicional, o autor apresenta a jurisdição como sendo uma das duas formas básicas de ordenação social.

Segundo Fuller, a sociedade se organiza através de objetivos comuns (“*common aims*”) ou, então, por reciprocidade (“*reciprocity*”). Em que pese uma ser diretamente contrária à outra na medida em que, “para fazer a organização por reciprocidade efetiva os participantes devem querer coisas diferentes; organização por objetivos comuns requer que os participantes queiram a mesma coisa ou coisas” [tradução livre]<sup>20</sup>, o autor afirma que não há como se falar em sociedade sem levar em consideração a existência destas duas formas de organização.

Fixada esta distinção, a exemplificação da ordenação social por objetivos comuns seria, em maior ou menor escala, a simples união de pessoas para alcance de um objetivo comum, as associações voluntárias, partidos políticos, união de trabalhadores e sociedades beneficentes ou, até mesmo, a concepção da nação ou Estado, considerando que em todos os exemplos citados os participantes buscam, majoritariamente, a mesma coisa ou as mesmas coisas.<sup>21</sup>

Diferentemente, já é possível vislumbrar no início do trabalho de Fuller que uma das formas de materialização da ordenação social por reciprocidade seria, justamente, a jurisdição, considerando que, para o autor, em seu aspecto mais óbvio, a jurisdição é concebida como um meio de solução de disputas ou controvérsias, quando as partes estão em conflito umas com as outras, motivo pelo qual a “*adjudication*” é uma das duas formas através das quais se organiza a sociedade.

Para o pensador, em que pese a jurisdição ser vista unicamente como meio de solução de controvérsias, deve, igualmente, ser compreendida como forma de ordenação social, na medida em que governa e regula as relações dos homens uns para com os outros, isso porque:

Mesmo na ausência de alguma doutrina formalizada de *stare decisis* ou *res judicata*, uma determinação jurisdicional normalmente entrará em algum grau nas futuras relações dos litigantes e nas futuras relações das outras partes que veem a si mesmos como possíveis

---

<sup>20</sup>No original: “To make organization by reciprocity effective the participants must want different things; organization by common aims requires that participants want the same thing or things.” FULLER, Lon L., op. cit. pág. 358.

<sup>21</sup>Para Fuller, as associações através de objetivos comuns podem se dar em três escalas de formalidade. Por um nível básico, como fazendeiros se unindo para removerem um bloqueio na estrada; em um nível intermediário, como nas associações voluntárias, partidos políticos, união de trabalhadores e sociedades beneficentes; e, por fim, em uma noção bastante avançada de ordenação social por objetivo em comum, a própria concepção de nação ou de Estado. FULLER, Lon L., op. cit., pág. 358.

litigantes perante o mesmo tribunal. Mesmo que não haja nenhum pronunciamento do tribunal acerca das razões para sua decisão, alguma razão será percebida ou adivinhada, e as partes tenderão a governar suas condutas de acordo. [tradução livre]<sup>22</sup>

Entretanto, em que pese esta distinção entre a organização social por reciprocidade e por objetivos comuns ser frutífera no campo conceitual, Fuller demonstra que a partir de uma análise sob uma ótica informal verifica-se que, em verdade, as formas de ordenação social são bastante ambíguas e amalgamadas, diferenciando-se, precipuamente, através da maneira pela qual a parte afetada participa na decisão alcançada.

Fuller exemplifica esse grau de participação trazendo a tona o contrato – como meio de ordenação social por reciprocidade, em que a atuação das partes envolvidas se dá através da negociação – e as eleições – como meio de ordenação social por objetivos comuns em que a participação do sujeito afetado ocorre pela votação.

Exemplificando, ainda, a organização social por reciprocidade, Fuller explana, agora explicitamente, acerca da jurisdição, que se diferencia das outras formas de ordenação devido ao fato de que esta confere à parte afetada uma forma de participação peculiar na decisão, na medida em que os litigantes podem apresentar provas e argumentos fundamentados objetivando construir uma decisão a seu favor. Para Fuller, aquilo que porventura destruir o significado de participação, destrói, em igual peso, a própria integridade da jurisdição.

Todavia, Fuller chama a atenção ao fato de que a participação dos litigantes através de provas e argumentos fundamentados perde seu significado se o árbitro da disputa (leia-se, juiz) é inacessível aos fundamentos por ser louco, tiver sido subornado, ou for irremediavelmente preconceituoso, ou seja, totalmente parcial, motivo pelo qual o Autor reafirma a necessidade de se compreender a essência da jurisdição – “*true adjudication*” – que reside no modo de participação que é concedida à parte afetada.

Pontue-se que o autor desprezava o fenômeno dos vieses cognitivos, porquanto possuía a crença de que a simples reafirmação da “*true adjudication*” tinha o condão de

---

<sup>22</sup>FULLER, Lon L., The Forms and Limits of Adjudication, 92, Harvard Law Review, 1978, pág. 358. No original: “Even in the absence of any formalized doctrine of stare decisis or res judicata, an adjudicative determination will normally enter in some degree unto the litigants’ future relations and into the future relations of the parties who see themselves as possible litigants before the same tribunal. Even if there is no statement by the tribunal of the reasons of its decision, some reason will be perceived or guessed at, and the parties will tend to govern their accordly”.

afastar as propensões cognitivas do decisor, o que não é, de longe, colocação acertada, ainda mais

quando se constata a existência de verdadeiros ancoramentos cognitivos promovidos antes do próprio processo (como, por exemplo, o preconceito inconsciente em relação a grupos étnicos/raciais ou de diversa orientação sexual) e propensões cognitivas produzidas durante o processo (v.g. contaminação cognitiva do magistrado que teve contato com a prova excluída por ilicitude), para não falar da formação prévia daqueles que são julgadores, em sua maior parte provenientes das elites econômicas do País, chegando-se ao ponto até de haver certa “coincidência” de sobrenomes (mais uma vez, em sentido oposto aos mecanismos republicanos).<sup>23</sup>

Estudos empíricos (psicológicos e jurídicos), realizados com magistrados americanos, demonstram que o juiz sofre propensões cognitivas que o induzem a usar atalhos para ajudá-lo a lidar com a pressão da incerteza e do tempo inerentes ao processo judicial. É evidenciado que mesmo sendo experiente e bem treinado, sua vulnerabilidade a uma ilusão cognitiva no julgamento solitário influencia sua atuação.<sup>24</sup>

Verifica-se que Fuller desconsidera a questão da influência dos vieses cognitivos no processo de tomada de decisão, mesmo já estando inserido temporalmente na denominada “virada cognitiva”,<sup>25</sup> e trabalha com a jurisdição e a racionalidade analisando, para tanto, a imparcialidade do juiz. Afirma o autor que em que pese muito ser falado que a essência da jurisdição consiste – não na maneira em que os litigantes participam da construção – no ofício do juiz, Fuller aduz que para um juiz ser considerado genuíno, ele precisa ser imparcial e, se assim ele o quiser ser, precisa, portanto, estar disposto a ouvir ambas as partes.

Para Fuller, a jurisdição é uma “estrutura institucional dedicada a garantir às partes em disputa uma oportunidade para a apresentação de provas e argumentos justificados” [tradução livre]<sup>26</sup> e, para tanto, os litigantes devem apresentar argumentos sólidos e provas relevantes, que devem ser apoiados em um princípio ou princípios

---

<sup>23</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pag. 96.

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. op. cit. pág. 97.

<sup>25</sup> A verificação desta “virada cognitiva” – a exemplo da virada hermenêutica -, desde a década de 1970, de compreensão da racionalidade limitada do ser humano e de que o cérebro seja um computador com capacidade de ‘computação’ e armazenamento limitados e suas sub-rotinas, induz a mudança de boa parcela de nossa compreensão do procedimento de tomada de decisão humana. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da (Im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador, Jus Podium, 2018. p. 33.

<sup>26</sup> FULLER, Lon L., The Forms and Limits of Adjudication, 92, Harvard Law Review, 1978, pág. 365. No original: “(...) institutional framework that is intended to assure to the disputants na opportunity for the presentation of proofs and reasoned arguments.”

legais, distinguindo-se, por exemplo, a discussão travada em um processo jurisdicional de uma simples expressão de desgosto ou ressentimento com a decisão, considerando que as questões discutidas perante um órgão jurisdicional, provadas e fundamentadas, tendem a se tornar alegações de direito.

Dessa forma, através da apresentação de provas e argumentos justificados, a jurisdição, como forma de ordenação social por reciprocidade, assume um ônus de racionalidade não suportado por nenhuma das outras formas de organização da sociedade na medida em que, em um contrato, por exemplo, as razões das partes podem até ser fundamentadamente apresentadas, entretanto, não há uma segurança formal de que seus argumentos serão, de fato, levados em consideração, diferentemente do que deve ocorrer na jurisdição, em que o juiz obriga-se a proferir uma decisão imparcial, pautada na racionalidade e tendo, substancialmente, dado às partes a oportunidade de participação para construção da decisão.

Conforme mencionado anteriormente, em sua pesquisa, Fuller objetiva delimitar o conceito de jurisdição e demonstrar quais seriam as formas e limites da mesma, trazendo, como um destes limites, as tarefas policêntricas.<sup>27</sup>

Em que pese Fuller não conceituar diretamente o que sejam tais tarefas policêntricas<sup>28</sup> – limitando-se a dizer que uma situação é “policêntrica porque tem ‘muitos centros’ – cada cruzamento de fios é um centro de distribuição de tensões diferente” [tradução livre]<sup>29</sup> - o autor utiliza vários exemplos e exclusões do que seria e não seria um problema policêntrico, como o abaixo exposto:

[...] suponha que num país socialista fosse decidido que todos os salários e preços seriam definidos por cortes, que procederiam após as formas jurisdicionais usuais. É óbvio, presumo, que temos aqui uma tarefa que não poderia ser cumprida com êxito pelo método jurisdicional. A razão que vem à mente é que as cortes se movem muito lentamente para poder acompanhar as rápidas mudanças da realidade econômica. A razão mais fundamental é que as formas de

---

<sup>27</sup> Fuller extrai sua concepção de policentria de Michael Polanyi, em sua obra POLANYI, Michael. *The logic of liberty: Reflections and Rejoinders*. University of Chicago Press. 1951.

<sup>28</sup> A definição de Policentrismo de Fuller difere da concepção de Policentrismo conforme estudada por Dierle Nunes. Para Fuller, policentrismo consiste em conflitos com repercussões complexas – quanto o objeto e/ou sujeito- e não devem ser objeto de resolução pela função jurisdicional. Diferentemente, para Nunes, o policentrismo consiste na atuação igualitária de todos os sujeitos processuais, não devendo haver um protagonista e vários coadjuvantes, mas sim, uma atuação em que todos são protagonistas. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>29</sup> FULLER, Lon L., *The Forms and Limits of Adjudication*, 92, *Harvard Law Review*, 1978, pág. 385. No original: “This is a ‘polycentric’ situation because it is ‘many centered’ – each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions.”

atividade jurisdicional não conseguem abarcar e considerar as repercussões complexas que podem resultar de mudanças nos preços ou salários. Um aumento no preço do alumínio pode afetar em graus diferentes a demanda, e assim o preço correto de, trinta tipos diferentes de aço, vinte tipos de plástico uma infinidade de madeiras, outros metais etc. Cada um desses efeitos individuais pode ter suas próprias repercussões complexas na economia. Nesse caso, é simplesmente impossível garantir a cada parte afetada uma participação que faça sentido através de provas e argumentos. É muito importante notar que não é meramente uma questão do número enorme de partes possivelmente afetadas, ainda que esse aspecto já seja por si só muito relevante. Um ponto mais fundamental é que cada uma das várias formas que uma decisão desse tipo pode assumir (p.ex., um aumento de três centavos por quilo, um aumento de quatro centavos, uma aumento de cinco centavos, etc.) teria um conjunto diferente de repercussões e poderia requerer, em cada caso, uma redefinição de quem seriam “as partes afetadas” [tradução livre].<sup>30</sup>

Dessa forma, em síntese, vislumbra-se que, para o autor, o policentrismo não seria meramente uma questão da multiplicidade de partes afetadas<sup>31</sup> embora para o mesmo isso já contribua em grande peso para a falha da efetividade do processo judicial - tampouco, os problemas policêntricos estariam ligados apenas às complexas consequências que podem, porventura, emergir da decisão do juiz ou tribunal, mas sim, em verdade, estaria o policentrismo de Fuller se caracteriza “por situações em que há diferentes pontos de influência que interagem entre si, de modo que uma alteração tem repercussões complexas e não necessariamente previsíveis” [tradução livre]<sup>32</sup>.

Fuller então utiliza a alegoria da teia de aranha para que o leitor possa visualizar um contexto policêntrico, abaixo:

---

<sup>30</sup> FULLER, Lon L., op. cit., pág. 394. No original: “[...] suppose in a socialist regime it were decided to have all wages and prices set by courts which would proceed after the usual forms of adjudication. It is, I assume, obvious that here is a task that could not successfully be under-taken by the adjudicative method. The point that comes first to mind is that courts move too slowly to keep up with a rapidly changing economic scene. The more fundamental point is that the forms of adjudication cannot encompass and take into account the complex repercussions that may result from any change in prices or wages. A rise in the price of aluminum may affect in varying degrees the demand for, and therefore the proper price of, thirty kinds of steel, twenty kinds of plastics, an infinitude of woods, other metals, etc. Each of these separate effects may have its own complex repercussions in the economy. In such a case it is simply impossible to afford each affected party a meaningful participation through proofs and arguments. It is a matter of capital importance to note that it is not merely a question of the huge number of possibly affected parties, significant as that aspect of the thing may be. A more fundamental point is that each of the various forms that award might take (say, a three-cent increase per pound, a four-cent increase, a five-cent increase, etc.) would have a different set of repercussions and might require in each instance a redefinition of the ‘parties affected.’”

<sup>31</sup> Até porque, para Fuller, um problema policêntrico poderia emergir entre apenas duas pessoas, exemplificando o autor com a situação de uma distribuição de obras de arte entre dois museus. FULLER, Lon L., *The Forms and Limits of Adjudication*, 92, *Harvard Law Review*, 1978, pág. 394.

<sup>32</sup> FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2015, pág. 11.

Podemos visualizar esse tipo de situação ao pensar em uma teia de aranha. A puxada de um fio vai distribuir tensões seguindo um padrão complexo pela teia como um todo. Uma nova puxada, com o dobro da força, com toda a probabilidade, não apenas dobraria cada uma das tensões resultantes, mas criaria também um padrão diferente e ainda mais complexo de tensões. Isso certamente ocorreria, por exemplo, se a força dobrada causasse um ou mais dos fios mais fracos a se romper. [tradução livre]<sup>33</sup>

Dessa forma, para Fuller, haveria uma impossibilidade da jurisdição, essencialmente, em resolver questões complexas, na medida em que, considerando a verdadeira jurisdição como àquela que pressupõe efetiva participação das partes e dotada de racionalidade, não haveria efetividade da “*true adjudication*” face a tentativa de resolução de problemas policêntricos pela função jurisdicional.

Todavia, em que pese Fuller afirmar que a função precípua da jurisdição não é a de se propor a solucionar problemas policêntricos, o mesmo, lucidamente, faz uma ressalva quanto aos precedentes judiciais<sup>34</sup>, reconhecendo que estes possuem um caráter policêntrico, investidos de elementos ocultos que, provavelmente, estariam presentes em todos os casos levados à apreciação jurisdicional.

Entretanto, para Fuller, o cerne da questão estaria em saber mensurar o grau desse policentrismo dentro do processo judicial e aferir a relevância desses problemas, na medida em que, “saber quando os elementos policêntricos tornam-se tão relevantes e predominantes que os limites apropriados da atuação jurisdicional são alcançados” [tradução livre]<sup>35</sup>.

Em outras palavras, os elementos policêntricos estarão presentes em qualquer caso levado ao crivo da atuação jurisdicional. O que deve ser observado, a rigor, é seu grau. Se for a menor, o caso pode ser objeto de apreciação judicial. Entretanto, se for a

---

<sup>33</sup> FULLER, Lon L., op. cit., pág. 385. No original: “We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap.”

<sup>34</sup> FULLER, Lon L., *The Forms and Limits of Adjudication*, 92, Harvard Law Review, 1978, pág. 398. Sobre os precedentes, Fuller: “Se precedentes judiciais são interpretados de maneira livre e ficam sujeitos a reformulações e clarificações à medida que problemas não originalmente previstos surgem, o processo judicial como um todo passa a se capacitar para absorver esses elementos policêntricos ocultos. [tradução livre]. No original: “If judicial precedents are liberally interpreted and are subject to reformulation and clarification as problems not originally foreseen arise, the judicial process as a whole is enabled to absorb these covert polycentric elements.”

<sup>35</sup> FULLER, Lon L., op. cit., pág. 398. No original: “It is a question of knowing when the polycentric elements have become so significant and predominant that the proper limits of adjudication have been reached.”

maior, conseqüentemente a jurisdição não deve ser a via correta a ser eleita para solução de tal questão.

Fuller defende, veementemente, que a jurisdição não deve interferir em assuntos complexos e que tenham o potencial de propiciar repercussões severas para além das partes envolvidas e dos fatos por ela trazidas ao tribunal, considerando, portanto, o Autor, o processo judicial como via inadequada para lidar com questões policêntricas.

A visão de Fuller acerca da jurisdição é bastante acertada no sentido de considerar como essência da mesma a efetiva participação das partes e o ônus de racionalidade que este tipo de ordenação social carrega ao prezar como imprescindível que o juiz leve em consideração as provas e as razões trazidas pelos litigantes. Todavia, para Fuller, a jurisdição é um instrumento para dirimir controvérsias entre particulares sobre direitos privados, excluindo da apreciação jurisdicional, portanto, os problemas policêntricos.

Entretanto, “esta visão do litígio do século XIX era altamente individualista, concebendo a lei como limitada à execução de acordos voluntários privados” [tradução livre]<sup>36</sup>.

A concepção de Fuller era pautada nos preceitos do liberalismo jurídico, onde “o processo se dimensionava em perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, delineado em benefício das partes. (*Sache der Parteien*)”<sup>37</sup>, por ter como base principiológica uma (1) igualdade apenas formal entre os sujeitos processuais – compreendida apenas como bilateralidade de audiência, (2) atuação passiva do decisor – o que, em tese, garantiria sua imparcialidade, sendo o processo conduzido pelos litigantes, (3) forte vinculação ao princípio dispositivo – devendo o decisor decidir apenas dentro dos limites do que fora alegado pelas partes, nada a mais ou a menos, dentro ou fora do suscitado pelos litigantes e (4) “prevalência dos interesse privados em detrimento dos sociais.”<sup>38</sup>

Nesse contexto,

Sabe-se que no processo liberal o destino da causa ficava na dependência pura e simples do desempenho das partes na defesa de

---

<sup>36</sup> MARCUS, Richard L. Public Law Litigation and Legal Scholarship, 21U. Mich. J.L. Reform, 1988, pág. 649. No original: “This nineteenth-century vision of litigation was highly individualistic, conceiving of the law as limited to enforcing private voluntary arrangements”

<sup>37</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, pág. 73-74.

<sup>38</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, pág. 104

seus interesses e na produção dos elementos de prova. O juiz exercia seus poderes máximos no momento de julgar e, como mero aferidor do resultado do duelo dos litigantes, ditava autoritariamente e solitariamente o seu veredicto. Levava em conta a prova de cuja formação não participara, e aplicava a lei com frieza, fazendo incidir, até mesmo de ofício, regras de ordem públicas, sem qualquer debate prévio com os sujeitos interessados do processo.<sup>39</sup>

Entretanto, em meados da década de cinquenta, para a resolução dos emergentes problemas advindos da, então agora, denominada “*Public Law Litigation*” – litígio de direito público, a proposição de Fuller, construída sobre preceitos liberais, tornou-se insuficiente, passando, então, ao final do século XIX, a concepção de jurisdição de um modelo adjudicatório para uma análise pautada no socialismo processual e interesse público.

Dessa forma, em contrapartida ao defendido por Lon Luvois Fuller, serão analisados os modelos de litigância de interesse público a fim de se verifique qual o atual estado da arte em que se encontra esse, ainda emergente, tipo de litigiosidade.

## **2.2. Litigância de Direito Público**

Identificando um novo tipo de litigiosidade emergente e com repercussões complexas, Abraham Chayes, em maio de 1976, publicou na “*Harvard Law Review*” – mesma plataforma de Fuller- um artigo intitulado “*The role of the judge in Public Law Litigation*”, onde descreve um novo modelo de litigância e rechaça a concepção tradicional de jurisdição - agora considerada dogmática.

Dogmática porque, diferentemente da concepção de Fuller, o modelo jurisdicional identificado por Chayes foi concebido sob preceitos do socialismo processual, “uma nova perspectiva teórica que, problematizando os efeitos do liberalismo, tentava uma melhoria da técnica processual mediante novos pressupostos”, através da encampação pelo decisor de uma postura ativa em prol do interesse social e

A partir da socialização processual, fase típica do século XX, que se inicia no final do século XIX e que ganha força a partir do delineamento do paradigma de Estado de Bem Estar Social (Welfare State), com a decorrente ruptura da perspectiva liberal, ocorre um agigantamento da atuação estatal com: a) enorme preocupação com

---

<sup>39</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pag. 72-73.

questões sociais; b) fortalecimento do executivo no quadro de tripartição de funções; c) defesa de um perfil clientelista do cidadão (cidadão hipossuficiente); d) ingerência demasiada do Estado nas relações jurídicas.<sup>40</sup>

Todo o movimento do “*Public Law Litigation*” que sucedeu a pesquisa de Chayes, incluindo a dele, possui raízes no socialismo processual, este último que surge em meados da década de cinquenta “na busca de um novo horizonte interpretativo, de modo a suplantando as deficiências do anterior, mas conduzindo a novos equívocos”<sup>41</sup>, conforme se aferirá ao longo desta pesquisa.

Entretanto, “embora Chayes tenha inventado a frase descritiva em 1976, o fenômeno das ações judiciais voltadas para a reforma institucional e os dispositivos corretivos usados para efetuar essa reforma já existiam há muitos anos (...)” [tradução livre],<sup>42</sup> bastando, para tanto, como exemplo se recordar que o emblemático caso *Brown* já havia sido analisado em 1954/55 (que será comentado a seguir).

Conforme o próprio Chayes reconhece, “algum tempo depois de 1875, a teoria de direito privado da adjudicação civil tornou-se cada vez mais precária em face de um corpo crescente de legislação destinada explicitamente para modificar e regular arranjos de base social e econômica” [tradução livre]<sup>43</sup>

Chayes data os primeiros indícios de modificação da concepção de jurisdição de 1875, pois considera como marco o “*Act of March 3*”, que ampliou a jurisdição dos tribunais federais em relação aos estaduais e, com isso, mesmo que tenha sido uma redefinição ampla de competência, aumentou a quantidade de casos levados à apreciação pelas cortes federais, promoveu uma mudança de concepção da própria jurisdição e, ainda, atraiu para si novos tipos de litígios.<sup>44 45</sup>

---

<sup>40</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pag.73.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> APPEL, Peter A. Intervention in Public Law Litigation: The Environmental Paradigm, 78 Wash. U. L. Q, 2000, pág.215. No original: “Although Chayes first coined the descriptive phrase in 1976, the phenomenon of lawsuits aimed at institutional reform and the remedial devices used to effect that reform had existed for many years (...)”

<sup>43</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89, Harvard Law Review, 1976, pág. 1288. No original: “Sometime after 1875, the private law theory of civil adjudication became increasingly precarious in the face of a growing body of legislation designed explicitly to modify and regulate basic social and economic arrangements.”

<sup>44</sup> CHAYES, Abram, op. cit. pág. 1288

<sup>45</sup> Apesar de Abram Chayes não mencionar, não se pode olvidar que as bases para a socialização processual, com maior ingerência da jurisdição para alcance de fins sociais, políticos e sociais, foram lançadas ainda no final do sec. XIX e início do século XX por Franz Klein, que enxergava o processo como uma “instituição estatal de bens sociais”, crendo na ilusão de que o Estado resolveria todos os

Verifica-se, portanto, que o movimento americano que culminou na chamada litigância de interesse público, passou a ser objeto de sondagem e estudo de vários pesquisadores e, igualmente, influenciou mudanças legislativas, como por exemplo, as Emendas às Regras de Processo Civil das Cortes Distritais dos Estados Unidos, de 1966, que modificaram dispositivos como “a Regra 19, que rege a junção de não-partes pelas partes no processo; a Regra 23, que rege ações judiciais coletivas; e Regra 24, que governa intervenção de não-partes em litígios em curso”[tradução livre].<sup>46</sup>

Essa flexibilidade quanto à estrutura das partes no processo facilitaria a aceitação dos preceitos da “*Public Law Litigation*” não fosse a imensa barreira criada pelas cortes – e academia - que desaprovavam a entrada de terceiros no litígio, limitando a participação de outros interessados - reafirmando, portanto, assim como Fuller, a concepção bipartite e bipolarizada do processo como uma disputa para resolução de interesses privados.<sup>47</sup>

Dessa forma, em que pese desde 1875 já ser possível perceber o nascimento do início do movimento que culminou na hoje denominada “Litigância de Interesse Público”, o mesmo enfrentou grandes desafios perante a não receptividade de suas proposições pelas cortes à época e o litígio de interesse público apenas ganhou devida força a partir da divulgação na “*Harvard Law Review*” do artigo de Abraham Chayes em 1976, isso porque o fenômeno do litígio de interesse público não era novidade ao final do século XX, mas sua conceituação e características definidoras, sim, porquanto concebidas sobre a ótica do socialismo processual.

A influência da pesquisa de Chayes no movimento do litígio de interesse público e as razões pelas quais os estudiosos do “*Public Interest Litigation*”, majoritariamente, tomam tal artigo de 1976 como ponto de partida para suas respectivas pesquisas, em suma, são:

Primeiro, quase sem análise doutrinária tradicional. No máximo, descreve formas em que a doutrina não se ajusta ao que está

---

entraves sociais e reforçando o papel dos magistrados. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.pág. 83.

<sup>46</sup> APPEL, Peter A. *Intervention in Public Law Litigation: The Environmental Paradigm*, 78 Wash. U. L. Q, 2000, pág. 216. No original: “(...)Rule 19, which governs joinder of nonparties by the parties to the suit;7 Rule 23, which governs class action lawsuits;8 and Rule 24, which governs intervention by nonparties into ongoing litigation.”

<sup>47</sup> Na nota de rodapé 10 da pesquisa desenvolvida por Peter A. Appel, o autor enumera diversos estudos que refutavam a ideia de participação de terceiros e ampliação da estrutura das partes no processo. Todavia, tal enumeração não faz parte da delimitação da problemática da presente pesquisa. Cf. APPEL, Peter A, op. cit., pág. 216.

acontecendo no tribunal; Chayes empreendeu abertamente apenas descrever mudanças na atividade e sugerir implicações. Em segundo lugar, o artigo é altamente impressionista. Embora cite casos, não os usa nem como autoridade nem como fonte de dados empíricos. O trabalho empírico, sugeriu Chayes, precisava que fosse feito. Terceiro, está longe de ser específico sobre como as regras que são discutidas devem ser dadas para acomodar a separação que Chayes descreveu no caráter do litígio. No máximo, o artigo pode atuar como estímulo para o trabalho por outros que dariam conteúdo a esses princípios. Por fim, amarrou as características das regras processuais "mundanas" a questões amplas de política social, dificilmente a norma de muita bolsa de estudos processual na época. [tradução livre]<sup>48</sup>

O modelo de jurisdição denominado “*Public Law Litigation*”<sup>49</sup> por Chayes preocupa-se, precipuamente, com a implementação de políticas regulatórias para os casos levados à apreciação jurisdicional que, majoritariamente, eram (são) situações complexas, plurilaterais, que envolvem a atuação de diversas instituições e que não possuem um deslinde único e imediato da controvérsia, diferindo, portanto, das premissas do modelo tradicional de jurisdição.

Chayes afirma que o “conceito tradicional de litígio e as premissas nas quais ele se baseia são cada vez mais inúteis, na verdade um quadro enganoso para avaliar a funcionalidade ou a legitimidade dos papéis de juiz e tribunal dentro deste modelo” [tradução livre]<sup>50</sup>

Tal crítica é feita por Chayes ao verificar que a concepção por ele nominada de dogmática de jurisdição possui as seguintes características: (1) é um processo bipolar, onde a litigância se dá entre dois sujeitos, com dois interesses em conflito, em que a solução da controvérsia se dá através de uma lógica de “vencedor e vencido”; (2) a litigância se dá de forma retrospectiva, identificado se determinados eventos ocorreram

---

<sup>48</sup> MARCUS, Richard L. *Public Law Litigation and Legal Scholarship*, 21U. Mich. J.L. Reform, 1988, pág. 652. No original: “First, it almost bereft of traditional doctrinal analysis. At most, it describes ways in which doctrine does not fit what is happening in court; Chayes overtly undertook only to describe shifts in activity and suggest implications. Second, the article is highly impressionistic. Although it cite cases, it uses them neither as authority nor as a source of empirical data. The empirical work, Chayes suggested, needed yest to be done. Third, it is far from specific on how the rules that are discussed should be regauged to accomodate the sift tha Chayes described in the character of litigation. At most, the article might act as a stimulus for work by others that would give content to these musings. Finally it tied the characteristics of "mundane" procedural rules to broad issues of social policy, hardly the norm of much procedural scolarship at the time.”

<sup>49</sup> Apesar de Abraham Chayes denominar o modelo emergente de litigiosidade como “*Public Law Litigation*”, o mesmo confessa que não considera a denominação inteiramente satisfatória ao novo tipo de litígio identificado. CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89, *Harvard Law Review*, 1976, pág. 1284.

<sup>50</sup> CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89, *Harvard Law Review*, 1976, pág. 1282. No original “(...) our traditional conception of adjudication and the assumptions upon which it is based provide na increasingly unhelpful, indeed misleading framework for assessing either the workability or the legitimacy of the roles of judge and court within this model.”

ou não e quais as consequências desses eventos para as partes; (3) o direito e o processo são interdependentes na medida em que o escopo do processo é solucionar a violação substantiva de um direito<sup>51</sup> e o remédio considerado como uma compensação do dano causado; (4) o processo é um episódio que termina em si mesmo, considerando que o impacto da decisão é limitado àquelas partes e (5) apoiado em um viés liberalista, o processo é iniciado e controlado pelas próprias partes e o juiz (ou tribunal) possui uma postura totalmente passiva.<sup>52</sup>

Assim, fazendo uma contraposição das características assentadas no modelo tradicional de jurisdição para com as proposições do “*Public Law Litigation*”, Chayes apresenta o que denomina de “morfologia da litigância de direito público”, abaixo:

- (1) O escopo do processo não é exteriormente administrado, mas é formado principalmente pelo tribunal e as partes.
- (2) A estrutura das partes não é rigidamente bilateral, mas expandida e amorfa.
- (3) A investigação dos fatos não é histórica e adjudicativa, mas predicativa e legislativa.
- (4) O remédio não é concebido como compensação pelo erro passado de uma forma logicamente derivada da responsabilidade substantiva e limitada em seu impacto nas partes imediatas, ao contrário, olha para o futuro, é formado “ad hoc”, em linhas corretivas flexíveis e tolerantes, muitas vezes tendo consequências importantes para muitas pessoas, incluindo os ausentes.
- (5) O remédio não é imposto, mas negociado.
- (6) A sentença não encerra a intervenção judicial no caso: a sua administração requer a participação continuada do tribunal.
- (7) O juiz não é passivo, cuja função limitada à análise e declaração das regras legais do governo, ele é ativo, com responsabilidade não apenas para a valoração e credibilidade dos fatos, mas para organizar e moldar litígio para assegurar um resultado justo e viável.
- (8) A matéria objeto da ação judicial não é uma disputa entre particulares sobre direitos privados, mas uma reclamação acerca do funcionamento da política pública. [tradução livre]<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Verifica-se que nos moldes do modelo tradicional de jurisdição o processo era considerado uma instrumento para alcançar a efetividade do direito material, convicções, até hoje, sustentadas pela Teoria Instrumentalista do Processo e refutada pela Escola Mineira de Processo.

<sup>52</sup> CHAYES, Abram, op. cit., pág. 1282-1283.

<sup>53</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89, Harvard Law Review, 1976, pág. 1302. No original: “(1) The scope of the lawsuit is not exogenously given but is shaped primarily by the court and parties. (2) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous. (3) The fact inquiry is not historical and adjudicative but productive and legislative. (4) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees. (5) The

Verifica-se, portanto, que o emergente modelo de litigiosidade identificado por Chayes diverge veementemente da concepção de jurisdição de Fuller, na medida em que o litígio de interesse público não diz respeito unicamente a um processo bipolarizado e retrospectivo, em que as partes buscam, através de um juiz passivo, a solução de controvérsias concernentes a direitos privados.

Em verdade, sob a ótica do litígio de direito público, os litigantes – uni ou plurilaterais - advogam em defesa do interesse público, onde o pronunciamento jurisdicional não é coercitivo, mas sim, fruto da cooperação<sup>54</sup> e negociação entre os sujeitos processuais, com repercussões complexas e com plano de execução prospectivo, fixado por um juiz ativo, mediante efetivo contraditório.

Em seu trabalho, considerado como um protótipo pelo próprio Autor<sup>55</sup>, Chayes também

se referia à prática dos advogados nos Estados Unidos que procuravam precipitar a mudança social através de propositura de demandas que envolviam a reestruturação de instituições importantes do governo, incluindo escolas públicas, hospitais de saúde mental, postos de saúde e prisões, afetando milhares de pessoas.<sup>56</sup>

A pesquisa de Chayes é considerada, até hoje, como um marco acadêmico no que tange os estudos acerca da litigância de interesse público - assim como, igualmente, repercutiu a pesquisa de Cappelletti<sup>57</sup>.

Tamanho louvor da obra de Chayes se deu, em considerável parte, devido a todo um contexto de reforma legislativas e procedimentais que os Estados Unidos da América encontrava-se imerso, conforme já suscitado na presente pesquisa - em uma conjuntura pós “*New Deal*” e pós segunda guerra mundial, que buscava implementar os

---

remedy is not imposed but negotiated. (6) The decree does not terminate judicial involvement in the affair: its administration requires the continuing participation of the court. (7) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping litigation to ensure a just and viable outcome. (8) The subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of public policy.”

<sup>54</sup> Leia-se “cooperativo” como dever de cooperação processual entre as partes e não no sentido dogmático de “ajuda” entre os litigantes.

<sup>55</sup> CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89, *Harvard Law Review*, 1976, pág. 1281.

<sup>56</sup> NUNES, Dierle. *Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e Processo: Entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pág. 44.

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution*, *Buffalo Law Review*, 1976.

preceitos do Estado de Bem Estar Social<sup>58</sup> - e, ainda, precipuamente, devido à grande influência do emblemático precedente “*Brown vs Board of Education of Topeka*” durante o trintídio iniciado na década de cinquenta, especificamente, em 1954.

O julgamento de “*Brown vs Board of Education of Topeka*” foi proferido a partir da reunião de cinco ações coletivas<sup>59</sup> em que, “em todos esses casos, crianças negras pleiteavam, por meio de seus representantes legais, a admissão em escolas públicas primárias ou secundárias em um regime livre de segregação racial”<sup>60</sup>

Isso porque, após a aprovação da 14ª Emenda que determinava a necessária proteção igualitária das leis para todas as pessoas, foi difundida a doutrina do “*separate but equal*”, chancelada pelo julgamento do caso “*Plessy v. Ferguson*” de 1896, que reafirmava a possibilidade de separação nos espaços comunitários entre brancos e negros, desde que fosse garantida a igualdade de tratamento entre todos, permitindo-se, portanto, a segregação racial nas escolas nos Estados Unidos.

Entretanto, verificou-se que a segregação racial nas escolas, por si só, já implicava em tratamento desigual entre as crianças, principalmente quando considerado que os grandes investimentos públicos em educação eram destinados, majoritariamente, para as escolas de alunos brancos, não oferecendo, portanto, às crianças negras, as mesmas condições de ensino, que, para estas últimas, era claramente inferior.<sup>61</sup>

Assim, reconhecendo a inconstitucionalidade da doutrina do “*separate but equal*”, em decisão histórica proferida pela Corte de Warren, foi determinada a dessegregação racial nas escolas públicas norte-americanas mediante celebre exemplo de *overruling* (superação).

Inicialmente, a sociedade demonstrou uma resistência expressiva quanto ao cumprimento da ordem de dessegregação, principalmente nos estados sulistas, motivo

---

<sup>58</sup> TRUBEK Louise G. Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the “New Public Interest Law”. New Legal Realism Symposium. Wisconsin Law Review. n.2, 2005.

<sup>59</sup> Os cinco casos são: *Brown vs. Board of Education of Topeka* (Kansas), *Briggs vs. Elliott* (Carolina do Sul), *Davis vs. County School Board of Prince Edward County* (Virginia), *Gebhart v. Belton* (Delaware) e *Bolling v. Sharpe* (Washington DC).

<sup>60</sup> SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown vs Board of Education* 347 u.s. 483 (1954) – Julgamento de maio de 1954 In O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 251.

<sup>61</sup> Sobre a desigualdade do ensino ofertado no estado da Carolina do Sul para crianças brancas e negras, afirma Erwin Chemerinsky: “As escolas brancas tinham um professor para cada vinte e oito alunos; as escolas negras tinham um professor para cada quarenta e sete alunos. As escolas brancas eram de tijolo e estuque; as escolas negras eram feitas de madeira apodrecida. As escolas brancas tinham encanamento interno; as escolas negras tinham dependências externas. [tradução livre]” No original: “The white schools had one teacher for every twenty eight pupils; the black schools had one teacher for every forty-seven students. The white schools were brick and stucco; the black schools were made of rotting wood. The white schools had indoor plumbing; the black schools had outhouses.” Cf. CHEMERINSKY, Erwin. The case against the supreme court. New York: Viking, 2014, p.39.

pelo qual, foi necessária a reargumentação do caso pela Corte Warren, que ficou conhecido como “*Brown vs. Board of education II*”, em 1955, objetivando verificar porque o cumprimento da ordem judicial restava infrutífero e a sociedade colocava grandes barreiras à sua implementação.

Para cumprimento da decisão, a Suprema Corte norte americana fixou diversas medidas, como “a construção de prédios, a contratação de pessoal qualificado e o aumento de impostos para suprir as despesas necessárias para garantir na prática o cumprimento do quanto determinado pelo Judiciário”<sup>62</sup> e fez, igualmente, graves ameaças à população em caso de desobediência à ordem judicial “como prender funcionários públicos que deixassem de atender suas decisões, soltar presos encarcerados em presídios lotados, bem como fechar instituições públicas que não atendessem aos seus ditames”<sup>63</sup>.

Portanto, a Suprema Corte norteamericana se atentou para o fato de que, se a mesma pretendia que a decisão judicial dessegregacionista fosse eficaz, promovendo, de fato, uma reforma estrutural, deveria, para tanto, tomar medidas necessárias ao seu cumprimento.

Assim, a partir de um diagnóstico da conjuntura legislativa e jurisdicional dos Estados Unidos da América entre as décadas de cinquenta a setenta, Chayes identificou o modelo jurisdicional de interesse público, que, claramente, foi içado pelo precedente de “*Brown vs Board of Education of Topeka*, de 1954, na medida em que o processo dessegregacionista é a materialização do modelo de litigiosidade proposto por Chayes duas décadas à frente.

Ademais, há de se considerar que os estudos acerca das “*structural injunctions*” e a eclosão das “*class actions*” serviram, igualmente, como aparato para a construção da proposição de Chayes acerca do emergente modelo jurisdicional de interesse público identificado.<sup>64</sup>

Na proposição de Chayes acerca da litigância de interesse público, (1) a função da jurisdição é a de implementar políticas públicas, através de um processo,

---

<sup>62</sup> BAUERMAN, Desirê. Structural Injunctions no direito norte-americano In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 290.

<sup>63</sup> BAUERMAN, Desirê. Structural Injunctions no direito norte-americano In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 291.

<sup>64</sup> O norteamericano Owen Fiss é o pioneiro das pesquisas acadêmicas acerca das “*structural injunctions*” ao publicar em 1978 livro denominado “The Civil Rights Injunction” e, em novembro do ano subsequente, ao publicar “The Forms of Justice” junto à “Harvard Law Review”. A temática concernente às medidas estruturantes, por sua amplitude e especificidade, é trabalhada extensivamente no tópico 3 da presente pesquisa.

majoritariamente, plurilateral, prospectivo, com repercussões complexas, negociadas e monitoráveis e, ainda, (2) há uma valorização demasiada da atuação do juiz e o papel de corte que, diferentemente do modelo tradicional de jurisdição, age proativamente, “com responsabilidade não apenas na valoração e credibilidade dos fatos, mas para organizar e moldar o litígio para assegurar um resultado justo e viável” [tradução livre]<sup>65</sup>

Entretanto, grandes críticas foram traçadas acerca da concepção de jurisdição de Chayes justamente em face de uma “crença exacerbada no judiciário e no papel do juiz como instrumento de mudança social, sem levar a sério o relevante papel das partes e as inúmeras deficiências que também padece o judiciário”.<sup>66</sup>

Isso porque Chayes acreditava no potencial da função jurisdicional em resolver questões policêntricas, sem, contudo, levar em consideração as limitações e capacidades institucionais das cortes, como por exemplo, imperícia do julgador acerca de temática a ser decidida, sobrecarga de trabalho e falta de diálogo interinstitucional.

Godoy nos atenta ao fato de que as capacidades institucionais das cortes devem ser consideradas como ponto de partida para a implementação da decisão em litígio público, e não seu ponto de chegada<sup>67</sup> e, ainda, que

Levar em conta as capacidades institucionais de juízes e cortes não significa, portanto, negar a possibilidade do controle jurisdicional das leis ou políticas públicas, mas sim levar em conta as limitações naturais da atuação judicial. Repensar a figura do juiz e das cortes a partir de suas capacidades institucionais tampouco implica a defesa de uma atuação completamente formalista ou submissa a discursos pretensamente técnicos alheios ao Direito em detrimento de uma visão crítica e reconstrutiva dos textos normativos. Ao contrário, é a partir do reconhecimento das capacidades institucionais de juízes e cortes que o aplicador pode e deve então buscar realizar a melhor interpretação e aplicação do Direito mediante a coesão dos argumentos utilizados para a sua justificação interna e externa.<sup>68</sup>

Certo é que o fenômeno da litigância de direito público não ocorreu da noite para o dia e, assim, analisando uma conjuntura de reformas legislativas e decisões

---

<sup>65</sup> CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89, Harvard Law Review, 1976, pág. 1302. No original: “(...) with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shipping Litigation to ensure a just and viable outcome”

<sup>66</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; ASSIS, Rafaela Lacerda; NASCIMENTO, Renata Gomes. Litigância de interesse público - O papel do Processo Civil na efetivação de direitos e garantias fundamentais, 2015, página 34. No prelo.

<sup>67</sup> GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, pág. 147.

<sup>68</sup> GODOY, Miguel Gualano de, op. cit., pág. 148.

judiciais emblemáticas, Abram Chayes identificou um emergente modelo de litigiosidade - ao qual denominou “*Public Law Litigation*”.

Todavia, a concepção de jurisdição defendida por Chayes, mesmo que ainda utilizada como estudo paradigma para qualquer pesquisa acerca do litígio de direito público, não subsistiu em sua totalidade, porquanto acreditava piamente na virtude do ativismo judicial, crença esta que se mostrou insuficiente face a desconsideração das limitações e capacidades institucionais de cada tribunal.

A partir da influente pesquisa de Chayes, diversos estudos foram desenvolvidos acerca da litigância de interesse público, majoritariamente, refutando a concepção tradicional de jurisdição e propulsionando os estudos do novo modelo de litígio identificado, a seguir analisados.

### **2.3. Modelo Consultivo**

Em 1978, Melvin Eisenberg publicou junto à “*Harvard Law Review*” um artigo denominado “*Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller*”<sup>69</sup>.

Eisenberg era grande amigo de Fuller e, diferentemente do que se pode extrair, *a prima facie*, do título de seu trabalho supracitado, Eisenberg não busca refutar massivamente o estudo de Fuller acerca das formas e limites da jurisdição, mas sim, conforme afirmado pelo próprio Eisenberg, seguir os preceitos fundamentais da concepção de jurisdição de Fuller<sup>70</sup>, entretanto, identificando e examinando, ainda, outra importante forma de ordenação social que assegure a participação dos envolvidos<sup>71</sup>.

Eisenberg afirma que, usualmente, a jurisdição é vista como bifuncional, sendo a primeira função a de resolver disputas pretéritas e a segunda, àquela, frequentemente assumida pelo juiz, de criar normas para governar condutas futuras e, para compreensão de sua concepção de jurisdição, Eisenberg traz à tona os conceitos por ele denominados de “atenção”, “explicação” e “responsividade”.

---

<sup>69</sup> EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: Na Essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*. v. 92, 1978-1979.

<sup>70</sup> EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 408.

<sup>71</sup> EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 411.

A “atenção” é extremamente relevante para que se obtenha uma participação efetiva dos envolvidos, por esse motivo “o juiz deve se *atentar* para o que as partes têm a dizer”<sup>72</sup>.

A “explicação” faz com que aquele que não teve seu apelo deferido, se satisfaça com o pronunciamento jurisdicional porque sabe que a decisão não é arbitrária e, ainda, demonstra às partes que seus argumentos foram, de fato, levados em consideração, respeitada a atenção devida pelo juiz aos envolvidos. Por esse motivo, “o juiz deve *explicar* sua decisão de uma maneira que forneça uma resposta substancial ao que as partes têm a dizer”<sup>73</sup>.

Por fim, a “responsividade”, segundo Eisenberg, é o que distingue a jurisdição das demais formas de ordenação social<sup>74</sup>, na medida em que “não é simplesmente que as partes têm o direito de apresentar provas e argumentos motivados aos quais o decisor deve atender, mas que a decisão deve proceder delas e ser congruente com essas provas e argumentos.”<sup>75</sup>

Entretanto, em que pese Eisenberg afirmar que na sua concepção de jurisdição o decisor é “sempre obrigado a se atentar a esses argumentos e provas (das partes) antes de tomar a decisão, e normalmente obrigado a explicar sua decisão”<sup>76</sup>, ou seja, sendo imprescindível a aplicação dos conceitos de “atenção” e “explicação”, o modelo consultivo proposto por Eisenberg considera como inaplicável a “responsividade”.

A inaplicabilidade da “responsividade” ao modelo de jurisdição proposto por Eisenberg justifica-se através do potencial conflito na congruência entre as provas e argumentos apresentados pelas partes e a responsividade da decisão judicial, para com a função reguladora do órgão julgador.

---

<sup>72</sup> EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller. Harvard Law Review. v. 92, 1978-1979, pág. 412. No original: “The adjudicator should attend to what the parties have to say.”

<sup>73</sup> EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 412. No original: “The adjudicator should explain his decision in a manner that provides a substantive reply to what the parties have to say.”

<sup>74</sup> Eisenberg afirma que em que pese Fuller afirmar que o direito das partes de apresentar provas e argumentos ao juiz é o que distingue a jurisdição das demais formas de ordenação social, tal proposição lhe parece incorreta, na medida em que torna a jurisdição única, se comparada com as demais formas de organização social, é, em verdade, a congruência entre o alegado pelas partes e a responsividade do pronunciamento jurisdicional. EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 412-413.

<sup>75</sup> EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 413. No original: “(...) is not simply that the parties have the right to present proof and reasoned argument to which the decision-maker must attend, but the decision ought to proceed from and be congruent with those proofs and arguments.”

<sup>76</sup> EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 414. No original: “(...) is always obliged to attend to these arguments and proofs before he makes his decision, and is normally obliged to explain his decision.”

Isso porque, idealmente, a decisão judicial deve ser responsiva ao que foi alegado pelos envolvidos e, da mesma maneira, às necessidades de outros possíveis litigantes. Entretanto, se há alguma deficiência nas alegações das partes, e as questões suscitadas não são capazes de deslindar a causa, dando uma resposta efetiva a necessidades de longo prazo, há aí, então, um conflito, considerando que não será possível que o decisor seja integralmente congruente e responsivo ao alegado pelos litigantes<sup>77</sup>, situação esta que cria outro patamar quando trabalhada em sede de litígio público.

Portanto, diante do conflito identificado, Eisenberg conclui que a responsividade, geralmente, é mais um ideal a ser seguido do que, de fato, uma obrigação, motivo pelo qual a não obrigatoriedade da responsividade não é motivo apto a justificar o fracasso da tentativa de aproximação entre as provas e argumentos motivados suscitados pelas partes e a decisão judicial, devendo esta busca pela congruência e responsividade ser constante, porém, nem sempre necessária.<sup>78</sup>

Assim, o modelo consultivo de jurisdição de Eisenberg, em síntese, propõe que às partes seja dada a oportunidade de apresentar provas e argumentos fundamentados, aos quais o juiz deve dar atenção e explaná-los em sua decisão, entretanto, flexibiliza, ao ponto de eliminar, a responsividade da decisão proferida para com os argumentos aduzidos pelos jurisdicionados.<sup>79</sup>

Isso porque, se a participação dos envolvidos for deficiente, da mesma maneira pode ser a decisão judicial que, nos ditames da adjudicação individual, deve ser congruente e adstrita aos pedidos dos litigantes, não atendendo, portanto, os “problemas com múltiplos critérios”<sup>80</sup> e seus respectivos envolvidos – identificados ou identificáveis – no que tange à litigância de interesse público.

Diferentemente de Fuller, Eisenberg acredita que a jurisdição deve ser utilizada para solução de “problemas com múltiplos critérios”. Essa denominação de Eisenberg assimila-se aos “problemas policêntricos” de Fuller, entretanto, Eisenberg, diferencia o

---

<sup>77</sup> EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: Na Essay for Lon Fuller. Harvard Law Review. v. 92, 1978-1979, pág. 413.

<sup>78</sup> EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 413-414.

<sup>79</sup> Verifica-se, aqui, que por ser, igualmente, o modelo consultativo proposto por Eisenberg pautado em premissas da socialização processual, a congruência é flexibilizada, diferentemente do que ocorre no liberalismo processual, em que ela é rígida e o decisor deve ser ater apenas às provas e argumentos suscitados pelas partes.

<sup>80</sup> EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 417.

policentrismo de Fuller dos – por si denominados – “problemas com múltiplos critérios”.<sup>81</sup>

Isso porque, para Eisenberg, o problema não teria “muitos centros”, conforme conceituado por Fuller, mas, em verdade, vários critérios a serem identificados, pesados e, assim, utilizados pelo decisor para resolução da lide, além de que, no policentrismo de Fuller, as escolhas de critérios para deslinde do caso não são interativas, assim como são no conceito exposto por Eisenberg.<sup>82</sup>

O processo consultivo proposto por Eisenberg não restringe de forma alguma a participação dos envolvidos e afetados. Em verdade, o que distingue a proposição da jurisdição consultiva com o modelo tradicional de jurisdição não é o grau de participação, mas sim, o grau de vinculação da decisão judicial para com as provas e argumentos fundamentos aduzidos pelas partes.

Assim, o modelo consultivo de jurisdição se presta a solucionar casos que envolvam “problemas com múltiplos critérios,” a partir da autoridade e virtude do decisor – buscando a congruência, mas não adstrito a ela - e, ainda, e mais importante, mesmo que afastada a forte vinculação à responsividade, sempre assegurando a participação dos jurisdicionados, vejamos:

Muitas vezes, no entanto, os critérios não podem ser reduzidos a um objetivo ponderado, exceto por uma solução seriamente empobrecedora. Quando esse é o caso, e onde a situação não se presta a um resultado negociado, uma melhor solução pode normalmente ser obtida apenas vestindo o decisor com uma autoridade "gerencial" - a qual eu quero dizer com autoridade não apenas para aplicar critérios relevantes, mas para determinar quanto peso cada critério deve receber e alterar cada um desses pesos, como novos objetivos e critérios podem exigir. Nesse caso, o decisor não pode usar critérios impróprios e deve aplicar os mesmos critérios a todos os que se situam da mesma forma, mas enquanto ele mantém sua posição, ele pode apropriadamente dar a todos os critérios apropriados qualquer peso que julgar apropriado.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiviness, and the Consultative Process: Na Essay for Lon Fuller. Harvard Law Review. v. 92, 1978-1979, pág. 425. No original: “The problem of multiple criteria tends to be associated with the problem of polycentrity, but the two concepts are separate in theory and sometimes separate in practice.”

<sup>82</sup> EISENBERG, Melvin A., op. cit., pág. 424-425.

<sup>83</sup> EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiviness, and the Consultative Process: Na Essay for Lon Fuller. Harvard Law Review. v. 92, 1978-1979, pág. 425. No original: “Often, however, the criteria cannot be reduced to one objectly weighted, except by seriously impoverishing solution. Where that is the case, and where the situation does not lend itself to a negotiated outcome, an optimum solution can normally be arrived at only by vesting a single decisionmaker with "managerial" authority - by wich I mean authority not only to apply relevant criteria, but to determine how much weight each criterion is to receive and to change each those weights as new objectives and criteria may require. In such case the

A dificuldade de utilizar a jurisdição para lidar com tais questões não resulta da incapacidade de assegurar a participação através de provas e argumentos, mas da norma de forte responsividade: seria inconsistente remeter tais questões à autoridade gerencial (ou negociação), por um lado, e exigir que a decisão proceda e seja congruente com as provas e argumentos das partes, por outro. Se a participação assegurada em tais casos for considerada apropriada, ela deve, portanto, tomar normalmente a forma de um processo consultivo, no qual a forte responsividade não é esperada e o direito das partes de fazer provas e argumentos é totalmente consistente com a autoridade gerencial dos decisores.<sup>84</sup>

Portanto, a proposição do modelo consultivo de jurisdição não é marcada por uma forte responsividade, mas sim, em verdade, “o decisor pode basear sua decisão somente em evidências que ele mesmo coletou, em sua própria experiência, em suas preferências institucionais, e em regras nem aduzidas nem endereçadas pelas partes.”<sup>85</sup>

Verifica-se que tanto Chayes quanto Eisenberg possuem a mesma crença ilusória na capacidade do juiz/tribunal de antever o problema e na virtude do decisor em resolvê-lo, herdada da socialização processual sem, entretanto, levarem em consideração a grande possibilidade de que os jurisdicionados fiquem entrincheirados na arbitrariedade judicial, bem como, ignoram as limitações institucionais de cada órgão jurisdicional, sendo insuficiente, portanto, à solução dos casos concernentes ao litígio de direito público.

#### **2.4. Modelo Gerencial**

Em 1982, Judith Resnik publicou na “*Harvard Law Review*” um artigo intitulado “*Managerial Judges*”<sup>86</sup>, ao qual descrevia, mas punha em xeque, o modelo de jurisdição com elementos essencialmente gerenciais e, independentemente, em 1983,

---

decisionmaker may not use improper criteria, and should apply the same criteria to all those similarly situated, but while he holds his position he can appropriately give to all proper criteria whatever weight he thinks appropriate.”

<sup>84</sup> EISENBEG, Melvin A., op. cit., pág. 426. No original: The difficulty of utilizing adjudication to deal with such issues stems not from inability to assure participation through proofs and argument, but from the norm of strong responsiveness: it would be inconsistent to remit such issues to managerial authority (or negotiation), on the one hand, and to require the decision to proceed from and be congruent with the parties' proofs and arguments, on the other. If assured participation in such cases is deemed appropriate, it should therefore ordinarily take the form of the consultative process, in which strong responsiveness is not expected and the parties' right to make proofs and argument is fully consistent with a decisionmaker's managerial authority.

<sup>85</sup> EISENBEG, Melvin A., op. cit., pág. 414. No original: “(...) the decision maker may base his decision solely on evidence he has himself collected, on his own experience, on his institutional preferences, and on rules neither adduced nor addressed by the parties.”

<sup>86</sup> RESNIK, Judith, *Managerial Judges*. Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982.

baseado nas mesmas premissas e, ainda, propondo uma reestruturação da função jurisdicional, Donald L. Horowitz publicou no “*Duke Law Journal*” um artigo, ao qual nomeou “*Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions*”<sup>87</sup>, apresentado anteriormente na 12ª edição do “*Annual Chief Justice Earl Warren Conference on Advocacy*”, na Virgínia, Estados Unidos da América, em junho de 1983.

O artigo de Resnik consubstancia-se em vasto estudo acerca do modelo jurisdicional de gestão, fazendo análise do estado da arte do modelo adjudicatório tradicional utilizado pelas cortes norte-americanas, da implementação do “*pretrial*” e dos resultados aferidos deste mecanismo gerencial pelos decisores e possíveis perigos para a jurisdição, conforme descrito em seguida.

Para Resnik, há vários estudos concernentes ao litígio de direito público e à reforma estrutural<sup>88</sup> mas, “poucos, no entanto, examinaram os aspectos gerenciais de tal trabalho judicial de tomada de decisão.”<sup>89</sup>

O “*aproach*” gerencial na adjudicação foi fruto de diversas e sucessivas experimentações pelos juízes, que buscavam uma postura de gestão para dimensionamento de conflitos, face às duras críticas da sociedade à ineficiência da função jurisdicional em decorrência do superávit de demanda e crescimento exponencial de carga de trabalho, que promoveu uma verdadeira crise no tribunal.

Assim, o modelo de gerenciamento foi visto como uma possível solução ao dimensionamento de litígios, motivo pelo qual os juízes passaram a aplicar técnicas de gestão à jurisdição, tais como:

Os juízes federais se reuniram para projetar procedimentos para a alocação de casos e para analisar métodos de agilizar a disposição de casos. O Congresso criou o Centro Judiciário Federal, que começou a treinar os juízes de julgamento recém-nomeados nas técnicas de gestão de carteira. O Congresso também autorizou os tribunais de apelações a contratarem “executivos de circuito” para ajudarem na organização dos calendários dos tribunais de apelação. Alguns tribunais distritais experimentaram a contratação de pessoal

---

<sup>87</sup> HOROWITZ, Donald L. *Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions*, *Duke Law Journal*. 1265, 1983.

<sup>88</sup> O norte-americano Owen Fiss é o pioneiro das pesquisas acadêmicas acerca das “*structural injunctions*” ao publicar em 1978 livro denominado “*The Civil Rights Injunction*” e, em novembro do ano subsequente, ao publicar “*The Forms of Justice*” junto à “*Harvard Law Review*”. A temática concernente à reforma estrutural, por sua amplitude e especificidade, é trabalhada extensivamente no tópico 3 da presente pesquisa.

<sup>89</sup> RESNIK, Judith, op. cit., pág. 377.. No original: “*Few, however, have scrutinized the managerial aspects of such potdecision judicial work.*”

parajudicial, como secretários e administradores de tribunais distritais. Para aumentar a prestação de contas dos juízes e melhorar o processamento dos casos, os tribunais federais instituíram um sistema individual de calendários, sob o qual os juízes distritais receberam a responsabilidade direta por casos específicos. Novos sistemas de registros, juntamente com a tecnologia de computadores, permitiram que os administradores de tribunais coletassem, analisassem e distribuíssem grandes quantidades de informações sobre os casos. Finalmente, alguns tribunais distritais promulgaram regras locais que obrigavam os litigantes a submeter os planos de pré-julgamento, a cumprir os calendários judiciais para a preparação do julgamento e a procurar permissão para se envolver em cognição extensa.<sup>90</sup>

Após tais experimentações, a partir de uma postura gerencial, os esforços para aceleração na resolução de conflitos foram majorados, inclusive com reformas legislativas, a exemplo, a Regra Federal de Processo Civil número 16<sup>91</sup>, que regulamenta o “*pretrial*” - procedimento que busca a conciliação ou mediação das partes objetivando a resolução da lide e, portanto, consequente desnecessidade de ajuizamento de ação judicial.

Desse modo, sempre que possível, os juízes priorizam a resolução do conflito na sessão de “*pretrial*”, assim, “somente quando as discussões informais falham os juízes tomam seus lugares na tribuna em julgamentos formais e oitivas.”<sup>92</sup>

Previamente à exposição de seu posicionamento acerca dos “*managerial judges*”, Resnik faz análise do modelo de gestão processual, identificando, em suma, as seguintes características: (1) o gerenciamento judicial deve ser iniciado pelo juiz/tribunal durante a fase de “*pretrial*”; (2) a duração e o investimento estatal na demanda serão muito menores, considerando que “na verdade, o objetivo da gestão

---

<sup>90</sup> RESNIK, Judith, *Managerial Judges*. Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982, pág. 399. No original: “Federal judges met to design procedures for case allocation and to analyze methods of expediting case disposition. Congress created the Federal Judicial Center, which began to train newly appointed trial judges in techniques of docket management. Congress also authorized the courts of appeals to hire “circuit executives” to help in organizing appellate court calendars. A few district courts experimented with hiring parajudicial personnel, such as pro se clerks and district court administrators. To increase judges’ accountability and improve case processing, federal courts instituted an individual calendar system, under which district judges were assigned direct responsibility for particular cases. New recordkeeping systems coupled with computer technology permitted court administrators to gather, analyze, and distribute vast amounts of information about cases. Finally, some district courts promulgated local rules that obliged litigants to submit pretrial plans, to conform to judicial timetables for trial preparation, and to seek permission to engage in extensive discovery.”

<sup>91</sup> A partir de uma proposta de emenda (Discussion Draft 1982), a Regra 16 das Leis Federais de Processo Civil (Federal Rules of Civil Procedure) foi aprovada, sendo, portanto, obrigatória a conferência “*pretrial*”. Similar à obrigatoriedade da audiência de conciliação do art. 334, do Código de Processo Civil brasileiro. Para leitura do disposto na Regra 16 das Leis Federais de Processo Civil, vide: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_16](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16)

<sup>92</sup> RESNIK, Judith, *Managerial Judges*. Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982, pág. 403. No original: “Only when informal discussions fail do judges take their places on the bench at formal trials and hearings.”

“*pretrial*” é acabar com a disputa o mais rápido possível”<sup>93</sup>; (3) as soluções de conflitos no modelo de gestão processual, pelo “*pretrial*” ou por sentença, são alcançadas através de reuniões informais entre litigantes e juiz; (4) os fatos são direcionados à apreciação dos juízes gerenciais, que “não são auditores silenciosos de eventos retrospectivos recontados por contadores de histórias em primeira pessoa. Em vez disso, os juízes removem as vendas e tornam-se parte das próprias sagas”<sup>94</sup>; (5) os conflitos solucionados nas sessões de “*pretrial*” tendem a ter menor visibilidade e alcance, afetando menos pessoas do que em um julgamento posterior, mesmo que de forma gerencial; (6) o juiz de primeira instância, que assume uma postura gerencial, possui ampla discricionariedade; e, ainda, (7) a probabilidade de efetivação de uma solução do litígio alcançada através do “*pretrial*” é muito maior do que através de um julgamento, considerando que neste último as restrições institucionais para efetivação da decisão são exponencialmente maiores.

Feita tal análise do modelo gerencial, Resnik verifica quais são os resultados até então aferidos com a utilização do “*pretrial*” e técnicas de gestão do processo na fase de cognição e julgamento.

Primeiramente, Resnik afirma que a realização de negociações informais nos ditames daquelas realizadas nas sessões de “*pretrial*”, durante a fase cognitiva em casos concernentes ao litígio de direito público, podem estar fadadas ao insucesso, considerando que, no “*public law litigation*”

os argumentos dos advogados são substituídos por depoimentos de testemunhas em tribunal; propostas judiciais para concessão de compromissos a pedidos formais; e todo o processo é colocado no domínio público e, muitas vezes, ao alcance dos tribunais de recurso. Em contraste, a maioria das conferências “*pretrial*” não é seguida de julgamento formal, e os atos judiciais na fase “*pretrial*” raramente são expostos ao escrutínio público.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> RESNIK, Judith, op. cit., pág. 406. No original: “In fact, the whole point of pretrial management is to end the dispute as rapidly as possible.”

<sup>94</sup> RESNIK, Judith, op. cit., pág. 408. No original: “(...) are not silent auditors of retrospective events retold by first-person storytellers. Instead, judges remove their blindfolds and become part of the sagas themselves.”

<sup>95</sup> RESNIK, Judith, Managerial Judges. Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982, pág. 407. No original: “Lawyers’ in-chambers arguments are replaced by witness’ in-court testimony; judicial proposals for compromise give away to formal orders; and the entire proceeding is placed in the public domain and often within reach of the appellate courts. In contrast, most pretrial conferences are not followed by formal adjudication, and judicial acts in the pretrial phase are rarely exposed to public scrutiny.”

Ademais, na litigância de direito público, “os juízes federais são obrigados a respeitar a autonomia dos ramos coordenados pelo governo e pelos executivos estaduais”<sup>96</sup>, devendo contar, para a efetivação da decisão, com “a cooperação não só de administradores e funcionários de instituições defensoras, mas também de executivos estaduais e da comunidade”<sup>97</sup>, diferentemente do que ocorre no “*pretrial*”, em que não há restrição institucional quase alguma, estando os juízes limitados, apenas, “por crenças pessoais sobre o papel adequado dos juízes-gerentes”<sup>98</sup>

Em que pese Resnik encontrar algumas dificuldades na avaliação dos impactos da implementação dos julgamentos “*pretrials*” à época em que desenvolveu sua pesquisa, em 1982, assim como não consegue refutar substancialmente as alegadas afirmações de que o modelo gerencial diminuiria custos e tempo médio de processo, sumariamente, Resnik verifica a demasiada quantidade de poder atribuída aos juízes/tribunais em tal modelo de gestão e, ainda, as consequências da excessiva delegação estatal de poder ao decisor no exercício da função jurisdicional.

Para Resnik, o juiz já é um sujeito dotado de poder e, transformá-lo em um gerente do processo, acrescem oportunidades para que o tomador da decisão abuse do poder, ainda mais se levado em consideração o fato de que a gestão processual do litígio faz cair por terra todas as tradicionais limitações – “*safeguards*”<sup>99</sup> - ao uso do poder judicial, com evidentes riscos ao devido processo constitucional.<sup>100</sup>

Por esse motivo, o Código de Processo Civil brasileiro possui dispositivos legais que objetivam limitar a arbitrariedade judicial<sup>101</sup>, principalmente quanto a atuação gerencial do decisor,

mediante as premissas normativas contrafáticas dos arts. 10 e 489 (entre outras), o modelo do CPC/15 tenta obstar as críticas que o

---

<sup>96</sup> RESNIK, Judith, op. cit., pág. 412. No original: “(...) federal judges are constrained by obligation to respect the autonomy of coordinate branches of government and state executives.”

<sup>97</sup> RESNIK, Judith, op. cit., pág. 412. No original: “(...)the cooperation not only of administrators and employees in defendant institutions, but also of state executives and the community.”

<sup>98</sup> RESNIK, Judith, op. cit., pág. 413. No original: “(...)by personal beliefs about the proper role of judge-managers.”

<sup>99</sup> RESNIK, Judith, Managerial Judges. Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982, pág. 380.

<sup>100</sup> “Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm o poder de decidir. [...] Aplicar o direito, por seu turno, impõe não só a organização política democrática adequada da função jurisdicional, mas igualmente o processo jurisdicional (democrático) adequado, entendendo-se como tal todo aquele que satisfaz às exigências de um Estado de Direito Democrático” CALMON DE PASSOS, J.J. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro, Forense, 2000. P. 60-61.

<sup>101</sup> Temática referente ao protagonismo judicial é trabalhada com especificidade no tópico 4.2 da presente pesquisa.

modelo gerencial americano, centrado num juiz gerente de casos, ordinariamente sofre, em face de tendências ativistas (ideologicamente discutíveis) que permitiriam uma discricionariedade incontrolável.<sup>102</sup>

Ainda, Resnik percebe que jurisdição gerencial priorizou o “quantitativo” ao “qualitativo”, ensinando o decisor a valorizar suas estatísticas ao invés da qualidade de seus pronunciamentos judiciais, fazendo com que a própria função jurisdicional entrasse em conflito interno acerca de seu objetivo e propósito, na medida em que

o processamento de casos não é mais visto como um meio para um fim; em vez disso, parece ter se tornado o objetivo desejado. Quantidade tornou-se toda importante; a qualidade é ocasionalmente mencionada e depois ignorada. De fato, alguns comentaristas consideram a deliberação um obstáculo à eficiência. Os proponentes do gerenciamento podem estar esquecendo as obrigações judiciais por excelência de realizar uma investigação fundamentada, articulando as razões para a decisão e submetendo essas razões a um recurso de apelação - características que têm definido a jurisdição há muito tempo e que a distinguem de outras tarefas.<sup>103</sup>

É o que acontece no ordenamento jurídico brasileiro com a parca regulamentação do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis que, infelizmente, objetiva a promoção de um procedimento jurisdicional quantitativo, para dimensionamento de conflitos, sacrificando, majoritariamente, a qualidade das decisões judiciais.

Assim, verificando a porta aberta à arbitrariedade judicial que o modelo de gestão oferece, porquanto elimina qualquer “*safeguards*” ou limitações à atuação arbitrária do decisor, Resnik refuta o modelo de gestão, entretanto, deve ser mencionado que a autora admite a possibilidade de aplicação de técnicas gerenciais que objetivem a articulação de novos direitos e remédios, ou que programem inovações procedimentais<sup>104</sup>, mantendo a jurisdição, mas utilizando *expertises* para auxílio na solução do conflito, o que, segundo Resnik, não é uma novidade.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pag. 256.

<sup>103</sup> RESNIK, Judith, op. cit., pág. 431. No original: “Case processing is no longer viewed as a means to an end; instead, it appears to have become the desired goal. Quantity has become all importante; quality is occasionally mentioned and then ignored. Indeed, some commentators regard deliberation as an obstacle to efficiency. Proponents of management may be forgetting the quintessential judicial obligations of conducting a reasoned inquiry, articulating the reasons for decision, and subjecting those reasons to appellate review - characteristics that have long defined judging and distinguished it from other tasks.”

<sup>104</sup> RESNIK, Judith, Managerial Judges. Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982, pág. 391.

<sup>105</sup> RESNIK, Judith, op. cit., pág. 414.

Por sua vez, Horowitz desenvolve pesquisa acerca das origens, características e consequências da supervisão judicial das instituições públicas norte-americanas, verificando, que de tal controle se dá, em verdade, através dos “*institutional reform decrees*”, pronunciamentos jurisdicionais que importam em uma mudança organizacional das instituições.

Uma das origens do novo papel da jurisdição, preocupado com a supervisão judicial das organizações públicas, é a premissa gerencial das Regras Federais de Processo Civil. Isso porque, as regras “(...) estabeleceram em bases seguras o poder do juiz como o gerente do caso. Os exemplos mais notáveis dessa visão ativista da participação judicial foram a conferência pré-julgamento e a ordem pré-julgamento introduzida pela Regra 16<sup>106</sup> (...)”<sup>107</sup>

Em que pese Horowitz reconhecer que as características gerenciais são parte da gênese da supervisão judicial das instituições públicas, o autor faz duras críticas ao modelo jurisdicional de gestão, nos seguintes termos:

Não é, com certeza, um passo curto do gerente do caso para o gerente da organização demandada. No entanto, quando outras peças se encaixaram, a postura ativista fomentada pelas Regras Federais e por seus proponentes foi hospitaleira para os juízes se intrometerem, tomando touros pelos chifres e exigindo que as partes cumprissem os padrões estabelecidos. As Regras foram orientadas para obter resultados. Para este fim, as Regras forneceram um número de dispositivos processuais para serem utilizados de forma flexível por juízes dispostos a alcançar um kit de ferramentas procedimentais por um instrumento apropriado para uma tarefa, por mais difícil ou não convencional que possa parecer.<sup>108</sup>

Da mesma maneira, Horowitz critica a forma com que a função jurisdicional norte-americana tem utilizado o “*master*”<sup>109</sup> instituído pela Regra Federal de Processo

---

<sup>106</sup> Para leitura do disposto na Regra 16 das Leis Federais de Processo Civil, vide: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_16](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16)

<sup>107</sup> HOROWITZ, Donald L. Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions, Duke Law Journal. 1265, 1983, pág. 1271. No original: “ (...) established on a secure footing the power of the judge as the manager of the case. The most notable examples of this activist view of judicial participation were the pretrial conference and the pretrial order introduced by Rule 16 (...)”

<sup>108</sup> HOROWITZ, Donald L., op. cit., pág. 1272. No original: “It is, to be sure, not a short step from manager of the case to manager of the defendant-organization. Nevertheless, when other pieces fell into place, the activist posture fostered by the Federal Rules and by their proponents was hospitable to judges' stepping in, taking bull by horns, and demanding that the parties meet the standards they lay down. The Rules were oriented toward getting results. To this end, the Rules provided a number of procedural devices to be utilized flexibly by judges willing to reach into the procedural tool kit for an instrument appropriate to a task, however difficult or unconventional it might appear.”

<sup>109</sup> Regulamentado pela Regra Federal de Processo Civil nº 53, o “*master*” “significará qualquer pessoa, independentemente de sua designação, que for indicada pelo tribunal para ouvir provas relacionadas a

Civil nº 53<sup>110</sup>, porquanto, em que pese ser um dispositivo processual importante, principalmente no que tange à litigância de direito público, “a prática não foi uniformemente nem entusiasticamente adotada”.<sup>111</sup>

Na visão de Horowitz, o grande esforço da função jurisdicional em tentar lidar com os litígios que provocam uma mudança organizacional institucional pode culminar em um aumento do poder atribuído aos juízes, ao enfatizar o papel gerencial dos tribunais.<sup>112</sup>

Assim, a proposição de Horowitz é a de uma jurisdição que promova mudanças organizacionais a partir da supervisão judicial das instituições. Para tanto, o autor identifica e analisa cinco características, a seu ver, intrínsecas às decisões judiciais que objetivam produzir uma mudança organizacional, sendo elas: (1) tais pronunciamentos jurisdicionais não podem ser mensurados rapidamente, tampouco solucionados em tal velocidade, porquanto regulamentam não apenas um ato de determinado fato, mas sim, todas as condutas referentes àquele caso específico; (2) são pronunciamentos jurisdicionais essencialmente administrativos, tendo ligação direta com as funções legislativa e executiva; (3) as decisões são essencialmente legislativas, no “duplo sentido de acarretar alterações fundamentais na direção da política<sup>113</sup> e de exigir frequentemente o aumento de recursos financeiros”<sup>114</sup>; (4) se prolongam no tempo, na medida em que “eles exigem envolvimento judicial contínuo na implementação e modificação do decreto”<sup>115</sup> e, ainda, (5) conforme afirma Horowitz, em que pese serem decisões com caráter inovador, são dificilmente modificadas em sede recursal.<sup>116</sup>

Além disso, Horowitz faz distinção das características de um processo convencional para com um processo que objetive promover uma mudança organizacional, nos seguintes termos:

---

qualquer ação e relatar fatos”. Disponível em: <https://www.mass.gov/rules-of-civil-procedure/civil-procedure-rule-53-masters>

<sup>110</sup> Para leitura completa do disposto na Regra Federal de Processo Civil nº53, vide: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_53](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_53)

<sup>111</sup> HOROWITZ, Donald L. Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions, *Duke Law Journal*. 1265, 1983, pág. 1272. No original: “(...) the practice was neither uniformly nor enthusiastically adopted.”

<sup>112</sup> HOROWITZ, Donald L., op. cit., pág. 1265.

<sup>113</sup> Leia-se, aqui, política pública.

<sup>114</sup> HOROWITZ, Donald L., op. cit., pág. 1267. No original: “(...) the double sense of entailing fundamental alterations of policy direction and and of frequently requiring augmentation of financial resources.”

<sup>115</sup> HOROWITZ, Donald L. Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions, *Duke Law Journal*. 1265, 1983, pág. 1267. No original: “(...) they necessitate continuing judicial involvement in the implamentation and modification of the decree.”

<sup>116</sup> HOROWITZ, Donald L., op. cit., pág. 1267-1269.

No chamado caso convencional, em que o remédio é simples e segue naturalmente os direitos das partes, grande cuidado é tomado em declarar esses direitos. Ao avaliar tal decisão judicial, perguntamos, de forma típica, se está ou não certo. Para ter certeza, muitas complexidades estão ocultas nessa questão. Uma decisão pode estar certa porque está de acordo com a lei preexistente. Ou pode estar certa, porque se enquadra com propósitos incorporados em alguma doutrina jurídica subjacente. Uma decisão pode estar certa porque responde a algum imperativo ético ou às necessidades das partes ou porque se ajusta ao meio social no qual terá impacto. Ainda assim, a critério da avaliação é a retidão.<sup>117</sup>

Não é bem assim nos casos de mudança organizacional. Lá a decisão é complexa; muitas vezes não segue naturalmente o direito declarado, e talvez não deva. A questão principal é se o remédio está apto a trazer o resultado pretendido, se o tribunal pode ceder recursos suficientes para forçar ou catalisar a mudança desejada. Em suma, o foco não está apenas na retidão, mas também na eficácia.<sup>118</sup>

Portanto, verifica-se que o modelo jurisdicional proposto por Horowitz objetiva promover uma mudança organizacional através da supervisão judicial das instituições, afastando-se da concepção tradicional de jurisdição, e aproximando-se cada vez mais do conceito atual de litigância de direito público.

Resnik e Horowitz demonstram grande preocupação quanto à aplicação sem critérios de técnicas gerenciais ao processo judicial - principalmente no que tange à imparcialidade do decisor - em decorrência do incontrolável anseio de juízes e tribunais em dimensionar conflitos, deslindando uma grande quantidade de causas em curto prazo - o que, não necessariamente, é feito com a qualidade almejada pelos litigantes.

Mesmo sendo o decisor altamente experiente e preparado, a teorização de qualquer modelo jurisdicional pautado precipuamente na crença da imparcialidade do juiz é temerária, isso porque, “é evidenciado que mesmo sendo experiente e bem treinado, sua vulnerabilidade [leia-se, aqui, do decisor] a uma ilusão cognitiva no

---

<sup>117</sup> HOROWITZ, Donald L., op. cit., pág. 1303. No original: “In the so-called conventional case, in which the remedy is simple and follows naturally from the rights of the parties, great care is taken in declaring those rights. In evaluating such a judicial decision, we typically ask whether or not it is right. To be sure, many complexities are concealed in that question. A decision may be right because it is accordance with preexisting law. Or it may be right because it squares with purposes embodied in some underlying legal doctrine. A decision may be right because it responds to some ethical imperative or to the needs of the parties or because it fits the social milieu in which it will have an impact. Still, the touchstone of evaluation is rightness.”

<sup>118</sup> HOROWITZ, Donald L., op. cit., pág. 1303. No original: “Not quite so in organizational change cases. There the decree is complex; it often does not follow naturally from the declared right, and perhaps it should not. The main question is whether the remedy is apt to bring about the intended result, whether the court can husband sufficient resources to compel or catalyze the desired change. In short, the focus is not on the rightness alone but also on effectiveness.”

juízo solitário influencia sua atuação”<sup>119</sup> e o processo não deve “servir a legitimar as pré-compeensões privilegiadas do juiz (*cognitive biases*)”<sup>120</sup>, devendo ser, assim, “implementadas técnicas de redução da magnitude desses vieses”<sup>121</sup> (*debiasing*)<sup>122</sup>, sendo pertinente, portanto, a preocupação dos autores supracitados quanto à (im)parcialidade.

Evidentemente, não há que se falar em completa exclusão das técnicas de gerenciamento judicial do conflito, até porque, existem dispositivos legais de gestão que, se bem utilizados, podem auxiliar em demasia as causas que versem sobre litígio de direito público, a exemplo, já mencionados, o “*pretrial*” e o “*master*”, regulamentados pelas Regras Federais de Processo Civil – norteamericanas - nº 16 e 53, respectivamente.

Todavia, a postura dos “juízes-*managers* indeferindo tudo e julgando tudo improcedente para manter as estatísticas das varas em números ‘aceitáveis’”<sup>123</sup> não deve ser aceita, sendo imprescindível a limitação legal ao exercício do poder atribuído aos juízes e tribunais para que as ferramentas gerenciais aplicadas ao processo judicial sejam capazes de auxiliar na confecção de decisões com qualidade e, ainda, que produzam efetivas mudanças organizacionais nas instituições que partam das balizas de controle do devido processo constitucional.<sup>124</sup>

## 2.5. Litigância em Massa

Na virada do século, em 1999, Linda Mullenix publicou junto à “*Valparaiso University Law Review*” artigo intitulado “*Resolving Aggregate Mass Tort Litigation:*

---

<sup>119</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pag. 74.

<sup>120</sup> *Idem*.

<sup>121</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia, 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 89.

<sup>122</sup> Para estudo aprofundado acerca dos vieses cognitivos e *debiasing*, vide: NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. Desconfiando da (Im) parcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Juspodivm, 2018.

<sup>123</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *op. cit.*, p. 24.

<sup>124</sup> “Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm o poder de decidir. [...] Aplicar o direito, por seu turno, impõe não só a organização política democrática adequada da função jurisdicional, mas igualmente o processo jurisdicional (democrático) adequado, entendendo-se como tal todo aquele que satisfaz às exigências de um Estado de Direito Democrático” CALMON DE PASSOS, J.J. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro, Forense, 2000. P. 60-61.

*the new private law dispute resolution paradigm*<sup>125</sup> onde discutia o tipo de litigiosidade denominado “*mass tort*”.

O “*mass tort litigation*” ou “litigância em massa” consiste - assim como o próprio nome já introduz, - em uma litigância que busca o ressarcimento e/ou reparação dos danos causados em massa, ao reunir “vários demandantes que têm uma reivindicação semelhante contra um produto, empresa, desastre, política, medicamento e assim por diante”[tradução livre].<sup>126</sup>

O “*mass tort*” é o dano, é gênero, que pode ser compensado e/ou reparado através das duas espécies de procedimentos denominados “*class action*” e “*multidistrict litigation*”.<sup>127 128</sup>

A “*class action*” é regulamentada pela Regra Federal de Processo Civil nº 23<sup>129</sup> e Título 28, Parte V, Capítulo 114, e §1711 a 1715<sup>130</sup> do “*United States Code*”, e

---

<sup>125</sup> MULLENIX, Linda S., *Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm*, 33, *Valparaiso University Law Review*, 413, 1999.

<sup>126</sup> BRAXTON, Jeffrey. *Understanding the diferente types of mass torts*. Disponível em: <https://www.southfloridainjurylawfirm.com/understanding-different-types-mass-torts/>. No original: (...)multiple plaintiffs who have a similar claim against one product, company, disaster, policy, drug, and so on.”

<sup>127</sup> Os danos em massa, no que tange aos individuais homogêneos, podem ser ressarcidos e/ou reparados através de ações individuais propostas por cada um dos demandantes. A reunião de todos os processos perante um juiz federal se dá apenas na fase de “pretrial”, quando já houver prova produzida e documentada, sendo o processo remetido para o juízo competente para julgamento individual após a realização do “pretrial” em âmbito federal. Para mais, vide: <https://www.youtube.com/watch?v=XubmYzsLJEw>

<sup>128</sup> O Brasil adota um sistema misto e heterogêno de legitimidade brasileira para o uso das Ações Coletivas, atribuindo-a, majoritariamente, a órgãos e entidade públicas, mas, também, ao cidadão, por meio da Ação Popular. “Para o sistema integrado de tutela, os legitimados são habilitados à defesa de interesses metaindividuais de qualquer natureza, sendo assim discriminados pelo legislador: o Ministério Público; as pessoas jurídicas de direito público da administração direta (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios); as pessoas jurídicas de direito público ou privado da administração indireta (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista); associações civis constituídas há pelo menos um ano, com finalidades institucionais compatíveis com a defesa dos interesses postulados em juízo. Acrescente-se as entidades da Administração Pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinadas à defesa dos interesses supraindividuais, bem como os sindicatos e as comunidade indígenas. Some-se, finalmente, a Defensoria Pública.” e, ainda, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o próprio cidadão, pela Ação Popular. Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág.153. Verifica-se, assim, que os legitimados ativos consubstanciam apertado rol e, ainda, atuam sob uma ótica individualística, devendo ser promovida uma efetiva ampliação da participação dos interessados no procedimento judicial. “A legitimação para a demanda coletiva deve afastar-se dos resquícios da concepção tradicional, firmada em decorrência do liberalismo que se seguiu ao absolutismo, preconizando a impossibilidade da existência de corpos intermediários – aptos a compartilhar o poder com o Estado -, na ideia de que das ‘coisas’ coletivas somente este último é que deveria cuidar. A importância da ampliação da legitimação para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo reflete-se na própria concepção política do Estado, implicando a implementação da democracia participativa” Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. pp. cit. pág. 153. Acerca da denominada “representatividade adequada” vide tópico 4. da presente pesquisa.

<sup>129</sup> Para leitura completa do dispositivo da Regra Federal de Processo Civil nº23, vide: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_23](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23)

<sup>130</sup> Para leitura completa do dispositivo do Título 28, Parte V, Capítulo 114, e §1711 a 1715, vide:

consiste numa ação em que o autor intenta, na veste de membro de uma categoria (por exemplo, como acionista ou como consumidor), uma demanda, tendendo a obter uma sentença a favor de todos os membros pertencentes à mesma categoria, sem necessidade de qualquer autorização para exercer esse direito.”<sup>131</sup>

Já o “*multidistrict litigation*” tem previsão legal no Título 28, Parte IV, Capítulo 87, §1407<sup>132</sup> e Título 28, Parte, V, Capítulo 133, §2112, A-3<sup>133</sup>, ambos do “*United States Code*” e,

Trata-se de um procedimento pelo qual as demandas envolvendo questões fáticas semelhantes podem ser remetidas a um mesmo juízo para que coordene as ações pertinentes à fase de pré-julgamento. No caso, identifica-se mais como um procedimento para a reunião de ações no mesmo órgão competente, do que com a formação de um incidente, além dos que se diferencia das *class actions* por ser mais flexível, ou seja, por prever requisitos menos rígidos para a sua instauração. Nesse sentido, cumpre observar que apenas e tão somente serve à fixação de premissas iniciais e necessárias à resolução de conflitos ou semelhantes, cabendo aos juízes de origem o posterior julgamento de cada demanda individual.<sup>134 135</sup>

E, ainda, acerca da diferenciação das “*mass tort*”, através da “*multidistrict litigation*” para com as “*class actions*”, verifica-se que,

---

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-V/chapter-114>

<sup>131</sup> LIMA, Maria Cristina de Brito. Ações coletivas. Revista da EMERJ, v.5, n.19, 2002, pág. 169.

<sup>132</sup> Para leitura completa do dispositivo do Título 28, Parte IV, Capítulo 87, §1407 do “*United States Code*” vide: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1407>

<sup>133</sup> Para leitura completa do dispositivo do Título 28, Parte, V, Capítulo 133, §2112, A-3 do “*United States Code*” vide: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2112>

<sup>134</sup> BORGES, Sabrina Nunes. Incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do Processo Coletivo e Código de Processo Civil de 2015. Iduatuba/SP. : Editora Foco, 2018. Pág. 67.

<sup>135</sup> Nesse sentido, vale trazer à tona a decisão proferida na Comarca de Araxá, em Minas Gerais, que solucionou 517 casos idênticos. As ações foram interpostas em desfavor das empresas Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração (CBMM) e Bunge Fertilizantes S.A. - algumas ações citavam ainda a empresa Vale Fertilizantes S.A. ou Vale Fosfatados S.A., sucessora da empresa Bunge na exploração do minério na área - por pessoas moradoras de região denominada “Barreiro” que alegavam haver sérios problemas de saúde em razão da contaminação da água por eles consumida, com metais pesados, incluindo bário. O juiz da 3ª Vara Cível de Araxá, em conjunto com os demais juízes das duas outras varas cíveis da comarca, reputaram os 517 processos conexos, vários deles com, inclusive, a petição inicial idêntica, e escolheram, aleatoriamente, o processo de nº 0843570-31.2009.8.13.0040 para julgamento, enquanto todos os outros permaneceram suspensos. Os 517 foram relacionados em uma planilha e, após concordância das partes envolvidas e seus advogados, esta foi homologada. O juízo julgou a ação-piloto improcedente. Para mais, vide: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/decisao-tomada-em-araxa-sera-replicada-em-517-processos.htm#!> e a ementa, sentença e planilha acostadas ao andamento do processo 0843570-31.2009.8.13.0040 junto ao Portal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais . Talvez valha aqui um comentário, mesmo em nota, disso [http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/decisao-tomada-em-araxa-sera-replicada-em-517-processos.htm#.W9r\\_DGhKhPY](http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/decisao-tomada-em-araxa-sera-replicada-em-517-processos.htm#.W9r_DGhKhPY)

Os litígios em massa geralmente envolvem lesões em um grupo distinto de indivíduos que talvez residam na mesma área geográfica. O número de pessoas feridas em casos de litígios em massa é, às vezes, menor do que as pessoas lesadas em ações de classe maiores. Com o litígio de massa, cada um dos demandantes, embora façam parte de um grupo grande, é tratado como um indivíduo. Isso significa, por exemplo, que para cada autor, certos fatos precisam ser estabelecidos, incluindo qualquer coisa individual para aquele autor em particular, e como essa pessoa foi prejudicada pelas ações do réu. Por outro lado, em uma ação coletiva, o grande grupo de demandantes, conhecidos coletivamente como a classe, é representado por um representante de classe, que representa o restante da classe. Isso significa que todos os membros da classe são tratados como um só autor, não separadamente. [tradução livre]<sup>136</sup>

Portanto, o estudo de Mullenix abrangeu a análise dos litígios em massa, denominados “*mass tort litigation*”, sejam eles discutidos judicialmente através da “*class action*” ou do “*multidistrict litigation*”.

Mullenix é seguidora e admiradora do trabalho de Chayes, entretanto, não é cética ao ponto de crer que o trabalho do autor é isento de falhas ou omissões. Isso porque, segundo a autora, “(...) o modelo do Professor Chayes capturou um breve momento histórico; ele não antecipou o moderno litígio em massa nem previu os tipos de litígios complexos envolvendo o judiciário federal no final do século.” [tradução livre].<sup>137</sup>

Assim, Mullenix afirma que o modelo de “*public law litigation*” proposto por Chayes descreve apenas superficialmente o que seriam os “*mass tort cases*” sem, entretanto, demonstrar como a proposição do litígio de direito público se aplicaria à “*mass tort litigation*”.<sup>138</sup>

A litigância em massa é dissimilar ao litígio de direito público em diversos aspectos. Isso porque, (1) “os casos de litígio em massa tipicamente envolvem

---

<sup>136</sup> What is the difference between a Class Action and a Mass Tort (Mass Action)? Disponível em: <https://www.starrausten.com/resources/what-is-the-difference-between-a-class-action-and-a-mass-tort-mass-action/> No original: “Mass torts often involve injuries to a distinct group of individuals who may reside in the same geographic area. The number of people injured in mass tort cases are sometimes smaller than those injured in larger class actions. With mass torts each plaintiff, even though they are part of a large group, is treated as an individual. That means, for instance, that for each plaintiff certain facts need to be established, including anything individual to that particular plaintiff, and how that person has been damaged by the actions of defendant. On the other hand, in a class action the large group of plaintiffs, known collectively as the class, are represented by a class representative, who stands in for the rest of the class. This means all members of the class are treated as one plaintiff, not separately”.

<sup>137</sup> MULLENIX, Linda S., *Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm*, 33, Valparaiso University Law Review, 1999. pág. 412. No original: “(...) Professor Chayes’s model captured a brief historical moment; he did not anticipate the modern dispersed mass tort litigation or foresee the types of complex litigation that would vex the federal judiciary at the end of the century.”

<sup>138</sup> MULLENIX, Linda S., op. cit., pág. 424.

particulares que alegam danos privados. (...) começam como um simples ato ilícito trazido por um indivíduo contra uma parte privada ou, mais comumente, contra uma empresa.” [tradução livre]<sup>139</sup> e, ainda, (2) porque

O litígio em massa também não é tipicamente trazido buscando a reforma de instituições públicas ou quase públicas, tais como sistemas escolares, instalações de saúde mental, sistemas prisionais ou distração legislativa. Com a recente exceção do litígio do tabaco, o litígio em massa raramente é patrocinado por procuradores gerais do estado ou outros funcionários públicos que atuam como Estado-Pai em nome dos cidadãos, como essas autoridades o fariam em litígios antitrustes, por exemplo. Assim, muito pouco litígio em massa é diretamente investido com um propósito público. [tradução livre]<sup>140</sup>

Ademais, (3) o litígio em massa, baseia-se em normatização extraída da “*common law*” ou talvez em esquemas estatutários aplicáveis, não envolvendo reivindicações constitucionais ou reivindicações fundamentadas em planos estatutários federais, (4) o “*mass tort litigation*” envolve uma série heterogênea de demandantes, enquanto o “*public law litigation*” trabalha com classes mais homogêneas de litigantes; (5) o litígio em massa dispõe de mais técnicas e procedimentos para seu procedimento do que o litígio de direito público<sup>141</sup>; (6) o litígio em massa, majoritariamente, busca a condenação em danos compensatórios e punitivos, e, ainda, (7) verifica-se que a supervisão judicial no “*public law litigation*” é presente e necessária para a efetividade dos pronunciamentos ali exarados, diferentemente do que ocorre no “*mass tort litigation*”, onde “uma vez que o caso foi resolvido o juiz presidente está fora do circuito.” [tradução livre]<sup>142</sup>,

---

<sup>139</sup> MULLENIX, Linda S., op. cit., pág. 426. No original: “(...) mass tort cases typically involve private parties alleging private harms. (...) begin as a simple tort brought by and individual against a private party, more usually, against a corporate entity.”

<sup>140</sup> MULLENIX, Linda S., op. cit., pág. 426. No original: “(...) mass tort litigation also is not typically brought seeking the reform of public or quasi-public institutions, such as school systems, mental health facilities, prison systems, or legislative districting. With the recent exception of the tobacco litigation, mass tort litigation rarely is pursued by state attorney generals or other public officials acting *in parens patriae* on behalf of citizens, as these officials would in antitrust litigation, for example. Thus, very little mass tort litigation is directly invested with a public purpose.”

<sup>141</sup> Linda Mullenix cita alguns exemplos como: em casos de litígio de direito público, a utilização das “injunctions” ou através de negociação entre as partes; em casos de litígio de massa, a autora afirma que a quantidade de técnicas procedimentais é bem maior e traz à tona as consolidações, “*multidistrict litigation*”, “*class actions*”, técnicas alternativas de resolução de disputas – atualmente denominados “métodos adequados de resolução de conflitos”, utilização de mestres especiais e entre outros exemplos citados pela autora. MULLENIX, Linda S., *Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm*, 33, *Valparaiso University Law Review*, 1999. pág. 427-428.

<sup>142</sup> MULLENIX, Linda S., op. cit., pág. 429. No original: “(...) “once the case has been resolved. the presiding judge is out of the loop.”

Em que pese Mullenix afirmar que ao final do século vinte, o litígio de massa gerou uma mudança na litigância como concebida na década de sessenta, porquanto a “*mass tort litigation*” representa, uma verdadeira privatização do que foi inicialmente da proposição de Chayes, é inegável a influência da obra chayesiana nos “*mass tort cases*”, que possuem características importadas do “*public law litigation*”, tais como, a sujeição à negociação e mediação, possibilidade de mudança do objeto litigioso no curso do processo, figura ativa do juiz, litigância amorfa e em exponencial crescimento.<sup>143</sup>

## 2.6. Modelo Transacional

Em 2001, William Rubenstein publicou artigo intitulado “*A Transactional Model of Adjudication*”<sup>144</sup> junto ao “*Georgetown Law Journal*”, propondo, por sua vez, uma modelo transacional de jurisdição.

Para Rubenstein, nem o modelo adversarial de jurisdição proposto por Fuller, nem o desenvolvimento do modelo jurisdicional de litígio público de Chayes, tampouco a utilização de técnicas gerenciais, conforme criticamente descrita por Resnik, conseguem explicar o que, de fato, acontece em casos complexos de litigância privada, principalmente no que tange o “*mas tort*” – litigância em massa.<sup>145</sup>

Desse modo, verificando que à época os processos jurisdicionais continham mais técnicas negociais do que, efetivamente, procedimentos inerentes à tradicional litigância adversarial, atividade legislativa ou gerenciamento executivo, Rubenstein identificou um novo modelo de litigância civil ao qual denominou “*transactional model*” – modelo transacional de jurisdição.

Assim, sob a ótica do modelo transacional proposto, Rubenstein descreve cinco características às quais a jurisdição submete-se– mais especificamente, o autor exemplifica com o procedimento das “*class action*”, abaixo:

- (1) O tribunal tornou-se o local para grandes transações financeiras. Em ações coletivas complexas, os réus compram uma “mercadoria” - finalidade. Eles compram do representante dos demandantes os

---

<sup>143</sup> MULLENIX, Linda S., Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm, 33, Valparaiso University Law Review, 1999. pág. 424.

<sup>144</sup> RUBENSTEIN, William B., A Transactional Model of Adjudication. Georgetown Law Journal, Vol. 89, No. 2, January, 2001.

<sup>145</sup> RUBENSTEIN, William B., op. cit., pág. 371-372.

direitos de demandar. A transação financeira é uma transação sobre os direitos legais, com certeza; mas a compra e venda desses direitos é o objetivo principal por se unirem em uma estrutura contenciosa, e não numa possível decisão. [tradução livre]<sup>146</sup>

(2) As atividades dos advogados são principalmente negociais, não jurídicas, em sua essência. Eles negociam e estruturam grandes acordos financeiros. O trabalho em um litígio tradicional - reuniões com clientes, pesquisa jurídica, “*discovery*”, “*motion practice*”, confecção de “*brief drafting*”, argumentação oral, julgamento - é de importância secundária. O aspecto mais convencional do trabalho dos advogados transacionais surge quando ele precisa garantir a homologação judicial do negócio já finalizado. [tradução livre]<sup>147</sup>

(3) Os sinais comuns da jurisdição - alegação, defesa e julgamento - são menos importantes. O litigante frequentemente não inicia uma atividade contenciosa, mas tem sucesso com a finalização da transação. (...) O julgamento raramente é contemplado. Se ocorrer a familiar atividade contenciosa, ela tende a aparecer quando os opositores contestam o negócio em si (em uma audiência), e mesmo assim, os opositores, advogados ou negociadores excluídos são tão propensos a ficarem descontentes quanto podem vir a ser as verdadeiras partes em litígio, que levantam questões legais independentes. [tradução livre]<sup>148</sup>

(4) Na melhor das hipóteses, a função judicial nessas transações é presidir a uma audiência para homologar a transação. Muitas vezes, no entanto, o judiciário é uma força dirigindo por detrás, e uma parte muito interessada na transação, mesmo bem antes de ser uma disputa legal formalmente ajuizada. O judiciário tem interesse nas transações porque assim eles estão, portanto, isentos do trabalho judicial. Os juízes podem agir como “corretores de negócio” com interesse próprio, do que como solucionadores imparciais de conflitos.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> RUBENSTEIN, William B. A Transactional Model of Adjudication. *Georgetown Law Journal*. v.89, p.372, 2001. No original: “The courthouse has become the site for large financial transactions. In complex class actions, defendants purchase a commodity - finality. They buy from the plaintiffs' representative the plaintiffs' rights to sue. The financial transactions is a transaction about legal rights, to be sure, but the buying and selling of these legal rights, not their possible adjudication, is the core purpose for coming together in an adjudicatory framework.”

<sup>147</sup> RUBENSTEIN, William B., op. cit., pág. 372. No original: “The attorneys' activities are primarily business-oriented, not legal, in nature. They negotiate and structure large financial arrangements. Traditional litigation work - client meetings, oral argument, trial - is of secondary importance. The most conventional aspect of transactional lawyers' efforts comes when they must secure judicial approval of the already finalized business deal.”

<sup>148</sup> RUBENSTEIN, William B., op. cit., pág. 372-373. No original: “The familiar signposts of adjudication - pleading and trial - are of minor importance. Pleadings often do not initiate adjudicatory activity, but rather succeed the finalization of the transaction. Huge transactions take place based on discovery from other cases. Trial is rarely contemplated. If familiar adjudicatory activity occurs, it tends to arise when objectors make an appearance to challenge the deal itself (at a fairness hearing), and even then, the objectors are as likely to be either disgruntled trial attorneys or excluded dealmakers as they are to be real parties raising independent legal concerns.”

<sup>149</sup> RUBENSTEIN, William B. A Transactional Model of Adjudication. *Georgetown Law Journal*. v.89, p.373, 2001. No original: “At best, the judicial function in these transactions is one of presiding at a fairness hearing to bless the transaction. Quite often, however, the judiciary is a driving force behind and a very interested party in the transaction even long before it is a formally filed legal dispute. The judicial branch has a vested interest in transactions because they are thereby absolved of adjudicatory work.”

(5) O desejo de tratos de âmbito nacional e da paz mundial deslocou conhecidas fronteiras de soberania sobre a capacidade e função judiciária. Demandantes ausentes podem ser afetados pelas decisões judiciais em jurisdições com as quais eles não têm contato físico. Irresistíveis acordos financeiros evitam a necessidade de solucionar problemas de complicada escolha da lei. A Suprema Corte ordenou tribunais a reforçar julgamentos transacionados em face de outras jurisdições, mesmo que o sistema judicial de negociação não tem competência para litigar no caso transacionado. [tradução livre]<sup>150</sup>

Portanto, para Rubenstein, os juízes/cortes estão, em verdade, agindo como corretores negociando acordos - dentro da ótica do “*transactional model*”- e, em que pese o autor ter exposto apenas um protótipo morfológico de sua concepção negocial, o próprio Rubenstein admite que posterior detalhamento e normatização de tal modelo jurisdicional é temática para futuras pesquisas.<sup>151</sup>

Questão interessante quanto à negociação pode ser verificada no caso do desastre do Rio Doce<sup>152</sup>, ocasionado pelo rompimento da Barragem do Fundão em 05

---

Judges may act more as self-interested deal-brokers than as impartial dispute resolvers.”

<sup>150</sup> RUBENSTEIN, William B. A Transactional Model of Adjudication. Georgetown Law Journal. v.89, p.373, 2001. No original: “The desire for nationwide deals and global peace has displaced familiar sovereign boundaries of the judicial capacity and function. Absent plaintiffs can be bound to legal decisions in jurisdictions with which they have no physical contacts. Irresistible financial settlements evade the need to resolve tricky choice of law problem. The Supreme Court has ordered courts to enforce transacted judgments from other jurisdictions, even if the dealmaking judicial system would had no jurisdiction to litigate the transacted cause.”

<sup>151</sup> RUBENSTEIN, William B., op. cit., pág. 438.

<sup>152</sup> “No dia 5 de novembro de 2015, aproximadamente às 15h30, aconteceu o rompimento da barragem de Fundão, situada no Complexo Industrial de Germano, no Município de Mariana/MG. Além do desastre ambiental, a tragédia ceifou a vida de 19 pessoas. O empreendimento, sob a gestão da Samarco Mineração S/A, empresa controlada pela Vale S/A e BHP Billinton, estava localizado na Bacia do rio Gualaxo do Norte, afluente do rio do Carmo, que é afluente do rio Doce. O colapso da estrutura da barragem do Fundão ocasionou o extravasamento imediato de aproximadamente 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, entre outros particulados, outros 16 milhões de metros cúbicos continuaram escoando lentamente. O material liberado logo após o rompimento formou uma grande onda de rejeitos, atingindo a barragem de Santarém, localizada a jusante, erodindo parcialmente a região superior do maciço da estrutura e galgando o seu dique, após incorporar volumes de água e rejeitos não estimados que ali se encontravam acumulados. Em sua rota de destruição, à semelhança de uma avalanche de grandes proporções, com alta velocidade e energia, a onda de rejeitos atingiu o Córrego de Fundão e o Córrego Santarém, destruindo suas calhas e seus cursos naturais. Em seguida, soterrou grande parte do Subdistrito de Bento Rodrigues, localizado a 6 km da barragem de Santarém, dizimando 19 vidas e desalojando várias famílias. Já na calha do rio Gualaxo do Norte, a avalanche de rejeitos percorreu 55 km até desaguar no rio do Carmo, atingindo diretamente várias localidades rurais, como as comunidades de Paracatu de Baixo, Camargos, Águas Claras, Pedras, Ponte do Gama, Gesteira, além dos municípios mineiros de Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado. No trecho entre a barragem de Fundão e a Usina Hidrelétrica Risoleta Neves (também conhecida como UHE Candonga), a passagem da onda de rejeitos ocorreu de forma mais violenta, acarretando o transbordamento de um grande volume de rejeitos para as faixas marginais do rio Gualaxo do Norte e rio do Carmo, em enorme desproporção à capacidade normal de drenagem da calha desses corpos hídricos, ocasionando a destruição da cobertura vegetal de vastas áreas ribeirinhas, por meio do arrancamento da vegetação por arraste, inclusive com a remoção da camada superficial do solo. Observou-se, também, nessa área a deposição de rejeitos sobre o leito dos rios

de novembro de 2015, através dos Termos de Ajustamento de Conduta propostos, sobre os quais Zanetti *et al.* bem explicam:

os seguintes compromissos firmados pelas empresas<sup>153</sup>, que preveem os contornos do auxílio emergencial aos atingidos edemais medidas de cunho social: o Primeiro Aditivo ao Termo de Compromisso Socioambiental Preliminar, assinado em dezembro de 2015 entre MPF e empresas (PATCSP),o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), assinado em março de 2016<sup>154</sup> entre os poderes públicos e as empresas e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC da Governança), assinado em junho de 2018 por MPF, MPES, MPMG, DPES, DPMG, DPU, União, Estados, órgãos ambientais e empresas responsáveis. Este último acordo visa o estabelecimento de canais efetivos de participação social na elaboração, execução e fiscalização das medidas socioambientais e socioeconômicas necessárias para a recuperação integral da Bacia do Rio Doce e seu litoral; a repactuação de todos os programas em curso e o estabelecimento de assessorias técnicas nos territórios atingidos.<sup>155</sup>

A pactuação de Termos de Ajustamento de Conduta ajusta-se à concepção do modelo jurisdicional transacional unicamente por sua natureza eminentemente negocial, entretanto, sem a efetiva participação dos interessados, sejam elas as Defensorias Públicas, a Fazenda Pública e/ou as próprias vítimas, é inócua, porquanto os próprios interessados “tem pouca ou nenhuma influência no formato ou *design* definido para sua

---

e vastas áreas marginais, soterrando a vegetação aquática e terrestre, destruindo habitats e matando animais. Após percorrer 22 km no rio do Carmo, a onda de rejeitos alcançou o rio Doce, deslocando-se pelo seu leito até desaguar no Oceano Atlântico, no dia 21 de novembro de 2015, no distrito de Regência, no município de Linhares (ES). No trecho entre a UHE Risoleta Neves, no município de Rio Doce (MG), e a foz do rio Doce, em Linhares (incluindo o ambiente estuarino, costeiro e marinho), o material seguiu preferencialmente pela calha do rio Doce, provocando uma onda de cheia especialmente em seu trecho médio (desde a confluência do rio Matipó até a divisa MG/ES), decorrente do aumento do fluxo hídrico gerado pelo rompimento da barragem de Fundão. Esse fenômeno alagou, temporariamente, áreas mais planas das margens, deixando nelas, após a normalização do fluxo, os sedimentos contendo rejeitos de minério. À medida que a onda de rejeitos avançava pela calha do rio Doce, sua força inicial foi dissipando, gerando, nesse trajeto, danos associados à poluição hídrica, mortandade de animais e à interrupção do abastecimento e distribuição de água em vários municípios, como Governador Valadares (MG), Baixo Guandu (ES) e Colatina (ES).” Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. O Desastre. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/o-desastre> Acesso em 06 de nov de 2018.

<sup>153</sup> Vale, Samarco e BHP Billiton.

<sup>154</sup> O T-TAC não foi homologado.

<sup>155</sup> SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo; ZANETTI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermurdes. Ações Individuais no Caso Rio Doce: Interrupção da Prescrição, Suspensão da Prescrição e Comportamento Contraditório dos Litigantes no Processo de Autocomposição. Disponível em: [https://www.academia.edu/37558817/A%C3%A7%C3%B5es\\_Individuais\\_no\\_Caso\\_Rio\\_Doce\\_Interrup%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Prescri%C3%A7%C3%A3o\\_Suspens%C3%A3o\\_da\\_Prescri%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_Comportamento\\_Contradit%C3%B3rio\\_dos\\_Litigantes\\_no\\_Processo\\_de\\_Autocomposi%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/37558817/A%C3%A7%C3%B5es_Individuais_no_Caso_Rio_Doce_Interrup%C3%A7%C3%A3o_da_Prescri%C3%A7%C3%A3o_Suspens%C3%A3o_da_Prescri%C3%A7%C3%A3o_e_Comportamento_Contradit%C3%B3rio_dos_Litigantes_no_Processo_de_Autocomposi%C3%A7%C3%A3o). Acesso em 04 nov de 2018.

estrutura e procedimento, mesmo nas hipóteses de definição por meio de convenção processual.”<sup>156</sup>

Assim, Cabral e Zaneti Jr. pontuam bem ao advogarem por uma ampliação da participação nas transações, nos seguintes dizeres:

No Brasil, a experiência com o caso Rio Doce mostrou a necessidade de ampliar essa participação. Na decisão – em sede de ação de reclamação – que suspendeu os efeitos da homologação do termo de ajustamento de conduta (TTAC) que constituiu a Fundação Renova, ficou consignado que: “não está demonstrada a inclusão de membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na formatação do ajuste em comento, o que indica a ausência de adequado debate para o desenlace convencionado do litígio, justamente entre aqueles atores locais mais próximos e, portanto, mais sensíveis aos efeitos da referida tragédia. Ademais, diante da extensão dos danos decorrentes do desastre ocorrido em Mariana/MG, seria rigorosamente recomendável o mais amplo debate para a solução negociada da controvérsia, por meio da realização de audiências públicas, com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e dos representantes dos interesses locais envolvidos, a exemplo das autoridades municipais.” Posteriormente, a homologação foi cassada pelo TRF da 1ª Região.<sup>157</sup>

Nesse sentido, bem conclui Rubenstein ao dizer que “o que parece imediatamente claro é que os métodos herdados e as concepções adotadas em relação ao litígio das ‘*class actions*’ precisam ser reimaginadas” [tradução livre]<sup>158</sup> e, ainda, que apesar das emendas de 1966 às Regras Federais de Processo Civil dos Estados Unidos da América terem representado um grande avanço à função jurisdicional, é necessário um processo de renovação sob a ótica da jurisdição negociada mais participativa.<sup>159</sup>

## 2.7. Modelo Dialógico

---

<sup>156</sup> CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. Disponível em:

[https://www.academia.edu/37368086/Entidades\\_de\\_infraestrutura\\_espec%C3%ADfica\\_para\\_a\\_resolu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_conflitos\\_coletivos\\_as\\_claims\\_resolution\\_facilities\\_e\\_sua\\_aplicabilidade\\_no\\_Brasil\\_Claims\\_resolution\\_facilities\\_and\\_their\\_applicability\\_in\\_Brazilian\\_Law](https://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law) Acesso em 04 nov de 2018.

<sup>157</sup> CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. Disponível em:

[https://www.academia.edu/37368086/Entidades\\_de\\_infraestrutura\\_espec%C3%ADfica\\_para\\_a\\_resolu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_conflitos\\_coletivos\\_as\\_claims\\_resolution\\_facilities\\_e\\_sua\\_aplicabilidade\\_no\\_Brasil\\_Claims\\_resolution\\_facilities\\_and\\_their\\_applicability\\_in\\_Brazilian\\_Law](https://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law) Acesso em 04 nov de 2018.

<sup>158</sup> RUBENSTEIN, William B., op. cit., pág. 438. No original: “What seems immediately clear is that inherited methods and adopted conceptions concerning class action litigation need to be re-imagined.”

<sup>159</sup> Judges may act more as self-interested deal-brokers than as impartial dispute resolvers.”

<sup>159</sup> RUBENSTEIN, William B., op. cit., pág. 438.

Em 2007, Rosalind Dixon, a partir de uma análise do precedente sul-africano “*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*”,<sup>160</sup> veio à tona com um modelo de jurisdição repaginado ao qual adjetivou como dialógico, a partir da publicação de artigo denominado “*Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*”<sup>161</sup>.

Com o modelo que propõe, Dixon busca promover um diálogo interinstitucional e fixar limites à competência judiciária. Segundo a autora, durante meados da década de noventa e anos dois mil, os Estados Unidos e Canadá já tinham o “*insight*” do dever de diálogo entre as funções jurisdicional e legislativa, entretanto, tal

---

<sup>160</sup> O precedente “*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*”, julgado em dezembro de 1999, se deu nos seguintes termos: “Uma comunidade de invasores, despejada de um assentamento informal em Wallacedene, instalou abrigos mínimos de plástico e outros materiais em um centro esportivo adjacente ao centro comunitário de Wallacedene. Eles não tinham saneamento básico nem eletricidade. O grupo interpôs uma ação sob as seções 26 (o direito de acesso à moradia adequada) e 28 (direito das crianças ao abrigo básico) da Constituição Sul-africana de ação por vários níveis de governo. O Supremo Tribunal, baseando-se nos princípios de deferência judicial delineados pelo Tribunal Constitucional no caso Soobramoney, constatou que os inquiridos tinham tomado ‘medidas razoáveis dentro dos recursos disponíveis para alcançar a realização progressiva do direito de ter acesso a habitação adequada’ - como requerido por s. 26 (2) da Constituição. No entanto, como o direito das crianças ao abrigo do artigo 28 não estava sujeito aos recursos disponíveis, o Supremo Tribunal considerou que os requerentes tinham direito a receber um abrigo básico. Em recurso ao Tribunal Constitucional, o Tribunal não encontrou violação de s. 28 mas encontrou, em vez disso, uma violação do direito à moradia adequada no s.26. O Tribunal considerou que o artigo 26 obriga o Estado a conceber e implementar um programa de habitação coerente e coordenado e que, ao não fornecer àqueles que mais precisam desesperadamente, o governo não tomou medidas razoáveis para realizar progressivamente o direito à habitação. O Tribunal ordenou que os vários governos ‘concebessem, financiassem, implementassem e supervisionassem medidas para proporcionar alívio àqueles que necessitam desesperadamente’. A Comissão de Direitos Humanos da África do Sul concordou em monitorar e, se necessário, informar sobre a implementação dessa ordem pelos governos.” [Tradução Livre] No original: “A community of squatters, evicted from an informal settlement in Wallacedene had set up minimal shelters of plastic and other materials at a sports centre adjacent to Wallacedene community centre. They lacked basic sanitation or electricity. The group brought an action under sections 26(the right of access to adequate housing) and 28 (children’s right to basic shelter) of the South African Constitution for action by various levels of government. The High Court, relying on the principles of judicial deference outlined by the Constitutional Court in the Soobramoney case, found that the respondents had taken ‘reasonable measures within available resources to achieve the progressive realisation of the right to have access to adequate housing’ – as required by s. 26(2) of the Constitution. However, because the right of children to shelter in article 28 was not subject to available resources, the High Court held that the applicants were entitled to be provided with basic shelter. On appeal to the Constitutional Court the Court found no violation of s. 28 but found instead a violation of the right to adequate housing in s.26. The Court held that article 26 obliges the state to devise and implement a coherent, co-ordinated housing programme and that in failing to provide for those in most desperate need the government had failed to take reasonable measures to progressively realize the right to housing. The Court ordered that the various governments ‘devise, fund, implement and supervise measures to provide relief to those in desperate need.’ The South African Human Rights Commission agreed to monitor and if necessary report on the governments’ implementation of this order.” Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc>

<sup>161</sup> DIXON, Rosalind; *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Pages 391–418, Issue 3, 2007.

conversação não era aplicada diretamente aos direitos socioeconômicos, que é, em suma, a proposição de Dixon: o emprego do modelo dialógico na efetivação de direitos constitucionais.<sup>162</sup>

Segundo Dixon, o processo legislativo pode estar eivado com os seguintes entraves, ocasionados pelos “*blind spots*”/pontos cegos: (1) “*blind spots of application*”, que podem surgir no processo legislativo por consequência de uma abstenção de previsão legal em matéria de violação de direitos, devido à pressão no processo político majoritário; (2) “*blind spots of perspective*”, ocasionados pela não apreciação do impacto da resultado do processo legislativo junto à cada destinatário da legislação ora formulada; e, ainda, quanto aos pontos cegos, os (3) “*blind spots of accommodation*”, causados pelos interesses privados dos próprios legisladores.<sup>163</sup>

O processo legislativo pode, ainda, estar sujeito aos “*burdens of inertia*” / encargos de inércia, quais sejam (1) “*priority driven burdens of inertia*”, em que a inércia é justificada pela não apreciação de determinadas temáticas propositalmente por interesse do legislador; (2) “*coalition driven burdens of inertia*”, em que o enfretamento de determinada matéria no processo legislativo possa gerar conflito entre os próprios integrantes do partido, motivo pelo qual não é abordado; e, ainda, (3) “*bureaucratic burdens of inertia*”, fruto da fiscalidade baixa, senão inexistente e atrasos administrativos, o que desagua em uma burocracia estatal que dificultam a concretização dos direitos constitucionais.<sup>164</sup>

Assim, para correção dos problemas advindos do processo legislativo, há a revisão judicial, que deve ser responsiva e abrangente, para que possa concretizar os ideais constitucionais. Verifica-se que o modelo dialógico

(...) defende que os tribunais têm o direito de intervir, coercitivamente ou comunicativamente, através do diálogo, ou das duas formas, em circunstâncias em que ocorram falhas na previsão, na análise das perspectivas, na acomodação de interesses, ou de sua resposta. E não somente nos casos de erro evidente ou de patente irracionalidade do legislador ou do executivo numa perspectiva de entendimentos comuns quanto à abrangência e à prioridade de direitos.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> DIXON, Rosalind; op.cit, pág. 393-394.

<sup>163</sup> Idem.

<sup>164</sup> DIXON, Rosalind; op. cit., pág. 402-403.

<sup>165</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; ASSIS, Rafaela Lacerda; NASCIMENTO, Renata Gomes. Litigância de interesse público - O papel do Processo Civil na efetivação de direitos e garantias fundamentais, 2015, página 56. No prelo.

E, ainda, que

(...) a visibilidade atribuída aos processos e decisões judiciais significará que os tribunais também podem desempenhar um papel importante na ajuda aos direitos que os reivindicantes não representados no legislativo fazem ouvir suas vozes, individual e coletivamente, ajudando assim a combater pontos cegos de perspectiva. Da mesma forma, sugere que a combinação de vários poderes de reparação coercitivos (tais como poderes de invalidação, “*reading down*”, “*reading in*” ou medida cautelar) e a publicidade e autoridade que estão associadas às decisões judiciais, dará aos tribunais a capacidade para contrariar a inércia legislativa, tanto direta quanto indiretamente, desde que estejam dispostos a se envolver em formas de raciocínio suficientemente profundos e normativamente atraentes sobre os direitos individuais e o constitucionalismo.<sup>166</sup>

No mesmo sentido, explica Tushnet que “a ideia básica da revisão judicial dialógica é encorajar interações - diálogos - entre os ramos sobre quais as interpretações razoáveis competitivas sobre os pronunciamentos constitucionais estão corretas”[tradução livre].<sup>167</sup>

Para Robert Alexy, a função legislativa representa a sociedade politicamente, enquanto a função jurisdicional representa o cidadão argumentativamente, ao fundamentarem adequadamente suas decisões, nos seguintes termos:

‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções

---

<sup>166</sup> DIXON, Rosalind; Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Pages 391–418, Issue 3, 2007, pág. 405. No original: “A dialogic understanding suggests, for example, that the concrete, ex post nature of constitutional courts’ jurisdiction in South Africa, together with the coercive nature of courts’ remedial powers, will mean that courts there are extremely well-placed to counter blind spots of application. Meanwhile, the visibility that attaches to court proceedings and decisions will mean that courts can also play an important role in helping rights claimants not otherwise represented in the legislature make their voices heard, individually and collectively, thus helping to counter blind spots of perspective. Similarly, it suggests that the combination of various coercive remedial powers (such as powers of invalidation, reading down, “reading-in,” or injunctive relief) 75 and the publicity and authority that attach to court decisions, will give courts the capacity to counter legislative inertia, both directly and indirectly, 76 so long as they are willing to engage in sufficiently “deep” or normatively appealing forms of reasoning about individual rights and constitutionalism.”

<sup>167</sup> TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press, 2009, pág. 209. No original: “The basic idea of dialogic judicial review is to encourage interactions—dialogues—among the branches about which of the competing reasonable interpretations of constitutional provisions is correct”.

determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. [...] A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados.<sup>168</sup>

Entretanto, o modelo jurisdicional de Dixon, ao propor a revisão judicial do processo legislativo, deixa passar em branco o seguinte questionamento: como podem os juízes e tribunais serem considerados representantes argumentativos do povo sendo que os ocupantes da função jurisdicional não foram submetidos ao sufrágio universal?

É neste sentido que se faz pertinente a indagação de Dettman e Matos:

Os tribunais constitucionais, na perspectiva de Alexy, representam o povo por meio da argumentação. Todas as vezes que uma corte justifica adequadamente uma decisão, atua com mais seriedade e vigor que o Poder Legislativo (numa perspectiva rawlsiana de que a Suprema Corte é um local de razão pública por excelência), buscando argumentos que possam ser compartilhados por pessoas racionais.<sup>169</sup> Além disso, especialmente no caso brasileiro, há quem credite o *amicus curie* e a realização de audiências públicas como espaços democráticos, que auxiliam o Supremo Tribunal Federal a ter acesso a novos argumentos para o enfrentamento das causas constitucionais. Não obstante, ainda que fosse possível concluir que os tribunais constitucionais decidem racionalmente (diferente do legislador), isso os tornaria representantes do povo?<sup>170</sup>

Na concepção de Dettman e Matos, não é possível falar em representação a partir da racionalidade argumentativa porquanto só se pode considerar alguém como representante se houver efetiva participação dos representados, em que estes possam exprimir seus desejos e interesses.

Na função legislativa e executiva, o interesse dos representados é manifestado através do sufrágio universal. Entretanto, na função jurisdicional, não há eleições. Assim, não há explicitação pelos representados sobre seus interesses. Tal encargo é

---

<sup>168</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999, p. 55-56.

<sup>169</sup> Fazendo um esforço de simplificação, este é o conceito de racionalidade argumentativa para Alexy.

<sup>170</sup> DETTMAM, Deborah; MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Representação sem eleição: uma crítica à teoria da representação argumentativa na perspectiva do diálogo e da autonomia. Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 23-41 Jan./Jun. de 2016, pág. 35.

atribuído ao juiz/tribunal por aqueles que creem na virtude divina do decisor de antever qual é o interesse social a partir da denominada “racionalidade argumentativa”.

Pontua-se que a crença na capacidade do decisor em prever qual seja o interesse público é ilusória e não substitui a necessidade de participação dos representados. Assim, não é possível afirmar que juízes/tribunais são representantes estritamente em função de sua capacidade argumentativa, nos seguintes termos:

Na perspectiva de Pitkin, a representação exige o diálogo. Julgar com base na razão pública ou com base no interesse público pode até tornar a decisão legítima, mas não transforma o tribunal constitucional em representante do povo. Isso porque representação e legitimidade são dois conceitos distintos. Pode ser que um governante, para exercer um domínio político legítimo, tenha que ser considerado um representante do povo, não obstante, não se exige a representação para discutir se os juízes de um tribunal têm legitimidade para invalidar leis que repute inconstitucionais. Nem é o alinhamento das decisões do tribunal com a vontade do povo ou o consentimento do povo na existência de um controle de constitucionalidade que tornará os ministros representantes (salvo se se considerasse legítima uma justificativa puramente hobbesiana de representação, que atualmente não se presta a conferir representatividade aos governos). O Tribunal só poderia ser considerado representante do povo, na perspectiva de Pitkin, se os representados pudessem influenciar e controlar as ações do tribunal, porque o fato de alguém ser investido no cargo de juiz (ou de ser um governante) não outorgaria um conhecimento especial ou privilegiado em descobrir qual é o interesse geral.<sup>171</sup>

E, ainda,

Além desses problemas, a representação argumentativa induz ao paternalismo não apenas por excluir a participação popular do processo de tomada das decisões, mas por ser incapaz de estimular a autonomia dos indivíduos na criação e proteção de seus próprios interesses. Mesmo os mecanismos considerados mais “democráticos”, como audiências públicas, apenas viabilizam o contato de poucos ministros (e não de todos), com alguns argumentos considerados relevantes para solução da controvérsia, de modo que os debates suscitados no plenário sempre dependem da discricionariedade do ministro em considerar um ou outro argumento como relevante.<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> Idem.

<sup>172</sup> DETTMAM, Deborah; MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Representação sem eleição: uma crítica à teoria da representação argumentativa na perspectiva do diálogo e da autonomia. Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 23-41 Jan./Jun. de 2016, pág. 40.

Entretanto, considerar que os juízes/tribunais não são representantes do povo a partir de uma racionalidade argumentativa, não significa dizer que os mesmos não estão legitimados a exercer o controle de constitucionalidade das leis, nos seguintes termos:

Todavia, negar que um tribunal constitucional seja representante do povo não significa negar a possibilidade do controle de constitucionalidade, antes disso, a tarefa de limitar o legislador pode advir da própria lei ou da constituição, mas esse encargo e poder concedido eventualmente ao Judiciário, ou qualquer outro órgão que seja competente, não autoriza o tribunal constitucional a representar o povo, mas apenas outorga (legitima) a este órgão uma interpretação especial da constituição. Interpretar e fazer cumprir a constituição e os direitos fundamentais não faz de ninguém um representante, se isso fosse verdade, todos que zelam pela vigência da constituição seriam representantes e se todos são representantes, não existe representação.<sup>173</sup>

Isso porque, a função legislativa somente pode ser exercida por um representante eleito, só assim o processo legislativo será legítimo. Diferentemente, na função jurisdicional, seus ocupantes não são submetidos a sufrágio universal. Portanto, não há interdependência entre a representação e a legitimidade, porquanto mesmo não sendo os juízes/tribunais considerados representantes, porque não eleitos, ainda sim o processo jurisdicional é legítimo.

Assim, mesmo não sendo os juízes/tribunais considerados como representantes argumentativos, seus pronunciamentos jurisdicionais serão legítimos se forem pautados pela ampla garantia de participação e todos os aspectos do devido processo constitucional. Conforme proposto por Dixon, devem revisar judicialmente o processo legislativo, caso esteja o mesmo eivado de pontos cegos e/ou encargos de inércia, a partir de uma estrutura dialógica que se preste a assegurar as garantias e direitos constitucionais/socioeconômicos.

## **2.8. Modelo Experimentalista**

Em 2004, Charles F. Sabel e William H. Simon publicaram junto à *Harvard Law Review* estudo denominado “*Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*”<sup>174</sup>, propondo um modelo jurisdicional denominado “experimentalismo”.

---

<sup>173</sup> Idem.

<sup>174</sup> SABEL, Charles; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. Harvard Law Review, 117, 2004.

Verificou-se que no sistema legal norteamericano a litigância de interesse público se modificou de uma ótica burocrática de “comando e controle” – anteriormente trabalhada por Chayes – para dar espaço a uma nova concepção experimentalista de jurisdição.

Isso porque, “a regulação experimentalista combina normas mais flexíveis e provisionais com procedimentos para a participação contínua das partes interessadas e prestação de contas” [tradução livre]<sup>175</sup>, além de que

é característica da governança "em rede" e "multinível" proliferando nos Estados Unidos e na União Europeia - processos decisórios que não são nem hierárquicos nem fechados e permitem que pessoas de diferentes níveis, unidades e até organizações colaborem quando as circunstâncias exigem. [tradução livre]<sup>176</sup>

O modelo jurisdicional denominado “experimentalismo” possui ótica diversa das experimentações realizadas nos processos gerenciais. Isso porque, no “*managerial process*”<sup>177</sup>, procedimentos eram testados como análises laboratoriais, objetivando dimensionar quantitativamente os conflitos em massa, buscando a melhor solução para dar vazão ao crescimento exponencial deste tipo de litigiosidade, enquanto, aqui, na vertente proposta por Sabel e Simon, o experimentalismo contempla um processo contínuo de aprimoramento dos pronunciamentos judiciais e aprendizado<sup>178</sup>, a fim de que se obtenha efetividade em sede de litígio de direito público.

Para Sabel e Simon, o experimentalismo é uma nova forma de litígio de direito público, advinda dos denominados “*Destabilization Rights*”, conceituados pelos autores como “reivindicações para desestabilizar e abrir instituições públicas que falharam cronicamente em cumprir suas obrigações e que estão substancialmente isoladas dos processos normais de prestação de contas política”[tradução].<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> SABEL, Charles; SIMON, William H. op. cit., pág. 1019 No original: “Experimentalism combines more flexible and provisional norms with procedures for ongoing stakeholder Participation na measured accountability.”

<sup>176</sup> SABEL, Charles; SIMON, William H. op. cit., pág. 1019 No original:” (...)experimentalist regulation is characteristic of the 'networked' and 'multilevel' governance proliferating in the United States and the European Union - decisionmaking processes that are neither hierarquical nor closed and that permit persons of different ranks, units, and even organizations to collaborate as circumstances demand.”

<sup>177</sup> Vide tópico 1.4. da presente pesquisa acerca dos processos gerenciais.

<sup>178</sup> SABEL, Charles; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. Harvard Law Review, 117, 2004, pág. 1020.

<sup>179</sup> SABEL, Charles; SIMON, William H. op. cit., pág. 1020. No original: “Destabilization rights are claims to unsettle and open up public institutions that have chronically failed to meet their obligations and that are substantially insulated from the normal processes of political accountability.”

Importada por Sabel e Simon dos estudos de Roberto Mangabeira Unger, a expressão “*Destabilization Rights*” objetiva proteger

o interesse do cidadão em quebrar as organizações de grande escala ou as áreas estendidas da prática social que permanecem fechadas aos efeitos desestabilizadores do conflito comum e, assim, sustentam hierarquias isoladas de poder e vantagem. [tradução livre]<sup>180</sup>

A aplicação dos direitos desestabilizadores importa em cinco possíveis efeitos, quais sejam: (1) *veil effect*, porquanto nem os próprios litigantes sabem exatamente a dimensão da controvérsia discutida judicialmente tampouco como resolvê-la integralmente; (2) *status quo effect*, no sentido de que alguma mudança na situação fática dever ser realizada, promovendo, portanto, mudança no *status quo*, mesmo que as partes ainda não saibam como fazê-la; (3) *deliberation effect*, o fator deliberativo faz como que todos os sujeitos processuais, entre eles, as instituições, ajam, necessariamente, com uma postura ativa em torno da resolução da controvérsia, não podem valerem-se, assim, de inércia institucional; (4) *publicity effect*, publicidade e fiscalidade estão intrinsecamente ligadas, sendo a primeira um mecanismo de constrangimento ao réu, majoritariamente, a instituição pública, para que cumpra as decisões (5) *stakeholder effect*, possui três sub-funções, sendo elas “o equilíbrio de poder entre autor e réu; pressões internas são geradas dentro da classe do autor e da instituição ré; e os novos interessados são motivados a participar”<sup>181</sup> [tradução livre] e; (6) *web effect*, efeito de teia, descrito como a repercussão que a desestabilização de uma instituição causa em outra, e assim por diante.<sup>182</sup>

Ainda há de se falar que os direitos desestabilizadores podem ser observados sob dois momentos: primeiramente, a determinação da responsabilidade pela violação de um direito e, dessa forma, em seguida, a definição de remédios experimentais para a tutela dos mesmos, remédios estes caracterizados, essencialmente, pela (1) negociação

---

<sup>180</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics – A work in constructive social theory*, Verso, 2001, pág. 530. No original: “(...) protect the citizen's interest in breaking open the large-scale organizations or the extended areas of social practice that remain closed to the destabilizing effects of ordinary conflict and thereby sustain insulated hierarchies of power and advantage.”

<sup>181</sup> SABEL, Charles; SIMON, William H. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. *Harvard Law Review*, 117, 2004, pág. 1077. No original: “(...) the balance of power between plaintiff and defendant shifts; internal pressures are generated within the plaintiff class and the defendant institution; and the new stake holders are motivated and empowered to participate.”

<sup>182</sup> Fuller refere-se deste efeito de teia para exemplificar os problemas policêntricos. Vide item 1.1 deste capítulo.

entre as partes interessadas, (2) caráter fluido, contínuo e provisional da intervenção judicial e a (3) transparência.<sup>183</sup>

A negociação é característica essencial do experimentalismo na medida em que promove alto nível de deliberação, não somente entre os litigantes e juiz/tribunal, mas, também, entre terceiros juridicamente interessados - como mestres<sup>184</sup>, peritos, mediadores e demais sujeitos processuais - que podem vir a contribuir substancialmente para o deslinde do feito, auxiliando na construção da decisão, além de que a postura experimentalista possibilita a fixação de agenda processual e regras para debate entre as partes, havendo como pressuposto a conduta pautada na boa-fé dos agentes processuais e almejando a resolução do conflito da melhor maneira tangível.<sup>185 186</sup>

Da mesma maneira, a fluidez do pronunciamento judicial é elementar no modelo jurisdicional experimentalista, isso porque a flexibilidade e a prospectividade das decisões judiciais aparecem como ferramentas importantes ao combate às restrições à efetividade nas quais o modelo tradicional de jurisdição encontra óbice.<sup>187</sup>

Sobre as negociações processuais e flexibilização do procedimento jurisdicional, verifica-se que

Sob tal ótica, essa flexibilização acabaria, então, por permitir que os litigantes com ou sem a ingerência do órgão jurisdicional, de modo expresso ou tácito, pudessem estabelecer diferentes configurações de procedimentos, fomentar uma abordagem gerencial do conflito, com adaptação ao contexto de aplicação; e em algumas hipóteses até um ganho de celeridade e efetividade no processo.<sup>188</sup>

Para Sabel e Simon, além do caráter fluido e negocial dos direitos desestabilizadores, há de se falar, ainda, na transparência, ao determinar que as normas legais e/ou eleitas pelas partes sejam publicizadas, torna-se, assim, não só um

---

<sup>183</sup> BERGALLO, Paola. Justice and Experimentalism: The Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina (January 1, 2015). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 44, pág. 20.

<sup>184</sup> Os mestres, ou “*masters*”, tem regulamentação na Regra Federal de Processo Civil nº 53, e “significará qualquer pessoa, independentemente de sua designação, que for indicada pelo tribunal para ouvir provas relacionadas a qualquer ação e relatar fatos”. Disponível em: <https://www.mass.gov/rules-of-civil-procedure/civil-procedure-rule-53-masters>

<sup>185</sup> SABEL, Charles; SIMON, William H. op. cit., pág.1068.

<sup>186</sup> Vide tópico 4.2.2 da presente pesquisa.

<sup>187</sup> BERGALLO, Paola. Justice and Experimentalism: The Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina (January 1, 2015). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 44, pág. 20-21.

<sup>188</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pág. 268.

importante mecanismo de *accountability*<sup>189</sup> – fiscalidade - acerca dos resultados obtidos, mas, da mesma forma, instrumento de aprendizado, na medida em que se as partes e o juiz/tribunal têm acesso ao teor das decisões, podem utilizá-las como parâmetro para análise de viabilidade, aprimoramento e diretriz de atuação, quando da utilização de procedimentos que importem em uma conduta experimental.<sup>190</sup>

Por este motivo, diversos pesquisadores consideram o modelo experimentalista como o mais efetivo e eficaz no que tange à litigância de interesse público, abaixo:

Sendo assim, por vários motivos o modelo experimentalista é mais adequado para dar respostas aos litígios de interesse público. Inicialmente porque o fato das determinações judiciais serem programáticas abre a possibilidade de revisão das medidas adotadas ao contrário da rigidez do comando-e-controle de Chayes. Ademais, o fato dos agentes administrativos estarem presentes na construção da lide e participarem da geração das soluções mais adequadas, torna aquela medida final adotada mais facilmente executável por tais agentes, que em geral, terão mais compromisso com o cumprimento das determinações. Ainda, a publicidade dos diálogos que envolvem a solução do litígio de interesse público, podem mover os cidadãos a participarem mais do processo decisório e contribuir mais ativamente na fiscalização das organizações públicas.<sup>191</sup>

Ciente dos direitos estabilizadores e os remédios experimentais aptos a efetivá-los, Paola Bergallo, embasada nas lições de Sabel e Simon, descreve o experimentalismo como:

O modelo experimentalista de ordens estruturais responde a essas objeções [legitimidade jurisdicional] propondo um modelo deliberativo em que os demandantes e os funcionários administrativos públicos negociam as melhores possíveis soluções sob condições de provisionalidade e transparência, e sob a arbitragem de um juiz ou seus representantes oficiais. Desta forma, os juízes não precisam ter a última palavra na designação de remédios judiciais. Em troca, as partes e agentes da administração têm a oportunidade de participar com voz e voto, reforçando a legitimidade democrática da intervenção judicial em ações contra a administração que se originaram no âmbito do litígio de interesse público. Na medida em que essa deliberação é possível, o modelo experimentalista também reconhece a interação complexa entre os poderes e os padrões de sua legitimidade,

---

<sup>189</sup> Vide tópico 4.3 da presente pesquisa.

<sup>190</sup> SABEL, Charles; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, 117, 2004, pág. 1071-1072.

<sup>191</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo e Litigância de Interesse Público. IN: Processo e Constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos. Alexandre Gustavo de Melo Bahia, et. al., 1ª ed. – Empório do Direito: Florianópolis, 2015, pág. 293-295.

características que os opositores à legitimidade da interferência judicial tendem a evitar. [tradução livre]<sup>192</sup>

Há de se mencionar, ainda, que proposição de Sabel e Simon não buscou afastar-se da concepção inicialmente identificada por Chayes, mas sim, em verdade, trata-se de um aprimoramento do procedimento relativo ao litígio de direito público, fruto de uma busca epistemológica acadêmica por mecanismos procedimentais eficientes que sejam aptos a promover uma tutela efetiva no que tange à litigância de interesse público.

Percebe-se, em verdade, que o experimentalismo, através do

(...) efeito de desestabilizar assegura os direitos dos cidadãos ao romper a estrutura interna das instituições, permitindo que a hierarquia tradicional entre administração e administrados seja quebrada em prol de uma solução judicial que se aproxima muito mais de uma composição do que de um litígio, tendo em vista o interesse público e os direitos coletivos em pauta nos litígios de interesse público.<sup>193</sup>

Para concluir, verifica-se que o experimentalismo é uma nova vertente do litígio de direito público, que objetiva abrir a caixa preta das instituições públicas, através de um processo judicial deliberativo, que “organiza-se em torno de uma estrutura mais flexível, cuja decisão institucionalizada decorrerá de um processo contínuo e reconstrutivo”<sup>194</sup>, negocial, provisional, menos hierárquico, mais participativo e aberto, fluido e transparente que, importe em “um processo contínuo de

---

<sup>192</sup> BERGALLO, Paola. Justice and Experimentalism: The Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina (January 1, 2015). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 44, pág. 22. No original: “The experimentalist model of structural orders responds to these objections by proposing a deliberative model in which the plaintiffs and public administrative officials negotiate the best possible solution under conditions of provisionality and transparency, and under the arbitration of a judge or his official delegates. This way, judges do not need to have the last word in the design of remedies. In exchange, parties and agents of the administration have the opportunity to participate with voice and vote, reinforcing the democratic legitimacy of judicial intervention in suits against the administration that originated within the framework of public interest litigation. To the extent that this deliberation is possible, the experimentalist model also recognizes the complex interaction between the powers and the patterns of its legitimacy, characteristics that the objectors to the legitimacy of judicial interference tend to avoid.”

<sup>193</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo e Litigância de Interesse Público. IN: Processo e Constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos. Alexandre Gustavo de Melo Bahia, et. al., 1ª ed. – Empório do Direito: Florianópolis, 2015, pág. 294.

<sup>194</sup> SILVA, Helen Cristina de Almeida. Litigância de interesse público: em busca da adequação dos provimentos jurisdicionais à luz da teoria do direito como integridade. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2015, pág. 59.

participação e auto-revisão”<sup>195</sup> e constante aprimoramento dos pronunciamentos jurisdicionais prolatados.

## 2.9. Modelo Catalítico

Em julho de 2010, Katharine Young sobreveio com sua proposição de modelo jurisdicional, ao qual denominou de “catalítico”, em artigo publicado junto à *“International Journal of Constitutional Law”*, intitulado *“A typology of economic and social rights adjudication: exploring the catalytic function of judicial review”*<sup>196</sup>.

Young faz interessante importação e aplicação de fenômeno químico ao modelo jurisdicional que propõe. O adjetivo catalítico, diz respeito à catálise que “é uma aceleração química causada pela presença de substâncias que não aparecem no produto de reação”<sup>197</sup>. Assim, os catalisadores são substâncias capazes de acelerar reações químicas, obtendo produtos resultantes mais rapidamente.

Na concepção de Young, os vários tipos de modelos jurisdicionais até então vistos, formam, juntos, um único modelo jurisdicional, o catalítico e, a depender do caso em questão, a corte deverá “catalisar” uma das características dos modelos até então expostos, para, através da característica catalisada, buscar um pronunciamento jurisdicional em menor tempo capaz de gerar uma transformação institucional. Assim, um mesmo procedimento jurisdicional pode apresentar características gerenciais, transacionais ou experimentalistas, mas, cabe ao decisor escolher qual atributo será capaz de catalisar uma solução efetiva e célere apta a findar o procedimento, conforme exemplificado por Young, abaixo:

Claro, as diferentes formas de revisão judicial contêm características que se misturam umas às outras. No famoso caso da *“Treatment Action Campaign”*<sup>198</sup>, por exemplo, a Corte adotou uma postura de

<sup>195</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela op. cit., pág. 293-294.

<sup>196</sup> YOUNG, Katharine, A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, 2010.

<sup>197</sup> OSTWALD, Wilhelm. Nobel Lecture\*, December 12, 1909. Disponível em: [https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/chemistry/laureates/1909/ostwald-lecture.html](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/1909/ostwald-lecture.html)

<sup>198</sup> O precedente “Minister of Health v Treatment Action Campaign”, julgado em julho de 2002, se deu nos seguintes termos: “A África do Sul está no meio de uma epidemia de HIV / AIDS com mais de 6 milhões de pessoas infectadas. Em 2.000, com infecções de recém-nascidos na faixa de 80.000 por ano, o medicamento anti-retroviral Nevirapine ofereceu o potencial de prevenir a infecção de 30 - 40.000 crianças por ano. A droga foi oferecida ao governo gratuitamente por cinco anos, mas o governo sul-africano anunciou que introduziria a transmissão mãe-filho apenas em determinados locais-piloto e adiará a sua implantação por um ano, negando a maioria deles. mães acesso ao tratamento. A Treatment Action Campaign (TAC) lançou um desafio constitucional, alegando uma violação do direito de acesso

conversação sobre o problema da obstrução de drogas contra o HIV / AIDS na prestação de cuidados de saúde, mas afirmou um certo grau de gerencialismo em exigir o teste e aconselhamento de gestantes com HIV / AIDS. O modo pelo qual as províncias individuais foram encorajadas a adotar seus próprios arranjos também foi descrito em termos experimentais.<sup>199</sup>

Assim, quando o decisor escolher sob qual ótica atuar, estará aplicando, não somente um modelo jurisdicional mas, em verdade, diversas características emanadas de diferentes concepções de jurisdição.

Desse modo, o modelo jurisdicional catalítico de Young é proposto sob uma ótica que se distancia da visão de “tribunais fracos” ou “tribunais fortes”, mas sim, em verdade, foca na modelagem de tribunais experimentais ou novos tribunais de governança que, por sua vez, podem demandar um engajamento dialógico, experimental, conversacional ou, até gerencial, onde os tribunais tem o dever de

---

aos serviços de saúde e exigindo um programa para disponibilizar o medicamento em todo o país. O juiz Chris Botha, da Suprema Corte, decidiu em favor do TAC, ordenando que o Nevirapine fosse disponibilizado para mães infectadas dando à luz em instituições estatais e que o governo apresentasse ao tribunal um resumo de como planejava estender o fornecimento do medicamento ao parto. instalações, em todo o país. O governo recorreu da decisão para o Tribunal Constitucional. Botha, J. concedeu alívio provisório enquanto aguardava o apelo. O Tribunal Constitucional rejeitou o recurso, considerando que as restrições de Nevirapine aos locais-piloto excluía aqueles que poderiam razoavelmente ser incluídos no programa. O Tribunal ordenou ao Governo que ampliasse a disponibilidade de nevirapina para hospitais e clínicas, para fornecer conselheiros; e tomar medidas razoáveis para estender as instalações de testagem e aconselhamento em todo o setor de saúde pública. O Tribunal rejeitou o argumento avançado por um dos intervenientes no sentido de estabelecer uma distinção entre um conteúdo central mínimo do direito à saúde e as obrigações impostas ao Estado na secção 27 (2) que estão sujeitas a uma realização progressiva e a recursos disponíveis”. No original: “South Africa is in the midst of an HIV/AIDS epidemic with more than 6 million people infected. In 2,000, with infections of newborns in the range of 80,000 per year, the anti-retroviral drug Nevirapine offered the potential of preventing the infection of 30 – 40,000 children per year. The drug was offered to the Government for free for five years, but the South African Government announced it would introduce Mother-To-Child-Transmission (MTCT) only in certain pilot sites and would delay setting these up for a year, thereby denying most mothers access to treatment. The Treatment Action Campaign (TAC) launched a constitutional challenge, alleging a violation of the right to access health care services and demanding a program to make the drug available throughout the country. Judge Chris Botha of the High Court ruled in favour of TAC, ordering that Nevirapine be made available to infected mothers giving birth in state institutions and that the government present to the court an outline of how it planned to extend provision of the medication to its birthing facilities, country-wide. The Government appealed the decision to the Constitutional Court. Botha, J. granted interim relief pending the appeal. The Constitutional Court rejected the appeal, finding that the restrictions of Nevirapine to pilot sites excluded those who could reasonably be included in the program. The Court ordered the Government to extend availability of Nevirapine to hospitals and clinics, to provide counselors; and to take reasonable measures to extend the testing and counseling facilities throughout the public health sector. The Court rejected the argument advanced by one of the interveners for a distinction between a minimum core content of the right to healthcare and the obligations imposed on the state in section 27(2) that are subject to progressive realization and available resources.” Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/minister-health-v-treatment-action-campaign-tac-2002-5-sa-721-cc>

<sup>199</sup> YOUNG, Katharine, A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, 2010, pág. 410.

“catalisar” uma transformação, “calibrada de acordo com os antecedentes políticos e contextos institucionais e a violação de direitos em questão”.<sup>200 201</sup>

## **2.10. Movimentos da Litigância de Interesse Público e necessidade de mudança em direção à Reforma Estrutural**

Em decorrência da adoção, à época, de modelo dogmático típico da socialização processual na década de cinquenta em diante pela jurisdição estadunidense, verificou-se o surgimento de um novo tipo de litigiosidade denominado “litigância de interesse público” que, preocupado com um procedimento jurisdicional prospectivo, plurilateral e com repercussões complexas, vem promovendo a diminuição exponencial da adesão à concepção de processo jurisdicional como proposta Fuller.

É necessário que se faça uma caminhada incessante em direção à prolação de pronunciamentos decisórios construídos de forma participada, isso porque o “estabelecimento de focos de centralidade, seja nas partes, nos advogados, ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade.”<sup>202</sup>

Em verdade, não deve haver

aumento total dos poderes das partes ou dos juízes, mas, sim, a divisão de atuação entre estes, de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais e a verificação de que a defendida democratização do processo exige a clara percepção de interdependência entre os sujeitos processuais.”<sup>203</sup>

No entanto, para o dimensionamento dessas litigâncias a comparticipação necessita ser ampliada para outros afetados e responsáveis pela implementação do direito em discussão.

É necessária a formulação de um procedimento jurisdicional que seja pensado especificamente para a litigância de interesse público, abandonando os preceitos liberais

---

<sup>200</sup> YOUNG, Katharine, op. cit., pág. 420.

<sup>201</sup> Pontua-se, aqui, que Young concebe a teorização do modelo catalítico sem dar métodos efetivos de implementação de sua proposição. Esta pesquisa, todavia, propõe no tópico 4, procedimentos hábeis a implementar as “*structural injunctions*” em sede de litígio de interesse público no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>202</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. pág. 161.

<sup>203</sup> NUNES, Dierle. op. cit. pág. 224.

do modelo tradicional de jurisdição e rechaçando a ótica eminentemente adversarial e coercitiva utilizada pela função jurisdicional, tanto em processo individuais quanto em coletivos.

Para tanto, deve ser adotada a comparticipação, sendo seu principal fundamento o contraditório como garantia de influência – assegurando a todos os potencialmente atingidos a garantia de contribuição para a construção do pronunciamento jurisdicional- e não surpresa – devendo o decisor provocar debate acerca de todas as questões, inclusive àquelas suscetíveis de ofício<sup>204</sup>-, de forma que o “contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual.”<sup>205</sup>

Pontue-se que a dimensão do contraditório igualmente merecerá uma adequação e ampliação em face da potencial necessidade de ampliação dos participantes em face da complexidade do que se almeja com o processo, v.g. a implementação de uma política pública.

Acerca desta necessária mudança do modelo jurisdicional coercitivo para o compartilhado e da insuficiência dos preceitos do *Welfare State*, verifica-se que

(...) o tratamento judicial de obrigações do Estado em garantir direitos fundamentais, ou, de modo mais geral, de “prestar” políticas públicas, já não se pode mover por concepções típicas de um Estado de Bem-Estar Clássico, segundo as quais este encarna em “o interesse público”, que deve sempre prevalecer sobre o interesse privado. Ao contrário, no Estado Democrático de Direito, o “público” já não pertence apenas ao Estado (podendo ser detido justamente pelo que litiga contra este) e, de toda sorte já não se pode mais afirmar que o interesse público prevaleça sobre o privado a priori, sob pena de ofender direitos fundamentais igualmente válidos.<sup>206</sup>

Em que pese as proposições dos modelos jurisdicionais expostas neste tópico terem significado importantes marcos para a litigância de interesse público, verifica-se que as concepções de jurisdição que objetivam unicamente a resolução de controvérsias concernentes ao litígio de direito público – sejam elas sob óticas gerenciais,

---

<sup>204</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pág. 92.

<sup>205</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. pág. 227

<sup>206</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução comparticipação de políticas públicas. Revista de Processo, Ano 38, 224, Revista dos Tribunais. out/2013. pág. 148.

experimentalista, transacionais ou dialógicas - pautadas nos dogmáticos preceitos da socialização processual *de per se*, são, inevitavelmente, fadadas ao insucesso se não promoverem uma adjudicação da participação em detrimento dos modelos adversariais, se não adotarem as premissas do Estado Democrático de Direito<sup>207</sup> e processo constitucional<sup>208</sup> como norte e ainda, se forem incapazes de promover uma reforma estrutural nas instituições públicas.

Muito se fala, ainda, acerca da legitimidade da função jurisdicional na implementação de políticas públicas sob o argumento de que, ao fazê-la, há ofensa ao princípio da separação dos poderes sendo, por outro lado, rebatido este argumento pela invocação do princípio da inafastabilidade da função jurisdicional à lesão ou ameaça a direitos.

Primeiramente, há de se mencionar que o “princípio da separação de poderes” não deve ser observado sob uma ótica estritamente liberal ou social, mas sim, sob o crivo do Estado Democrático de Direito, na medida em que a função judicante somente atua onde há inércia e/ou inefetividade por parte das demais funções estatais – executiva e legislativa - para tutela de direitos fundamentais.

Nesse sentido, explica Saulo Versini Penna:

(...) o argumento de que a atuação do controle judicial na implementação de políticas públicas representa ingerência nas prerrogativas dos demais “poderes” (em especial o Executivo) somente pode ser concebido em leituras dos paradigmas anteriores. Explica-se: no paradigma do Estado Liberal de Direito, vigente sobre a influência direta da doutrina de Montesquieu e Locke, a preponderância do Legislativo (recordando-se que as funções Executivas limitavam-se quase que às questões de Direito Internacional e, no âmbito interno, ao exercício do Poder de Polícia) como órgão de representação dos cidadãos – tidos como aqueles detentores do direito ao voto – recaía sobre o temor ao retorno absolutista. Já no Estado Social, por ser este de cunho diretivo, a efetivação das “políticas públicas” constitui prerrogativa exclusiva do

---

<sup>207</sup> “Consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais” C.f. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Editora: DelRey. Belo Horizonte, 2015. Pág. 68.

<sup>208</sup> “Portanto, em noção ampla, pode-se considerar o processo constitucional estudo metodológico e sistemático pelo qual o processo é examinado em suas relações diretas com as normas da Constituição, formatando a principiologia normativa do devido processo constitucional (ou modelo constitucional de processo), o que abrange o processo constitucional jurisdicional, o processo constitucional legislativo e o processo constitucional administrativo” C.f. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. *Estudo sistemático do NCPC (com alterações introduzidas pela Lei 13.256, DE 4/2/2016) – 3ª ED.*—Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 43.

Poder Executivo, pautado na materialização das normas constitucionais diretivas pelo Poder Legislativo. O Estado de Direito Democrático, por sua vez, reclama que cidadão procure meios para a concretização dos seus direitos básicos por intermédio do processo e do provimento judicial: a implementação não é realizada “pelo” Poder Judiciário, mas “pelo” próprio cidadão, por uma concepção de autodeterminação política.<sup>209</sup>

E, ainda,

(...) o conteúdo constitucional de direitos fundamentais – pessoais e sociais – pelo caráter auto-aplicável, não faz qualquer ressalva às funções legislativa e executiva quanto à implementação: se o cidadão não tem os seus direitos respeitados seja pela Administração seja pelo Legislativo, há legitimidade plena para que se valha do canal judicial para concretizar os direitos de cidadania constitucionalmente assegurados.<sup>210</sup>

Conforme já dito, mesmo havendo críticas à representação argumentativa pela função jurisdicional, por não serem os juízes/tribunais eleitos pela sociedade e pela ilusória crença na capacidade do decisor de antever o interesse público<sup>211</sup>, não sendo considerados como representantes, isso não significa dizer que os mesmos não possuem legitimidade a exercer o controle de constitucionalidade das leis, devendo, em face da inoperância das funções legislativas e executiva, os direitos fundamentais serem tutelados e políticas públicas implementadas pela via jurisdicional.

Não é razoável, entretanto, que a jurisdição se utilize dessa legitimidade para promover a judicialização de demandas determinadas ou mesmo “fazer política” judicialmente, conforme pontuam Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira:

(...) o controle da disfunção política do ponto de vista jurídico passa por identificar se ocorre, no caso concreto, proibição de excesso (Übermassverbot) ou proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot), ou seja, da ultrapassagem pelo poder público da margem do decidível, que pela conduta comissiva, não-decidível que, quer pela conduta omissiva, não-decidível que não. Em caso afirmativo, ultrapassadas as linhas máximas e mínimas, a intervenção corretiva é obrigatória, para garantia dos limites e vínculos que no constitucionalismo garantista decorrem da adoção de um modelo de direitos fundamentais.<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> PENNA, Saulo Versiani. Controle processual de políticas públicas no Brasil. Tese (Doutorado). Belo Horizonte, 2009. pág. 177.

<sup>210</sup> Idem.

<sup>211</sup> Vide tópico 2.7 da presente pesquisa.

<sup>212</sup> DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 366.

E ainda, Nunes e Ludmila Teixeira:

(...) Litigância de Interesse Público (LIP) não significa apenas a transformação da estrutura processual e do ato de julgar. Ela é muito representativa da diluição das fronteiras entre os Poderes do Estado e do realce político do Judiciário. Muito embora este tipo de litígio busque uma reforma organizacional com a reparação das violações a direitos constitucionais perpetrados por agentes públicos, é possível visualizar que em alguns casos este tipo de interferência é aproveitado como uma oportunidade para judicializar determinadas demandas.<sup>213</sup>

Todas essas tentativas [para revitalizar o modelo democrático constitucional] serão inúteis se o Judiciário estiver ‘engajado em fazer política’, porque esse engajamento quase sempre se traduz na perda de autonomia, de comprometimento com os direitos fundamentais em benefícios de fins coletivos ou ‘razões de Estado’.<sup>214</sup>

Assim, este tópico objetivou descrever os movimentos do litígio de interesse público e compará-los com a ótica do modelo tradicional de jurisdição, ressaltando a importância da mudança de concepção jurisdicional de um processo coercitivo e adversarial para uma ótica participada e para que, dessa forma, fosse possível compreender como tais modelos jurisdicionais contribuíram para o atual estado da arte da litigiosidade de interesse público.

Dando um passo a frente em relação ao movimento da “*Public Interest Litigation*”, o estadunidense Owen Fiss, capitaneou pesquisa acerca das “*structural injunctions*”, procedimento jurisdicional com potencial para promover reformas estruturais nas edificações públicas. Entretanto, as medidas estruturantes, como concebidas por Fiss, são pautadas na ilusória crença do autor estadunidense no protagonismo judicial, ponto este que é rechaçado pela presente pesquisa<sup>215</sup>.

### 3. MEDIDAS ESTRUTURANTES

A presente pesquisa almeja propor procedimentos objetivos para implementação das medidas estruturantes na litigância de interesse público no ordenamento jurídico brasileiro. Assim imprescindível se fez a explanação acerca dos

---

<sup>213</sup> NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. 1. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica. pág. 87-88.

<sup>214</sup> NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *op. cit.* pág. 90-91.

<sup>215</sup> Vide tópico 4.2 da presente pesquisa.

movimentos de “*Public Law Litigation*”, que identificaram um novo tipo de litigiosidade, buscaram aprimorá-la constantemente e, ainda, cambiaram a concepção da própria função jurisdicional em si.

Da mesma maneira, necessário se faz o estudo acerca das “*structural injunctions*” conforme concebidas por Fiss, atentando-se às críticas a tal proposição e procurando sanar seus equívocos.

Owen Fiss é Professor *Sterling* da Universidade de Yale, nos Estados Unidos da América e representa grande nome jurídico no que tange o direito processual civil, direito constitucional e direito público<sup>216</sup>, sendo, inclusive, um dos autores mais citados em pesquisas acadêmicas em relação às últimas duas temáticas mencionadas<sup>217</sup>.

Entre outros relevantes trabalhos, Fiss desenvolveu importantes pesquisas acerca das “*structural injunctions*” - injunções estruturais [tradução livre] ou, ainda, medidas estruturantes - propondo um novo modelo jurisdicional que objetivava a implementação de uma reforma estrutural nas instituições públicas.

A proposição de Fiss acerca das medidas estruturantes pressupõe nova concepção da função jurisdicional, na qual “a adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos”<sup>218</sup>.

Portanto, segundo Fiss, a ressignificação das instituições públicas se daria através de um procedimento jurisdicional que importasse em uma reforma estrutural que, por sua vez, consistia em “um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais”<sup>219</sup>.

Nesse sentido, Didier Jr. *et. al.* conceitua as decisões e litígios estruturais nos seguintes termos:

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é o chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a

---

<sup>216</sup> Para visualização integral do currículo de Owen Fiss, vide: <https://law.yale.edu/owen-m-fiss>

<sup>217</sup> Para visualização integral do ranking de Brian Leiter, vide: [http://www.leiterrankings.com/faculty/2007faculty\\_impact\\_areas.shtml#ConstitutionalLaw](http://www.leiterrankings.com/faculty/2007faculty_impact_areas.shtml#ConstitutionalLaw)

<sup>218</sup> FISS, Owen M., As formas de justiça In O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 120.

<sup>219</sup> Idem.

efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.<sup>220</sup>

E, ainda, Bauerman:

Essas decisões são denominadas “estruturais” em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir observância do direito das partes, exercer necessária supervisão nas práticas e políticas adotadas pelas instituições que estão sob intervenção judicial. (...) Assim, os processos estruturais são aqueles em que o juiz, confrontando a burocracia do Estado com os valores constitucionais, determina a reestruturação da organização no sentido de eliminar a ameaça a esses valores decorrente das atitudes das instituições, sendo a *injunction* o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas”.<sup>221</sup>

E Vitorelli,

Em resumo, litígios estruturais, para os efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há 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 a sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.<sup>222</sup>

Os processos que objetivam a promoção de uma reforma estrutural através da implementação de medidas estruturantes no pronunciamento jurisdicional, vem sendo denominado por muitos de “processo estrutural”<sup>223</sup>, entretanto, pontua-se, que tal nomenclatura não é tecnicamente correta. Isso porque não é terminologicamente adequado nominar o procedimento de acordo com a *injunction* utilizada. A exemplo, o processo que objetiva tutelar direitos coletivos é aviado através de Ação Civil Pública, mas não é denominado “processo civil público”. Da mesma forma, o processo que pleiteia tutela antecipada, não é denominado “processo antecipado”. Assim, a *structural injunction* não pode nominar o processo, sendo tecnicamente mais adequado falar-se em

---

<sup>220</sup> DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 355.

<sup>221</sup> BAUERMANN, Desirê. Structural Injunctions no direito norte-americano In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 284.

<sup>222</sup> VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 370.

<sup>223</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (orgs) Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

implementação de medidas estruturantes na litigância de interesse público ou em “injunções estruturais”.

Embasado nos preceitos dos movimentos de litigância de interesse público em relação à mudança de concepção da função jurisdicional, Fiss compreendia a jurisdição como “o processo pelo qual aos valores de algum texto legal investido de autoridade, como a Constituição, são dotados de significado e expressão concretos em nossa vida corrente”<sup>224</sup> e, ainda, afirmando a adjudicação como o procedimento hábil a promover uma reforma estrutural nas edificações organizacionais estatais, o autor propõe a utilização de medidas estruturantes, crente na capacidade do juiz em “dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações”<sup>225</sup> a partir da estruturação de suas decisões.

Para Fiss, existem grandes diferenças no que tange o modelo jurisdicional de solução de controvérsias – ao qual o autor denomina de “*dispute resolution*” – para com sua proposição de reforma estrutural – intitulado pelo processualista estadunidense como “*structural injunctions*”.<sup>226</sup>

Isso porque, segundo Fiss, o modelo de solução de controvérsias (1) advém de um processo jurisdicional, na maioria das vezes, bipolar, sem espaço para a inserção de grupos sociais e organizações burocráticas; (2) os direitos são eminentemente privados e os valores públicos substituídos pelos valores e preferências pessoais; (3) pressupõe que a sociedade é harmoniosa e que o processo judicial é utilizado apenas em situações incidentais, para que seja reestabelecido o status quo anteriormente modificado.<sup>227</sup>

Diferentemente, na reforma estrutural, (1) há multiplicidade de partes, com inclusão de grupos sociais e organizações burocráticas, não sendo cabível, aqui, a estrutura bipolarizada processual; (2) o objetivo “não é maximizar a satisfação de desejos ou preferências privados, mas, antes, dar o justo significado a esses valores

---

<sup>224</sup> FISS, Owen. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: DIREITO GV e IDESP. Revista da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV) da Fundação Getúlio Vargas, V. 1, N. 8 novembro 2005, pág. 29.

<sup>225</sup> FISS, Owen M., As formas de justiça In O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 120.

<sup>226</sup> FISS, Owen. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: DIREITO GV e IDESP. Revista da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV) da Fundação Getúlio Vargas, V. 1, N. 8 novembro 2005, pág. 30.

<sup>227</sup> FISS, Owen. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: DIREITO GV e IDESP. Revista da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, V. 1, N. 8 novembro 2005, Pág. 31-34.

públicos que definem a nação”<sup>228</sup>; e, ainda, (3) “o propósito da tutela não é o restabelecimento do *status quo ante*, mas criar um novo mundo, uma nova realidade social”<sup>229</sup>.

Portanto, para Fiss,

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade da nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro e fora das organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele o qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa injunção é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.<sup>230</sup>

O modelo jurisdicional proposto por Fiss almeja a promoção de uma verdadeira reforma estrutural nas instituições. Entretanto, questiona-se, é a concepção de Fiss utópica ou, de fato, “é possível mudar o mundo – ou, pelo menos, uma parcela dele – no processo coletivo? [leia-se, para a presente pesquisa, processo de interesse público]”<sup>231</sup>

Vitorelli, embasado nas lições de Gerald Rosenberg, afirma que “é ingênuo imaginar que o Judiciário seja capaz de resolver problemas políticos e econômicos que os outros poderes não solucionaram”<sup>232</sup>, mas reconhece que “é inegável que, em algumas situações, os tribunais foram capazes de atuar na promoção de mudanças sociais significativas.”<sup>233</sup>

Acerca da reforma estrutural, Vitorelli chama atenção ao fato de que, se os sujeitos envolvidos não estiverem dispostos a promoverem a mudança do *status quo* sob uma ótica cooperativa, a *structural reform* está fadada ao insucesso, nos seguintes dizeres:

---

<sup>228</sup> FISS, OWEN. op. cit. Pág. 33.

<sup>229</sup> FISS, OWEN. op. cit. Pág. 34.

<sup>230</sup> FISS, Owen M., As formas de justiça In O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 120.

<sup>231</sup> VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 417.

<sup>232</sup> Idem.

<sup>233</sup> Ibidem.

Em síntese, mesmo que todos os cuidados decisórios e executivos apontados ao longo deste trabalho sejam tomados, é pouco provável que o processo coletivo possa produzir resultados sociais significativos se estiver lidando com situações nas quais seja limitada a possibilidade de embasar as providências de reforma estrutural em normas jurídicas, não em debates políticos, nas quais seja necessário o comprometimento do orçamento público e a participação de autoridades que não estão dispostas a colaborar e que não haja apoio social suficiente em favor da causa. Por outro lado, se houver a cooperação de atores externos dispostos a impor custos para o descumprimento da ordem, ou oferecer benefícios para o seu cumprimento – cooperação esta que pode e deve ser desenvolvida ao longo do processo – se as providências de implementação da decisão puderem ser deixadas a cargo do mercado, sem a necessidade de atuação direta dos controladores da entidade reformada ou se houver autoridades de boa vontade, que entendam o valor da reforma e utilizem a decisão como um catalisador para realizá-la, as evidências empíricas demonstram claramente a possibilidade de se alterar, e muito, a realidade, por intermédio do processo, tanto em países desenvolvidos, quanto em países em desenvolvimento.<sup>234</sup>

A reforma estrutural não pode ser almejada utopicamente, como o faz Owen Fiss, devendo ser consideradas todas as dificuldades em torno de seu alcance, sem perder de vista que a implementação de medidas estruturantes na litigância de interesse público, participadamente, tem o condão de promover mudanças sociais definitivas. Nesse sentido, é a conclusão de Vitorelli:

Em conclusão, o que se espera de um jurista que se envereda em um processo judicial de reforma estrutural é uma atitude mental em alguma medida paradoxal: é preciso manter as esperanças em um nível modesto, para evitar frustrações, mas ao mesmo tempo, acreditar na possibilidade de implementar mudanças sociais pela via do processo.<sup>235</sup>

Pontua-se que a reforma estrutural deve, sim, ser almejada na litigância de interesse público, sob pena de aceitarmos que a jurisdição deve apenas promover a resolução de conflitos, com medidas meramente paliativas e atomizadas, quando, em verdade, deve-se pensar em uma solução em nível molecular. Entretanto, a reforma estrutural deve ser efetivada a partir da participação de todos os interessados na construção e execução do pronunciamento jurisdicional, e nunca através da atuação solipsista e discricionária do decisor.

---

<sup>234</sup> VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 419.

<sup>235</sup> VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 422.

Para Fiss, a reforma estrutural inicia-se por uma injunção estrutural, em que o decisor, ao conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais, prolata decisão – ou sucessivas decisões - fixando medidas estruturantes hábeis a efetivar o direito fundamental clamado em juízo e promover a reforma estrutural das instituições públicas e edificações estatais.

A injunção é instituto famoso do direito norteamericano e consiste, em síntese, em um pronunciamento jurisdicional que pode determinar que alguém faça ou se abstenha de praticar alguma conduta.<sup>236</sup>

O estudo de Fiss propõe, justamente, uma espécie de injunção que almeja a promoção de uma reforma estrutural, na medida em que é

concebida como aquela em que o Poder Judiciário intervém na própria organização do Estado, seja para determinar a formatação (ou reformatação) de instituições, seja até mesmo para determinar sua abolição, o que se percebe quando a *injunction* se relaciona, por exemplo, com o funcionamento de escolas, presídios, hospícios etc.<sup>237</sup>

Conforme já trabalhado na presente pesquisa<sup>238</sup>, assim como as “*civil injunctions*”, as “*class actions*”, regulamentadas pela Regra de Processo Civil das Cortes Distritais dos Estados Unidos nº 23, de 1966, foram, igualmente, importantes procedimentos para o fortalecimento do movimento de litigância de interesse público através das ações coletivas, bem como, no mesmo sentido, das *injunctions* e, em certa medida, as *test claims*.<sup>239</sup>

A injunção que inaugurou a aplicação das medidas estruturantes foi, de fato, o paradigmático caso “*Brown vs Board of Education II*”, igualmente já trabalhado com especificidade no capítulo anterior.<sup>240</sup>

Entretanto, a probabilidade da decisão inaugural dessegregacionista restar fadada ao insucesso era gigantesca, ainda mais, quando verifica-se que “medidas que

---

<sup>236</sup> YEAZELL, Stephen C. Injunction. In: LEVY, Leonard Willians; KARST, Kenneth L.; WINKLER, Adam (Org.). Encyclopedia of American Constitution. 2.ed. New York: Macmillan Reference, 2000. P. 1373.

<sup>237</sup> RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As structural injunctions e o direito processual brasileiro In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 519.

<sup>238</sup> Vide tópico 2.5 da presente pesquisa.

<sup>239</sup> “As ações-teste consistem, em suma, em instrumento de direito processual individual, mas que têm por escopo justamente a pacificação de questões controvertidas que possuam a potencialidade de produzir, ou mesmo já estejam produzindo grave insegurança jurídica, por afetarem a situação jurídica de um expressivo número de pessoas”. C.f.: RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII, 2011, pág. 907.

<sup>240</sup> Vide tópico 2.2 da presente pesquisa.

não alcançaram o propósito de dar cumprimento a *structural injunctions* (que no mais das vezes encerravam valores constitucionais) foram colocadas pelo Judiciário norte-americano”.<sup>241</sup>

Assim, a “resistência maciça do Sul à dessegregação dissipou indiscutivelmente grande parte da promessa de *Brown I*”<sup>242</sup>, motivo pelo qual, face a ineficácia da decisão, “a Corte se reuniu, em 1955, para reargumentar o caso, que ficou conhecido como *Brown vs. Board of Education II*, para analisar as resistências oferecidas quanto à implementação do que foi decidido, em especial às oferecidas no Sul do país.”<sup>243</sup>

Dessa forma, nos casos de dessegregação escolar, diversas medidas estruturantes foi implementadas a fim de que a decisão fosse, de fato, eficaz, vejamos:

Na tentativa de garantir que os recursos sejam aplicados, os tribunais inferiores demonstraram uma tremenda criatividade. Eles confiaram na abordagem tradicional de nomear "mestres" para supervisionar a remediação de uma instituição, mas também criaram comitês de cidadãos ou painéis de especialistas para fazer o mesmo. Os tribunais nomearam receptores para assumir completamente as funções estaduais e, em um caso, um tribunal nomeou o governador do estado como receptor temporário de um Conselho de Correções do Estado para que ele pudesse levar as prisões estaduais ao cumprimento de uma ordem judicial. Pediram a construção de novos edifícios, contrataram funcionários do Estado e até aumentaram os impostos. Além de empregar essas abordagens criativas, os tribunais inferiores utilizaram técnicas de “cenoura e bastão”<sup>244</sup>, juntamente com as negociações que os acompanham, para ver se as ordens de reparação são aplicadas. Tudo o que se pensa dos tribunais, como entrar numa ordem e depois negociar para ver se a ordem será cumprida, mas os tribunais fizeram exatamente isso: empregaram grandes ameaças, incluindo ameaças à prisão de funcionários públicos recalcitrantes, libertarem prisioneiros de prisões superlotadas e fechar instituições públicas que não aderissem à decisão judicial. E em face de tentativas de boa-fé para cumprir, os tribunais também usaram “cenouras”, incluindo a disposição de reavaliar e modificar consistentemente decretos, se necessário, para manter a conformidade da bola rolando.

---

<sup>241</sup> BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions no direito norte-americano* In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 291.

<sup>242</sup> CHEN, JIM. *With All Deliberate Speed: Brown II and Desegregation's Children*, 24 *Law & Ineq.* 1 (2006), pág. 2. No original: “(...)the South's massive resistance to desegregation arguably dissipated much of Brown's I promise.”

<sup>243</sup> JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. *Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of education* In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 578.

<sup>244</sup> A expressão “carrot and stick” traduzida como “cenoura e bastão/vara”, “é usada para descrever uma situação em que, para fazer alguém trabalhar mais ou alcançar outro resultado desejado, são oferecidas recompensas – e, ao mesmo tempo, são feitas ameaças de punições. Nesta metáfora, a cenoura seria a recompensa, e a vara, a ameaça de punição.” Disponível em: <http://www.maiovergara.com/carrot-and-stick-o-que-significa-esta-expressa%CC%83o/>

Assim, o medo gerado pela incerteza quanto a se os tribunais federais cumpririam suas ameaças, bem como as perspectiva de sua recompensa por esforços de boa-fé, convenceu funcionários do Estado para tentar a conformidade em vez de arriscar as consequências do desafio.[tradução livre]<sup>245</sup>

Dessa forma, verifica-se que a mera prolação de uma decisão judicial em um *public interest case* buscando a solução do conflito, não foi (e ainda não é) suficiente para promover, de fato, uma reforma estrutural na sociedade, ainda mais se prolatadas unilateralmente pelo decisor, motivo pelo qual fez-se imprescindível a insurgência de medidas estruturantes, prospectivas e periodicamente revisadas, para efetivação da decisão dessegregacionista.

Assim, em injunções estruturais, as decisões não são totalmente rígidas. Em verdade, as medidas estruturantes fixadas são constantemente adaptáveis, inclusive quanto à flexibilização dos limites objetivos e subjetivos da demanda – respeitado o contraditório participativo - e possuem implementação gradual, sob pena de provável inefetividade do pronunciamento jurisdicional.

A volatilidade das decisões estruturais é traduzida na expressão de Arenhart intitulada “provimento em cascata”, onde as medidas estruturantes prestam-se a resolver os percalços processuais na medida em que eles surgem, através de uma ampla cadeia de sucessivas decisões – não apenas uma sentença final e terminativa – utilizando-se da técnica de erro-acerto para dimensionamento do conflito, objetivando a efetividade do procedimento jurisdicional.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: Enforcing federal remedies. Southern California Law Review, n 65, Jan. 1992, pág. 754-755.

No original: In attempting to ensure that remedies are enforced, lower courts have demonstrated tremendous creativity. They have relied on the traditional approach of appointing "masters" to oversee the remediation of an institution, but they also have set up citizens' committees or blue ribbon panels of experts to do the same. Courts have appointed receivers to take over state functions altogether" and in one instance a court appointed the state governor as temporary receiver of a State Board of Corrections so that he could bring state prisons into compliance with a court order. Courts have also devised educational programs, ordered construction of new buildings, hired state officials, and even raised taxes. In addition to employing such creative approaches, lower courts have utilized carrot and stick techniques, together with accompanying negotiations, to see that remedial orders are enforced. This is not at all how one thinks of courts, as entering an order and then negotiating to see if the order will be carried out. But courts have done just that. They have employed grand threats, including threats to jail recalcitrant public officials, release prisoners from overcrowded jails, and close noncompliant public institutions. And in the face of good-faith attempts to comply, courts have also used carrots-including a willingness to consistently reevaluate and modify decrees if necessary to keep the compliance ball rolling. Thus, the fear engendered by uncertainty as to whether federal courts would make good their threats, as well as the prospect of their reward for good-faith efforts, has convinced state officials to attempt compliance rather than risk the consequences of defiance.

<sup>246</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Processos Coletivos – Revista Eletrônica - Volume: 6 Número: 4 Trimestre: 01/10/2015 a 31/12/2015.

Segundo Arenhart, em uma primeira decisão estrutural são traçadas diretrizes e linhas gerais abrangentes para a tutela do direito clamado, denominadas de “decisões-núcleo”; em um segundo momento, será exigida a prolação de decisões que solucionem problemas, questões pontuais ou especifiquem determinadas práticas e condutas, em relação àquela primeira decisão-núcleo proferida. Assim, a sentença (decisão-núcleo) tem o condão de fixar o resultado almejado, propondo, através de sucessivas e prospectivas decisões estruturais, um plano de ação para persecução de efetividade ao direito tutelado.<sup>247</sup>

Segundo Arenhart, ainda, o litígio estrutural deve possuir limites subjetivos e objetivos flexíveis, e o princípio da demanda relativizado, nos seguintes termos:

Imagine-se o princípio da demanda. Segundo sua essência – e a consequente ideia da adstrição – o juiz está limitado ao pedido formulado pela parte. Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar esses limites em sua atuação. 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 um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua 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.<sup>248</sup>

Compreende-se que, de fato, a flexibilização dos limites subjetivos e objetivos da demanda pode acarretar maior alcance e efetividade ao pronunciamento jurisdicional em sede de litigância de interesse público.

A atenuação do princípio da demanda deve se dar em comparticipação, após efetivo contraditório substancial das partes, não devendo ser tolerada qualquer atuação solipsista ou discricionária do decisor<sup>249</sup>.

Assim, a inclusão de sujeitos processuais ou ampliação do objeto da demanda, só pode ser feita mediante contraditório prévio, devendo ser intimados os sujeitos

---

<sup>247</sup> Idem.

<sup>248</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015, pág. 219 Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/> Acesso em: 20 nov 2018.

<sup>249</sup> Sobre ativismo judicial, vide tópico 4.2 da presente pesquisa.

processuais a se manifestarem sobre a possibilidade do aumento/diminuição dos limites da demanda, para que assim, a decisão prolatada que atenua o princípio da demanda, tenha sido construída, e não imposta a bel-prazer do decisor.

Além da peculiaridade sequencial-estrutural das decisões construídas em sede de litigância de interesse público, há de se falar ainda que as medidas estruturantes possuem características comuns para com os processos de litigância de interesse público.

Isso porque, toda injunção estrutural visa à reforma estrutural de um órgão e/ou instituição pública, pressupondo, assim, que há um interesse público imbricado. Entretanto, não é possível afirmar o mesmo quanto à recíproca na medida em que, um litígio de interesse público pode ser instaurado, instruído e julgado sem qualquer estruturação do procedimento jurisdicional, o que desagua, inevitavelmente, em execução inefetiva da tutela judicial de direitos fundamentais.

Assim, conforme já trabalhadas na presente pesquisa<sup>250</sup>, as características quanto à litigância de interesse público, aplicam-se, igualmente, ao litígio estrutural, citando, novamente, a título de exemplificação, a prospectividade, plurilateralidade e complexidade das demandas.

O que difere a litigância de interesse público chayesiana para com a proposição de Fiss, é, justamente, a capacidade que as *structural injunctions* possuem, conforme afirmado por Fiss, para promover uma completa reformatação das instituições públicas a partir do processo jurisdicional de interesse público.<sup>251</sup>

---

<sup>250</sup> Vide tópico 2.2 da presente pesquisa.

<sup>251</sup> Para Edilson Vitorelli, os “processos estruturais” devem objetivar a promoção de uma reforma estrutural. Assim, na concepção do autor, todo “processo estrutural” é um processo coletivo, porquanto só pode ser alcançada a reforma estrutural através de um processo coletivo, enquanto o processo de interesse público, que não necessariamente objetiva a reforma estrutural, pode ser aviado por processo individual ou coletivo. Ousamos discordar da posição de Vitorelli na medida em que, em um processo individual de interesse público, pode haver a implementação de medidas estruturantes que promovam (ou tenham o condão de promover) uma reforma estrutural institucional. A exemplo, a ação individual de reintegração de posse ajuizada em face de assentamento em propriedade privada, pela complexidade de sua demanda, carece da implementação de medidas estruturantes para o devido reassentamento das famílias que, se efetivado, importará em reforma estrutural. Ademais, segundo Vitorelli, os processos de interesse público são aviados apenas contra o estado. Entretanto, dicordamos novamente do autor, exemplificando com o caso do Rio Doce, em que as ações aviadas são contra empresas privadas - Vale, Samarco e BHP Billiton – possuindo, da mesma maneira, relevante interesse público em tais ações. Cf. VITORELLI, Edilson. 1. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo e estratégico e suas diferenças. 2018 - 11 - 13 Revista de Processo 2018, Repro, vol. 284 (outubro 2018).

A partir de *Brown e Brown II*<sup>252</sup>, a utilização das *structural injunctions* passou a ascender nos Estados Unidos da América e verificou-se um crescimento exponencial quanto à fixação de medidas estruturantes nos pronunciamentos jurisdicionais prolatados, sendo,

inquestionável, portanto, que *Brown II* merece toda a popularidade e a atenção que lhe foi dedicada nos últimos 60 anos. Mas, nos anos que se seguiram à decisão, inúmeras outras ações veicularam pretensões estruturais – em grande medida, pretensões decorrentes desse mesmo precedente. Especialmente durante as décadas de 1950 a 1960, quando a Suprema Corte norte-americana esteve sob a presidência de Earl Warren, o Judiciário engajou-se na reconstrução da realidade social. Esses casos constituem um acervo riquíssimo para a compreensão dos limites e possibilidades do processo estrutural.<sup>253</sup>

Casos como a tutela do direito à saúde, habitação, erradicação de trabalho infantil, tratamento em hospícios, prevenção de danos ambientais, igualdade salarial entre gêneros, são alguns dos temas que podem dar origem a pretensões estruturais<sup>254</sup>, assim como ocorreu com a reforma estrutural do sistema prisional do estado do Arkansas, através do precedente *Holt v. Sarver* (1969).

*Injunctions* que buscavam a proteção de direitos a presidiários já haviam sido intentadas por diversas vezes na confederação estadunidense<sup>255</sup>, não sendo, portanto, o tema inédito, tal como foi a decisão de *Brown vs Board of Education of Topeka*, entretanto, *Holt v. Sarver* possui sua peculiaridade e importância por ter sido capaz de

---

<sup>252</sup> Em *Brown II*, foi determinado que a dessegregação fosse realizada com “deliberada velocidade”, nos seguintes termos: “Os julgamentos abaixo, exceto que no caso de Delaware, são revertidos e os casos são encaminhados aos tribunais distritais para tomar tais procedimentos e entrar em tais ordens e decretos compatíveis com esta opinião como são necessárias e apropriadas para admitir escolas públicas em um base racial não discriminatória, com toda a velocidade deliberada das partes nesses casos.” No original: The judgments below, except that in the Delaware case, are accordingly reversed and the cases are remanded to the District Courts to take such proceedings and enter such orders and decrees consistent with this opinion as are necessary and proper to admit to public schools on a racially nondiscriminatory basis with all deliberate speed the parties to these cases.” Cf. Case Summary. United States Supreme Court, *BROWN v. BOARD OF EDUCATION*, (1955), No. 1, Decided: May 31, 1955. A expressão “com deliberada velocidade”, entretanto, foi como um tiro que saiu pela culatra, isso porque foi “uma frase que não agradou nem apoiadores nem opositores da integração. Sem querer, abriu caminho para várias estratégias de resistência à decisão”. No original: “a phrase that pleased neither supporters or opponents of integration. Unintentionally, it opened the way for various strategies of resistance to the decision.” Cf. *Brown I and Brown II*. Virginia Museum of History and Culture. Disponível em: <https://www.virginiahistory.org/collections-and-resources/virginia-history-explorer/civil-rights-movement-virginia/brown-i-and-brown> Acesso em 18 nov 2018.

<sup>253</sup> VIOLIN, Jordão. *Holt vs. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 304.

<sup>254</sup> VIOLIN, Jordão. *Holt vs. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 304-305.

<sup>255</sup> A título de exemplo, vide *Cooper v. Plate*.

promover uma reforma estrutural completa em todo o sistema penitenciário do Arkansas, dando, inclusive, titulação a um novo tipo de processo, denominado *prison reform litigation*.<sup>256</sup>

*Holt vs Sarver* foi um litígio formado por uma conjunto de causas<sup>257</sup> que buscava discutir a constitucionalidade das condições sub-humanas impostas aos presidiários que ocupavam a fazenda *Cummins* e a fazenda *Tucker*, onde estes eram alocados de maneira superlotada, sem qualquer atendimento médico, sujeitos a procedimentos de tortura<sup>258</sup> e imposição de sanções cruéis e desproporcionais, com cargas excessivas e condições precárias de trabalho nas fazendas - assemelhando-se à escravidão - , sujeitos a violência física e sexual, recebendo apenas o mínimo subsistencial, isso quando não eram assassinados propositalmente.

Assim, a partir do julgamento de diversas *injunctions* que pleiteavam o mesmo objeto, qual seja, a reforma do sistema prisional das fazendas de *Cummins* e *Tucker* no estado do Arkansas, o Juiz Henly – em primeira instância- e a Corte de Apelações do 8º Circuito, reconheceram a violação aos direitos assegurados na Constituição tais como proibição de instrumentos de tortura e/ou qualquer forma de punição corporal, o dever do Estado de resguardar a vida e integridade dos presidiários, proibição de chicoteamentos e superlotação das celas de confinamento solitário.

Esta foi a primeira de diversas outras decisões proferidas quanto à reforma do sistema prisional do estado de Arkansas que, inicialmente demonstrava a tímida proposição de medidas genéricas que fossem hábeis a erradicar o tratamento desumano imposto aos presidiários de *Cummins* e *Tucker*. Entretanto, com as decisões de *Holt II*, *Holt III*, a primeira e segunda e terceira decisão suplementar em *Holt III* e, ainda, o importante engajamento das funções legislativas e executiva – na pessoa do Governador do Estado de Arkansas – foram fixadas medidas estruturantes gradativamente mais concretas para a reforma do sistema penitenciário que, embora ainda imperfeito, apresentou notável melhoria.

---

<sup>256</sup> VIOLIN, Jordão. op. cit. Pág. 305-307

<sup>257</sup> Vide *Holt v Sarver I*; *Holt v. Sarver II*; *Holt v. Hutto*; *Finney v. Arkansas Board of Corrections*; *Finney v. Hutto*; *Finney v. Mabry*.

<sup>258</sup> Um método de tortura amplamente utilizado na unidade de Tucker “tratava-se de um telefone modificado, com a inclusão de baterias e eletrodos. Estes eram plugados aos dedos e aos genitais do preso, que era deitado nu sobre uma cama. Quando ligado, o aparato liberava uma forte descarga elétrica. O aparelho ficou mundialmente conhecido como ‘telefone Tucker’, era usado para punir por mau comportamento e também para obter informações. Havia dois aparelhos na unidade. Um ficava no centro médico. O outro, na sala do diretor.” C.f. VIOLIN, Jordão. *Holt vs. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 312-313.

Entre as medidas estruturantes propostas estavam, a título exemplificativo, (1) a apresentação pela função estatal executiva de um plano de ação em 30 dias, sugerindo a redução de *trusties*<sup>259</sup>, diminuição de superlotação nas unidades de confinamento, melhoria das condições sanitárias, (*Holt vs. Sarver*); (2) desautorização de *trusties*, divisão dos barracões em celas menores, mudança na forma de servir a comida aos detentos na cela de confinamento e dessegregação racial (*Holt II*); (3) nomeação de fiscais para monitorar *in loco* eventuais abusos físicos ou psicológicos nos presídios, proibição de transferência de novos presos para *Cummins*.<sup>260</sup>

Verifica-se, assim, que o caso *Holt vs Sarver* “contribuiu para a conformação das unidades carcerárias aos valores fundamentais”<sup>261</sup> e, ainda - ajudou a modelar o que se compreende como “medidas estruturantes”, aplicadas à litigância de interesse público, ao utilizar-se de procedimentos negociados, desvincular-se da visão binária de jurisdição, manter constante monitoramento e fiscalização das decisões estruturais, utilizar-se de provimentos em cascata, alcançando, a reforma estrutural do status quo sistema prisional à época.

Em relação ao sistema prisional brasileiro, embasado em precedente colombiano<sup>262</sup>, foi decretado liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal o “Estado de Coisas Inconstitucional”<sup>263</sup>, na Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional 347, ao reconhecer as generalizadas violações aos direitos fundamentais dos presidiários, determinando:

---

<sup>259</sup> Os *trusties* eram presos de confiança armados com rifles ou armas que vigiavam os demais presos. Cf. VIOLIN, Jordão. *Holt vs. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 309.

<sup>260</sup> VIOLIN, Jordão. *op. cit.*, pág. 313-330.

<sup>261</sup> *Idem*.

<sup>262</sup> Sentença SU-559, de 6 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>

<sup>263</sup> O Estado de Coisas Inconstitucional é “uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia para o enfrentamento e a superação de situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais, as quais exigem uma atuação coordenada de vários atores sociais. De acordo com a Corte Constitucional colombiana, entre os fatores considerados pelo tribunal para definir a existência do estado de coisas inconstitucional, destacam-se: a) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; c) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; d) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; e) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos.” GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017, pág 81-82.

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.<sup>264</sup>

Em que pese esta ser decisão de interesse público, verifica-se que não houve qualquer implementação de medidas estruturantes tampouco qualquer indício de que haveria uma monitoração pelo Supremo Tribunal Federal acerca do cumprimento das obrigações consubstanciadas na liminar, não sendo, portanto, decisão estruturante.

A decisão não possuía o condão de promover uma *structural reform* do *status quo* do sistema prisional brasileiro, na medida em que

(...) da forma como foi declarado, o ECI apresenta baixa chance de efetivamente contribuir na superação das omissões inconstitucionais não normativas, uma vez que o Supremo fixou as medidas a serem adotadas sem estabelecer qualquer diálogo com os demais poderes constitucionais e nem com os setores da sociedade civil envolvidos na proteção dos direitos fundamentais dos presos, fixando ordens contrárias às próprias regras infraconstitucionais e sem estabelecer mecanismos de fiscalização da decisão, importando, aparentemente, a versão mais ineficiente do instituto, referente ao seu estágio inicial de seu desenvolvimento na Colômbia. Conclui-se, então, que a decisão cautelar proferida na ADPF n° 347, que culminou na importação do ECI para o ordenamento brasileiro, constituiu uma decisão meramente simbólica, sem pretensões de alterar a realidade nacional.<sup>265</sup>

Entretanto, no Brasil, já é possível vislumbrar decisões proferidas pela função jurisdicional que tentam se valer das medidas estruturantes com o intuito de promover a

---

<sup>264</sup> Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>

<sup>265</sup> FILHO, Juraci Mourão Lopes; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 117 | pp. 219-273 | jul./dez. 2018, pág. 269.

*structural reform* em casos de litigância de interesse público, a exemplo, a Ação Popular 3.388-4/RR referente à demarcação da área de terra indígena da Raposa Serra do Sol.

Em 2005 o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva homologou a Portaria 534/2005 que demarcava as terras indígenas Raposa da Serra do Sol, declarando a posse permanente de uma área de um milhão, setecentos e quarenta e três mil, oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares e perímetro de novecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e noventa e nove metros e treze centímetros, situada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, Estado de Roraima, aos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana.<sup>266</sup>

Assim, a União, através da Fundação Nacional do Índio, começou a trabalhar em um relatório de demarcação da área, o qual não pode ser concluído em face da resistência apresentada por não-índios locais, principalmente produtores sulistas de arroz, que alegavam possuir títulos que lhes davam a posse e/ou propriedade da área a ser demarcada, recusando-se, assim, a evacuar o território, motivo pelo qual inúmeras ações sobre tal demarcação foram discutidas no Supremo Tribunal Federal.<sup>267</sup>

No julgamento da Ação Popular 3.388-4/RR foram fixadas inicialmente pelo Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito 19 salvaguardas<sup>268</sup> para estruturar a

---

<sup>266</sup> Vide Portaria 534 de 13 de abril de 2005.

<sup>267</sup> C.f. STF – Raposa da Serra do Sol: entenda o caso. Disponível em: <https://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/101787/stf-raposa-serra-do-sol-entenda-o-caso> Acesso em 17 set. 2018.

<sup>268</sup> São as 19 salvaguardas: “1. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar. 2. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional. 3. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei. 4. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira. O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai. 6. A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai. 7. O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação. 8. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. 9. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai. 10. O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes. 11. Deve ser admitido o

demarcação e ocupação de terras indígenas, a exemplo, a efetiva participação do poder público durante todo o processo demarcação da área indígena e indicação de instituto para administração da área de conservação qual seja, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.<sup>269</sup>

Embora tais critérios escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal não se subsumam com exatidão ao conceito aqui exposto do que seriam as medidas estruturantes, verifica-se que a corte constitucional, mesmo imbricada, ainda, de certa atecnia, já caminha timidamente em direção à formação de um processo jurisdicional que possua estruturação dos pronunciamentos judiciais objetivando promover uma efetiva reforma estrutural institucional em casos com repercussões complexas de interesse público.<sup>270</sup>

---

ingresso, o trânsito, a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai. 12. O ingresso, trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas. 13. A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham [sic] sido excluídos expressamente da homologação ou não. 14. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena. 15. É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa. 16. As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros. 17. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada. 18. Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. 19. É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036> Acesso em 18 nov 2018.

<sup>269</sup> Cf. Notícias STF: STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas. Quinta-feira, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036> Acesso em 17 set. 2018.

<sup>270</sup> Sobre o julgamento da Ação Popular 3.888/RR, o à época Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, assim se pronunciou: “O caso Raposa Serra do Sol é, certamente, um dos mais difíceis e complexos já enfrentados por esta Corte em toda a sua história. Os múltiplos e diversificados fatores sociais envolvidos numa imbricada teia de questões antropológicas, políticas e federativas faz desse julgamento um marco em nossa jurisprudência constitucional. Não há respostas precisas e diretas para o problema apresentado ao Tribunal. Soluções de improcedência ou procedência, total ou parcial, dos pedidos apresentados, não abarcam a totalidade das questões suscitadas em toda a sua complexidade e diversidade. A decisão que tomamos hoje, portanto, deve também estar voltada para o futuro. Não devemos apenas mirar nossa atenção retrospectiva para quase três décadas de conflitos nesse difícil processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Devemos, isso sim, deixar fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam. Essa é a lição que temos a oportunidade de deixar assentada no julgamento de hoje. Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa, fixar os parâmetros para que o Estado brasileiro - não apenas a União, mas a federação em seu conjunto - efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação. A decisão de hoje, dessa forma, tem um inegável cunho pedagógico que não podemos menosprezar. As considerações que fiz após muito refletir sobre o problema - inclusive por meio de verificação in loco de suas reais dimensões -, levam em conta esse conteúdo

Inclusive, sobre a aplicação das medidas estruturantes no Brasil, em palestra proferida no Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo/SP no ano de 2005, Owen Fiss, respondendo ao questionamento feito por Carlos Alberto de Salles, se pronunciou sobre a viabilidade da promoção da *structural reform* em terras brasileiras, nos seguintes termos:

Creio que a reforma estrutural seja relevante para a situação do Brasil. Na verdade, pode ser que o Brasil esteja num momento mais propício para a implementação da reforma estrutural do que os EUA. Com a eleição de Lula, há aqui uma oportunidade especial que não existe nos Estados Unidos.<sup>271</sup>

Para Fiss, as injunções estruturais, nos Estados Unidos da América, à época, encontrava-se em franco declínio<sup>272</sup>, diferentemente do que ocorria no Brasil, onde percebe-se um exponencial crescimento de procedimentos jurisdicionais construídos objetivando, de fato, a promoção de uma reforma estrutural institucional.

Assim, considerando a mudança paradigmática que os movimentos de litigância de interesse público trouxeram quanto à concepção da própria função da jurisdição, compreendida, agora, como apta a solucionar litígios policêntricos<sup>273</sup> e, considerando, ainda, a supramencionada ascensão da utilização de medidas estruturantes no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que há a possibilidade de implementação das medidas estruturantes na litigância de interesse público, sendo utilizada, para tanto e inclusive, o arcabouço legislativo preexistente.<sup>274</sup>

De certo, a implementação do processo com tais finalidades no ordenamento jurídico brasileiro não é tão simples assim. Em verdade, perpassa por importantes questões que deverão, necessariamente, ser superadas para que, de fato, a reforma

---

propedêutico que nossa decisão pode assumir em relação a outros processos de demarcação. Assim, não pretendo, de maneira alguma, impor soluções definitivas e exatas para os problemas enfrentados. Analiso todas as questões que no processo foram suscitadas e aceno, com isso, para o futuro, numa hermenêutica que leva em conta um 'pensamento de possibilidades' (Häberle)". C.f. PARECER N. 001/2017/GAB/CGU/AGU. Diário Oficial da União – Seção 1 - Nº 138, quinta-feira, 20 de julho de 2017 - ISSN 1677-7042, pág. 7.

<sup>271</sup> FISS, Owen. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: DIREITO GV e IDESP. Revista da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, V. 1, N. 8 novembro 2005, Pág. 43.

<sup>272</sup> “Este não é um momento feliz para o Judiciário norte-americano. Desde meados da década de 70, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem sido provida largamente – não exclusivamente, mas largamente – de juízes cuja função parecia ter sido desfazer o legado do caso “Brown vs. Board of Education”, da Corte de Warren. ‘Brown vs. Board of Education’ ainda está nos livros e é citado pela maioria dos tribunais, mas acredito que tenha sido drenado de toda a sua vitalidade” C.f. FISS, Owen. op. cit. pág. 43.

<sup>273</sup> Leia-se, aqui, conforme o policentrismo de Fuller, sendo litígios policêntricos àqueles que possuam repercussões complexas, sejam elas quanto ao objeto ou sujeito.

<sup>274</sup> Vide tópico 4 da presente pesquisa.

estrutural das instituições e organizações públicas através do processo jurisdicional seja uma realidade.

Uma destas questões – que, inclusive, rendeu críticas aos estudos de Fiss acerca da *structural reform* - diz respeito, justamente, ao protagonismo judicial<sup>275</sup> exercido em uma *structural injunction* e na crença de Fiss na capacidade do decisor em fixar as medidas estruturantes que sejam efetivas na promoção da reforma estrutural.

Isso porque, Fiss propunha um modelo jurisdicional em que “a tarefa do juiz deve ser vista, então, como a conferência de significado aos valores públicos e a adjudicação como o processo através do qual tal significado é formulado e revelado”.<sup>276</sup>

Fazendo um contraponto com o papel do decisor no modelo tradicional de jurisdição proposto por Fuller<sup>277</sup> para com a sua concepção de função do decisor, Fiss afirma:

A minha concepção de adjudicação parte de cima- a função do juiz – para baixo. Posiciono a adjudicação em um plano moral com ação legislativa e executiva. Dessa forma, começo com a concepção do poder estatal personificado no juiz, trato as cortes como uma fonte coordenada do poder do Estado e considero que a força de adjudicação é moldada pela sua função e pelo cenário social. Fuller rejeita tal proposição, pois possui uma concepção inversa – parte da base e segue para o topo (começa com o indivíduo ao invés do juiz).<sup>278</sup>

Fiss rechaça a concepção de Fuller acerca do juiz “*bouche de la loi*”, entretanto, em que pese elevar o juiz a um patamar de verdadeiro “guardião dos valores constitucionais”, não propõe a atuação do decisor como a de um pretor romano. Em verdade, Fiss reconhece que o juiz só pode exercer o poder que lhe é atribuído após a oportunização de diálogo processual e justificação de suas decisões<sup>279</sup> e que “os juizes não possuem o monopólio na tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivos para que silenciem.”<sup>280</sup>

O que se contesta é, justamente, a ingênua crença de Fiss quanto à habilidade do decisor na conferência de significação às normas constitucionais, em especial em

---

<sup>275</sup> Vide tópico 4.2 da presente pesquisa.

<sup>276</sup> FISS, Owen M., As formas de justiça In O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 132-133.

<sup>277</sup> Vide tópico 2.2 da presente pesquisa.

<sup>278</sup> FISS, Owen. op. cit. pág. 158.

<sup>279</sup> FISS, Owen M., As formas de justiça In O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 130-131.

<sup>280</sup> FISS, Owen. op. cit. pág. 120.

litígios que demandariam conhecimento gerencial, de orçamento, de planejamento entre uma série de outros domínios para os quais a magistratura (em regra) é desprovida de expertise. Isso porque, há muito se compreende que o processo jurisdicional não pode mais ser concebido sob vieses totalmente socializadores, devendo toda conduta de qualquer esfera estatal estar sempre embasada nas premissas do Estado Democrático de Direito - pautada no devido processo embasado no policentrismo e participação entre os sujeitos processuais.

Mesmo que Fiss não conceba o decisor como um pretor romano, não há mais espaço para qualquer vislumbre de solipsismos judiciais<sup>281</sup>, não podendo se falar, portanto, que o juiz teria a incumbência e a expertise necessária de promover sozinho o enfrentamento de dilemas na (dis)funcionalidade das instituições públicas e “reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.”.

O juiz não deve encabeçar nenhuma causa. A função do juiz, como garante de direitos, no que tange à litigância de interesse público e ao processo para viabilização de direitos fundamentais, é, em verdade, em participação e mediante efetivo contraditório, construir, em conjunto com os sujeitos processuais e mediante atuação policêntrica, decisões estruturantes que sejam hábeis a efetivar uma reforma estrutural institucional tendo como pressupostos os cidadãos atingidos que precisam ter seus interesses sendo levados seriamente em consideração.

Paola Bergallo, em entrevista concedida presencialmente à autora da presente pesquisa em dezembro de 2017 junto à *Universidad Torcuato Di Tella*, em Buenos Aires, na Argentina, afirmou que a visão de Fiss, acerca da reforma estrutural, era muito otimista, na medida em que:

Ele era advogado no Departamento de Estado, então ele era um advogado importante no litígio de muitos casos. Então, quando ele passou da prática da lei para Yale - primeiro ele foi para Chicago - e quando ele passou de um praticante da lei para um estudioso, ele começou a refletir e desenvolver conceituações teóricas sobre o que ele e outras pessoas que ele sabia que tinham feito nos anos 60. Então, na época, quando ele começou a escrever essas questões [sobre reforma estrutural] e estudar essas questões sobre a perspectiva de um acadêmico, ele ainda era, eu acho, muito otimista sobre o que a lei [ou o direito] poderia fazer e o que estava sendo feito.<sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> Vide tópico 4.2 da presente pesquisa.

<sup>282</sup> BERGALLO, Paola. Transcrição de trecho de entrevista concedida por Paola Bergallo à Luciana Morato. *Universid Torcuato di Tella*. 8 de dezembro de 2017. Buenos Aires, Argentina. No prelo. No original: “He was a lawyer at the State Department, so he was a lawyer importante in the litigation of

Assim, até agora, o estudo proposto buscou identificar, em um primeiro momento, a mudança dos movimentos de litigância de interesse público que, precipuamente, objetivavam a solução de controvérsias em litígios complexos, e, em um segundo momento, a análise do processo para promoção de direitos fundamentais mediante reestruturações burocráticas, como um avanço epistemológico em relação ao *Public Interest Law*, ao conceber a função da jurisdição como a de efetivar a promoção de uma reforma estrutural institucional.

A presente pesquisa propõe a utilização de procedimentos judiciais objetivos para implementação das medidas estruturantes na litigância de interesse público no ordenamento jurídico brasileiro, mediante participação e policentrismo, refutando o protagonismo judicial, conforme estudado em tópico que segue.

#### **4. IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES EM SEDE DE LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO**

A maior preocupação no que tange à fixação de medidas estruturantes em litígios de direito público reside, justamente, no *modus operandi* desta fixação. A crença de que o decisor possui virtude e perícia para fixar medidas hábeis a efetivar o pronunciamento jurisdicional exarado ainda é recorrente, mesmo sendo perigosa.

O litígio de direito público, seja através de processo judicial coletivo ou individual, envolve questões complexas, como, exemplificativamente, saúde, moradia, educação, meio-ambiente e segurança. O decisor não possui formação acadêmica, tampouco profissional, para que conheça com propriedade cada uma dessas temáticas, mas sim, para conhecer o Direito e sua aplicação.

Entretanto, mesmo sob o vislumbre da patente necessidade de que seja ofertado auxílio técnico ao decisor para a tomada de decisão estrutural e, mediante a ciência acerca da imprescindibilidade da disponibilização de um contraditório substancial, os decisores ainda surgem com pronunciamentos judiciais retirados “de suas cartolas” que, se em processos judiciais individuais, entre sujeitos privados, já causam consternação,

---

many cases. So, when he went from the practice of law to Yale, first he went to Chicago, and when he moved from a practitioner to a scholar he began to reflect and to develop theoretical conceptualizations about what he and another people he knew had done in the 60's. So at the time, when he began writing these issues, and studying these issues about the perspective of a scholar, he was still, I think, very optimistic about what law could do and what was being done.”

maior ainda é o prejuízo aferido em casos complexos e plurilaterais, que buscam a reforma estrutural de instituições em sua inteireza.

A falta de critérios para fixação das denominadas “medidas estruturantes”, inevitavelmente, desvirtua o propósito almejado pelo processo com tais fins, porquanto as decisões são incapazes de tutelar o direito fundamental pleiteado bem como inaptas a promover a *structural reform* nas edificações estatais.

Atualmente, a ausência de procedimento específico para fixação de medidas estruturantes em sede de litigância de interesse público desagua em uma invocação recorrente e desmensurada dos conceitos indeterminados de “mínimo existencial” e “reserva do possível” para (pseudo) fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais.

Dentro de um esforço de simplificação é possível dizer que o mínimo existencial “tem sido compreendido como o conjunto de prestações materiais, garantido pelo Estado, indispensáveis para assegurar aos indivíduos uma vida digna”<sup>283</sup>. Entretanto, acerca da intangibilidade de um conceito objetivo de mínimo existencial, já em 1989, Ricardo Lobo Torres alertava que:

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procura-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, ‘se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável’<sup>284</sup>.

Limitando a aplicação do que se entende como mínimo existencial – fundamento que compele as funções estatais proverem os reclamantes os direitos mínimos necessários à uma sobrevivência digna – tem-se o conceito, igualmente, abstrato, da “reserva do possível”, que “procura identificar o fenômeno econômico da

---

<sup>283</sup> REISSINGER, Simone. Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988. 2008. 117f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito p. 56.

<sup>284</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, In: 29-49 jul/set.1989, pág. 29.

limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”<sup>285</sup>

A tutela de direitos fundamentais, deferida com base no “mínimo existencial” passou a ser condicionada à suficiência de recursos pelas funções estatais<sup>286</sup> e, “a partir daí, a tese da reserva do possível passou a ser adotada como óbice jurídico à efetivação de direitos sociais, com base na atuação direta do Estado.”<sup>287</sup>

Os litígios de direito público possuem repercussões complexas e a questão orçamentária é extremamente relevante, mas preocupante, na medida em que, a desconsideração de tal fator quando da prolação do pronunciamento judicial acarretará, inevitavelmente, na execução frustrada do direito tutelado, porquanto o jurisdicionado “ganha, mas não leva”. Ao mesmo tempo, a questão da insuficiência de recursos estatais não pode, nem deve, ser o único critério levado em consideração para o deslinde da causa de interesse público.

A fixação de medidas estruturantes em litígios de direito público (pseudo) fundamentadas unicamente nos conceitos abstratos de mínimo existencial ou reserva do possível, dá azo a interpretações solipsistas e atuação arbitrária do decisor.

Se o decisor invoca critérios próprios e exara pronunciamento judicial ignorando questões ímpares, como, exemplificativamente, a questão orçamentária - por desconhecimento de seus impactos e/ou imperícia na estruturação do procedimento - age, da mesma forma, arbitrariamente e, ao invés de dar solução efetiva ao caso, “a depender do conteúdo da decisão estruturante (e das respectivas medidas) ‘o tiro pode sair pela culatra’”<sup>288</sup> e a situação fática vir a se tornar pior do que o *status quo*.

É preciso dar subsídio normativo ao decisor para que ele, mediante a promoção de diálogos insterintucionais e em participação com os interessados, fixe medidas estruturantes que sejam capazes de promover reformas estruturais institucionais. Para

---

<sup>285</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 236.

<sup>286</sup> “Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” Cf. BRASÍLIA, STF. ADFP 45/MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05/05/2004.

<sup>287</sup> SILVA, Helen Cristina de Almeida. Litigância de interesse público: em busca da adequação dos provimentos jurisdicionais à luz da teoria do direito como integridade. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2015, pág. 89.

<sup>288</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 228.

tanto, a presente pesquisa propõe procedimentos judiciais objetivos a serem utilizados pelo decisor na implementação das medidas estruturantes em sede de litigância de interesse público, estudados nos subtópicos seguintes.

#### **4.1. Diálogos insterstitucionais, Contraditório e Participação.**

Para a implementação de medidas estruturantes na litigância de interesse público é de suma importância que haja efetivo diálogo entre as instituições.

Christiane Bateup fez importante estudo, publicado em 2006, acerca do potencial normativo das teorias de diálogo constitucional<sup>289</sup>, entretanto, Miguel Godoy nos atenta que a proposição de tais diálogos, em que pese ter crescido exponencialmente nos últimos anos, não é temática inédita, porquanto em 1960, Alexander Bickel<sup>290</sup> já “fazia alusão às ideias de um ‘colóquio contínuo’ de uma ‘conversa permanente’, sobre a interpretação da constituição”<sup>291</sup> e, ainda, Louis Fisher<sup>292</sup>, em 1988, no mesmo sentido, ao estampar “o título de seu livro ‘Diálogos Constitucionais: interpretação como processo político’”<sup>293</sup>.

Sobre os diálogos interinstitucionais, inicialmente, afirma Bateup<sup>294</sup>:

Nos últimos anos, o “diálogo” tornou-se uma metáfora cada vez mais onipresente dentro da teoria constitucional. É mais comumente usado para descrever a natureza das interações entre os tribunais e os ramos políticos do governo na área de decisão constitucional, particularmente em relação à interpretação dos direitos constitucionais. As teorias do diálogo enfatizam que o judiciário não tem (como matéria empírica) nem deve (como matéria normativa) ter o monopólio da interpretação constitucional. Em vez disso, ao exercer o poder da revisão judicial, os juízes se engajam em uma conversa

---

<sup>289</sup> BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 *Brook. L. Rev.* (2006), pág. 1109.

<sup>290</sup> BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. Ed. New Heaven: Yale Press, 1986.

<sup>291</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, pág. 150.

<sup>292</sup> FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

<sup>293</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, pág. 150-151.

<sup>294</sup> Rosalind Dixon, em sentido semelhante ao the Christiane Bateup, propõe um modelo dialógico de jurisdição, vide tópico 2.7 da presente pesquisa, entretanto, Dixon afirma que o processo dialógico se dá através da revisão do processo legislativo em juízo, trabalhando a questão dos diálogos interinstitucionais em segundo plano quando, sob outra vertente, Bateup trabalha com uma verdadeira teoria acerca do potencial normativo dos diálogos interinstitucionais.

interativa, interconectada e dialética sobre o significado constitucional. Em suma, os juízos constitucionais são, ou idealmente deveriam ser produzidos através de um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais. [tradução livre]<sup>295</sup>

Assim, ao explicar acerca desse processo compartilhado de interpretação e aplicação constitucional entre as instituições das funções estatais e a sociedade, Bateup sistematiza as abordagens acerca das teorias sobre os diálogos interinstitucionais sob duas vertentes, a primeira, quanto ao método/empíricas (*Theories of judicial method*) e a segunda quanto à estrutural/normativa (*Structural theories of dialogue*).

De um lado, a abordagem sobre o método judicial se subdivide nas seguintes teorias: (1) aconselhamento judicial (*Judicial advice-giving*), onde a função jurisdicional deve utilizar “técnicas de interpretação e de construção da decisão que se revelem proativas, e que recomendem específicos cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violação constitucional”<sup>296</sup>; (2) por meio de medidas processuais (*Process-centered rules*), que não buscam dizer como as demais funções estatais devem proceder, mas sim “investigar se o legislativo teve a devida consideração com temas como direitos fundamentais, oferecendo a cada matéria a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame”<sup>297</sup>; e, ainda, (3) minimalismo judicial (*Judicial minimalism*), que “envolve juízes recuando de decidir casos a fim de permitir maior espaço para consideração e escolha democrática” [tradução livre]<sup>298</sup>.

Por outro lado, a abordagem quanto à estruturação dos diálogos interinstitucionais, se subdivide da seguinte forma: (1) teoria da construção coordenada (*Coordinate construction theories*), em que “incluem-se nessa categoria as teorias que reconhecem a identificação do sentido constitucional como uma tarefa compartilhada entre os diversos braços do poder”<sup>299</sup>, respeitando-se, entretanto, a “supremacia na

---

<sup>295</sup> BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 *Brook. L. Rev.* (2006), pág. 1109.

<sup>296</sup> BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 2009. São Paulo, p. 2165

<sup>297</sup> Idem.

<sup>298</sup> No original: “(...) involves judges stepping back from deciding cases in order to allow increased space for democratic consideration and choice.” BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 *Brook. L. Rev.* (2006), pág. 1131.

<sup>299</sup> BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. op. cit. 2168

atribuição de sentido ao texto constitucional dentro de seu respectivo âmbito de competências”<sup>300</sup>; (2) teoria dos princípios jurídicos (*Theories of judicial principle*), que

Diferentemente da construção coordenada que não confere um papel especial ao Poder Judiciário nos diálogos interinstitucionais, defende que juízes e cortes possuem uma característica peculiar que lhes coloca em posição privilegiada no debate – sua competência peculiar de julgar baseados em princípio. Na hipótese de uma interpretação equivocada por parte do Poder Judiciário, os demais Poderes poderiam fazer o controle judicial e dar início ao diálogo entre as instituições.<sup>301</sup>

(3) teoria do equilíbrio (*Equilibrium theories*), não dá ao juiz a competência de julgar questões por princípios, mas, “aos juízes é atribuída tão somente a capacidade de atuação como mais uma das instâncias de discussão, de forma a abrir espaço para que toda a sociedade possa encontrar a melhor concepção do que se está debatendo”<sup>302</sup>; (4) teoria da parceria (*Partnership theories*), onde, para aplicação do diálogo interinstitucional, há “amplo diálogo na sociedade, pautado no conjunto das contribuições do Poder Judiciário e dos demais ramos de governo sobre o sentido dos dispositivos constitucionais (...)”<sup>303</sup>.

Assim, verifica-se que a teoria do equilíbrio não dá abertura à função jurisdicional para proferir decisões pautadas em invocações principiológica, enquanto, na teoria da parceria, há uma fusão desta “capacidade” judicial para com o diálogo social. Acerca dessa diferenciação, Godoy alerta:

Assim como a teoria do equilíbrio, a teoria da parceria também busca estabelecer um debate público robusto na sociedade, mas, por outro lado, também enxerga nos mecanismos institucionais a melhor forma de fortalecer os diálogos interinstitucionais.”

Por fim, a última das teorias dentro da abordagem estrutural dos diálogos interinstitucionais, é a proposição de Bateup em aglutinar as teorias do equilíbrio e parceria, criando, dessa forma, uma (5) fusão dialógica (*Dialogic fusion*).

Segundo Bateup,

---

<sup>300</sup> Idem.

<sup>301</sup> GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, pág. 155.

<sup>302</sup> ARAUJO, André Carias de. Diálogos Institucionais como instrumento de desenvolvimento de uma jurisdição constitucional democrática. Universidade Federal do Paraná. (Dissertação) Mestrado. Curitiba, 2017. pág. 104.

<sup>303</sup> Idem.

(...) as teorias de equilíbrio focam o papel do Judiciário na facilitação e fomento da discussão constitucional em toda a sociedade, enquanto os modelos de parceria chamam a atenção para funções institucionais mais distintas que os Poderes judiciário e legislativo realizam em diálogo entre si. A síntese desses entendimentos ressalta que o diálogo deve idealmente incorporar tanto os aspectos institucionais quanto sociais. Mais importante ainda, essa compreensão dual do diálogo proporciona a visão normativa mais forte do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno, e também a maior possibilidade de projetar sistemas constitucionais aprimorados que possam realmente cumprir a promessa dialógica.<sup>304</sup>

Entretanto, “para que tal diálogo não fique dependente do mero voluntarismo de cada Poder ou de seus membros, previsões normativas são necessárias para incentivar e promover esse diálogo.”<sup>305</sup>

Assim, Bateup pontua que um dos desafios para implementar a fusão dialógica proposta pela autora é, justamente, o de pensar em propostas normativas viáveis e que sejam capazes de promover a inserção de outros autores e instituições junto ao colóquio.<sup>306</sup>

Dessa forma, verifica-se que a proposta de fusão dialógica de Bateup, além de respeitar as capacidades institucionais<sup>307</sup>, preocupa-se, ainda, com a necessária previsão normativa para efetivação dos diálogos interinstitucionais, atendendo aspectos institucionais e sociais.

Não se pode olvidar, desde já, que o contexto jurídico brasileiro traz peculiaridades próprias no que tange à aplicação desses diálogos pela dificuldade que as instituições possuem de dialogar mesmo internamente e suas peculiares (in)capacidades institucionais de fazer uma autoanálise de seus reais problemas e gatilhos dos mesmos.

---

<sup>304</sup> No original: “(...) equilibrium theories focus on the role of the judiciary in facilitating and fostering society-wide constitutional discussion, while partnership models draw attention to more distinct institutional functions that the judicial and legislative branches perform in dialogue with one another. The synthesis of these understandings highlights that dialogue should ideally incorporate both society-wide and institutional aspects. Most importantly, this dual-track understanding of dialogue provides the strongest normative vision of the role of judicial review in modern constitutionalism, and also the greatest possibility for designing improved constitutional systems that can truly live up to the dialogic promise.” BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 *Brook. L. Rev.* (2006), pág. 1180.

<sup>305</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, pág. 165.

<sup>306</sup> BATEUP, Christine. *op. cit.* pág. 1176.

<sup>307</sup> Vide tópico 4.2.4 da presente pesquisa.

Godoy, por sua vez, embasado nas lições de Conrado Hübner Mendes<sup>308</sup>, alerta que entre as instituições deve ser promovido um diálogo – debate dinâmico e dialógico - e não uma imposição de poder de uma edificação estatal à outra, nos seguintes termos:

As teorias dos diálogos também mostram como juízes e cortes, ao realizarem o controle judicial de constitucionalidade das leis, se envolvem ou devem se envolver em um debate dinâmico e dialógico sobre o significado das normas constitucionais. As respostas buscadas sobre o significado da constituição devem, assim, ser construídas, e não impostas. A interação é um fato, não uma escolha ou possibilidade. O diálogo não decorre somente da manifestação de vontade de um Poder ou apenas por exigência de algum dispositivo normativo. Ao contrário, ele deve ser o produto dessa tensão entre empirismo e normativismo, que compreendem a separação entre os Poderes como algo dinâmico, e não estanque. O diálogo nasce, assim, da conjugação entre um desenho institucional e uma cultura política, de incentivos normativos e disposição dialógica.<sup>309</sup>

E, ainda, Godoy, ao finalizar:

A perspectiva de diálogo interinstitucional aqui defendida, portanto, é aquela que não enxerga uma oposição entre os Poderes. O exercício do controle de constitucionalidade não se opõe e nem se sobrepõe ao exercício legislativo. O desafio é mostrar como, apesar da expertise ser uma variável importante no desenho institucional, a insistência sobre quem deve ter a última palavra é algo ilusório, além de improdutivo. A melhor interpretação sobre a Constituição e a melhor decisão, seja ela jurídica ou político legislativa, não decorrem somente das capacidades de uma ou outra instituição, mas sim da interação deliberativa entre elas e da busca pelas melhores razões públicas para justificar suas posturas e julgamentos.<sup>310</sup>

Os diálogos interinstitucionais não devem ser verticalizados. Não deve haver imposição de uma função estatal sobre outra. A atividade a ser exercida é argumentativa e dialógica. Para tanto, em sede de litigância de interesse público, é necessária uma ampliação do contraditório para além daqueles que figuram no processo, afim de que se sejam promovidos efetivos diálogos interinstitucionais e a inserção de outros autores e

---

<sup>308</sup> Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>309</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, pág. 165-166.

<sup>310</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *op. cit.* pág. 166-167.

instituições no espaço dialógico-processual, cumprindo, assim, a promessa dialógica proposta por Bateup.<sup>311</sup>

Para tanto, inicialmente, é necessário esclarecer que a presente pesquisa não objetiva fazer estudo aprofundado acerca da conceituação do direito fundamental ao contraditório tampouco análise de todas as suas acepções e vertentes.

Portanto, reitera-se, não há hierquia e/ou submissão entre as funções estatais. Para a promoção de efetivos diálogos interinstitucionais, a todos os sujeitos processuais deve ser assegurada a participação, através do direito fundamental ao contraditório como garantia de influência e não surpresa, de forma linear e horizontal, em patamar idêntico e com estrutura ampliada, que seja pensada especificamente para a litigância de interesse público.

Já se verifica uma mudança de significação acerca do direito ao contraditório, passando da ótica da mera bilateralidade de audiência e/ou puro direito de dizer e contradizer<sup>312</sup>, para a ascensão de um procedimento jurisdicional embasado em uma noção compartilhada, mesmo em processos de litigância de interesse público. Entretanto, a maior parte da legislação processual – de processos individuais e coletivos - ainda é pautada na lógica da adversariedade e bipolaridade de litigantes.

Owen Fiss e Lon Fuller consideram a participação como o centro legitimador de qualquer processo judicial<sup>313</sup>, entretanto, tais concepções, eram (são) aplicadas sob uma ótica individualista e adversarial, na medida em que eram aplicadas, segundo Fuller, em (1) processos individuais, com sujeitos processuais privados explicitamente antagônicos às pretensões alheias; ou, segundo Chayes e Fiss em (2) processos de interesse público, (2.a) com pretensão individual contra sujeito público e repercussão complexa, ou (2.b) pleiteando tutela de direitos coletivos através da denominada

---

<sup>311</sup> BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 *Brook. L. Rev.* (2006), pág. 1176.

<sup>312</sup> “Ocorre que, segundo pensamos, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Brasil foi acometido por espécie de processomania, mal degenerativo da ciência do direito processual, que se tornou o gerador da produção de textos doutrinários de pauperados ou anêmicos de conteúdo científico, negligenciado a concepção do processo como garantia das pessoas, pois voltados unicamente para a malsinada e infecciosa prática forense ou para concursos públicos destinados ao preenchimento de cargos ligados à carreira jurídica. Referidos textos culminaram em reduzir o alcance do contraditório, qualificando-o, resumidamente, como ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade das partes de os contrariar, vale dizer, um simples dizer pelo autor na petição inicial e um mero contradizer pelo réu na defesa. Sem dúvida, a partir de então, sedimentou-se nos arazoados forenses, nas sentenças e nos acórdãos um ideia raquítica de contraditório, que, na sua atual dimensão técnico-científica.” Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3 ed., rev. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Pág. 57-58

<sup>313</sup> STURM, Susan P. *A Normative theory of public law remedies*. *The Georgetown Law Review*. 1991, pag. 1391.

“representatividade adequada”, em que os mais diversos interesses de toda uma coletividade eram (são) concentrados na figura do substituto processual competente.

Para Fuller, inclusive, a participação não é substancialmente respeitada no litígio de direito público face a complexidade e plurilateralidade deste tipo de litigiosidade<sup>314</sup>, sendo, portanto, “impossível dar a cada parte afetada uma participação significativa através de provas e argumentos”<sup>315</sup>

Para Fiss, por sua vez, propondo um procedimento jurisdicional de direito público capaz de efetivar uma reforma estrutural institucional, coloca a participação nas mãos dos representantes adequados. Assim,

terceiros podem participar através de um substituto que eles não selecionaram e não podem prestar contas, mas que o tribunal considera um representante adequado. Fiss admite que essa abordagem priva terceiros de aspectos importantes da participação, mas está disposta a sacrificar esses valores para preservar a eficácia da injunção estrutural.<sup>316</sup>

O contraditório - mesmo em processos coletivos, em que as partes litigam através de seu representante (sic) adequado<sup>317</sup>, onde há a substituição da coletividade por sujeito processual legitimado ativo, que litiga contra sujeito processual legitimado

---

<sup>314</sup> Susan Sturm esclarece que “a base de Fuller para esta conclusão não se baseia apenas no ‘grande número de partes possivelmente afetadas’, embora a característica o preocupe [tradução livre]”. No original: “Fuller's basis for this conclusion does not solely on 'the huge number of possibly affected parties', although the feature concerns him.”. STURM, Susan P. A Normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Review. 1991, pag. 1391.

<sup>315</sup> No original: “It is simply impossible to afford each affected party a meaningful Participation through proofs and arguments.” FULLER, Lon L., The Forms and Limits of Adjudication, 92, Harvard Law Review, 1978, pág. 394-395.

<sup>316</sup> No original: “Third parties may participate through a surrogate whom they did not select and cannot hold accountable, but who the court deems an adequate representative. Fiss concedes that this approach deprives third parties of important aspects of participation, but is willing to sacrifice these values to preserve the effectiveness of the structural injunction.” STURM, Susan P. The Promise of Participation. Iowa Law Review. 1992. pág. 982-983.

<sup>317</sup> “A definição de representatividade adequada não é simples, pois o instituto é dotado de carga subjetiva, o que se verifica a partir de seu próprio nome, haja vista que o conceito de ‘adequação’ não é objetivo e pode gerar uma série de definições e interpretações diferentes. Do subjetivismo não só sua nomenclatura, mas o próprio instituto, que a reflete, também não está livre, pois sua ocorrência, em alguns casos, como se verá, dependerá de sua afirmação pelo magistrado, mediante a prova de sua existência pela parte interessada. Além disso, quando atribuída ao juiz essa afirmação, não se pode olvidar que ele é um ser humano, dotado de opiniões e critérios de convencimento próprios. Como em qualquer outra questão subjetiva submetida ao Judiciário, não existe necessariamente certeza e apenas uma solução, dependendo de interpretação e podendo, pois, não acontecer o mesmo resultado em situações rigorosamente idênticas. Importante ressaltar que a definição do instituto passa ao largo do conceito clássico de representação do direito processual, pois o representante adequado não é propriamente um representante, em seu sentido técnico-jurídico, mas um porta voz daquele grupo ou daquela classe de indivíduos que tem um direito violado e necessita da atuação ativa de alguém para vê-lo reparado.” Cf. FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade adequada nos processos coletivos. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito do Estado de São Paulo, 2010. Pág.48-49.

passivo, pleiteando a tutela judicial de direito coletivo, coletivo *stricto sensu* e/ou individual homogêneo - advém da ótica do processo individual como estudado por Fuller.<sup>318</sup>

Sturm questiona, “como a participação pode ser alcançada em situações que afetam os interesses de diversos grupos de pessoas?”<sup>319</sup>. Fiss acredita que a resposta está na representatividade adequada, entretanto, Sturm rebate ao afirmar que

A perspectiva de envolvimento desajeitado, imprevisível e interminável por inumeráveis indivíduos leva o professor Fiss a mudar do direito à participação para um direito de representação vicário de interesse. Para conseguir isso, ele oferece dois movimentos: primeiro, do individual para o interesse como o locus da participação, e segundo, da participação direta para a representação simbólica vicária. Ele deixa intacta a forma adversarial que a participação assume na adjudicação tradicional e simplesmente propõe limitar o acesso à participação a representações vicárias de interesses grupais.<sup>320</sup>

Segundo Sturm, em que pese participação e representação estarem umbilicalmente conectados, Fiss não propõe uma teoria da participação, tampouco de representação, não define a significação de “adequado” e, ainda, não indica o papel a ser exercido pelo representante adequado que vá, efetivamente, garantir a participação de todos os interessados através de sua atuação.<sup>321</sup>

A representação (sic) adequada traz à tona um grande problema envolvendo a participação. Isso porque, caso não haja efetiva participação do maior número de interessados possíveis – seja para aderirem à questão já alegada no processo judicial de direito público através do representante adequado e/ou para suscitarem questão inédita em relação ao objeto da lide – a probabilidade de adesão dos interessados que não participaram da decisão é muito baixa.

Assim, verifica-se que a representação adequada não é suficiente a garantir integralmente o direito de participação dos interessados, havendo, portanto, a necessidade de ampliação do contraditório para que sejam promovidos diálogos

---

<sup>318</sup> Vide tópico 2.1 da presente pesquisa.

<sup>319</sup> No original: “how can participation be achieved in situations affecting the interests of diverse groups of people?” STURM, Susan P. *The Promise of Participation*. Iowa Law Review. 1992. pág. 1002.

<sup>320</sup> No original: “The prospect of unwieldy, unpredictable, and unending involvement by innumerable individuals prompts Professor Fiss to shift from a right to participation to a right of vicarious interest representation. To accomplish this, he offers two moves: first, from individual to interest as the locus of participation, and second, from direct to vicarious symbolic representation. He leaves intact the adversary form that participation takes in traditional adjudication and simply proposes to limit access to participation to vicarious representatives of group interests.” STURM, Susan P. *The Promise of Participation*. Iowa Law Review. pág. 1002.

<sup>321</sup> STURM, Susan P. *op. cit.* pag. 1002-1003.

interinstitucionais com participação mais abrangente, plurilateral e complexa, fora da estrutura majoritariamente bipolarizada imputada ao processo jurisdicional individual.

Para Susan Sturm, “o conceito e estrutura adversarial da participação falha, no entanto, ao acomodar as metas e demandas da prática da litigância pública. [tradução livre]”<sup>322</sup> e, ainda,

O tipo de participação de partes contemplado pelo modelo do adversarial – com submissões indiretas e formais por meio de um advogado - não é projetado para promover uma comunicação eficaz e a aceitação de normas legais ou de identificação com o empreendimento corretivo. De fato, a participação adversarial tende a produzir o efeito oposto: hostilidade e resistência [tradução livre].<sup>323</sup>

Assim, reconhecendo a imprescindibilidade de alargamento do contraditório para promoção de efetiva participação de todos os sujeitos processuais e terceiros interessados no litígio de direito público, afastando-se das premissas do modelo adversarial de participação, Susan Sturm busca construir uma teoria normativa fundamentada em uma concepção de participação pautada nos fundamentos e objetivos da litigiosidade de direito público.<sup>324</sup>

Sturm trabalha com a concepção de contraditório em rede e, segundo a autora, a participação (1) influencia os litigantes a aceitarem os resultados, porquanto participaram amplamente na construção da decisão; (2) identifica os atores envolvidos na problemática e os integra à lide, pois são capazes de abordar questões importantes em relação aos problemas que causam a violação legal; (3) produz resultados mais efetivos através da análise das perspectivas de cada sujeito processual sobre as causas do litígio e possíveis soluções; (4) e informa os problemas a serem enfrentados durante a implementação do pronunciamento jurisdicional e ações necessárias a resolvê-los para mudar o *status quo*, instruindo os jurisdicionados sobre o funcionamento das instituições complexas.<sup>325</sup>

Para concepção de um modelo de participação pensado especificamente para o litígio de direito público, Sturm ressalta que a “a solução para esse dilema depende de

---

<sup>322</sup> No original: “The adversary concept and structure of participation fails, however, to accommodate the goals and demands of public remedial practice”. STURM, Susan P. *op. cit.* pag. 1392.

<sup>323</sup> No original: “The type of party participation contemplated by the adversary model - indirect and formal submissions through counsel - is not designed to promote either effective communication and acceptance of legal norms or identification with the remedial enterprise. In fact, adversary participation tends to produce the opposite effect: hostility and resistance”. STURM, Susan P. *op. cit.* pag. 1394.

<sup>324</sup> STURM, Susan P. A Normative theory of public law remedies. *The Georgetown Law Review*. 1991, pag. 1391.

<sup>325</sup> STURM, Susan P. The Promise of Participation. *Iowa Law Review*. 1992. pag. 996-997.

nossa disposição de olhar além do modelo adversarial de resolução de disputas”<sup>326</sup> e propõe um modelo deliberativo em que:

Sob este modelo, o papel do tribunal é estruturar um processo deliberativo por meio do qual as partes interessadas em uma disputa sobre uma injunção estrutural desenvolvem uma solução corretiva consensual usando o diálogo fundamentado. Também avalia a adequação desse processo e o remédio que produz. As partes interessadas participam diretamente de um processo informal, porém estruturado, de troca de informações, *brainstorming* e tentativa de alcançar consenso. Este processo oferece o potencial para educar as partes, desenvolver relações de trabalho, integrar diferentes perspectivas e gerar soluções criativas. Em vez de oferecer um padrão substancial para determinar quem deve participar do enquadramento do remédio, o modelo deliberativo estabelece um processo para identificar os indivíduos, grupos e organizações cuja participação é necessária para desenvolver e implementar um remédio justo e viável. Se o problema discutido no remédio implicar preocupações de indivíduos situados similarmente, o modelo fornece um processo para identificar as categorias de partes interessadas e permitir que cada grupo selecione um representante com poderes para falar em seu nome. Estes representantes não têm autorização para agir unilateralmente em nome do grupo. Ao invés disso, eles são responsáveis pela responsabilidade de ‘ampliar as preocupações de grupos maiores, levar mensagens e informações para eles, e retornar com um senso da disposição do grupo em se comprometer com qualquer consenso que surja’. Assim, o modelo deliberativo vai além da representação descritiva para uma forma de representação mais interativa que permite aos membros do grupo obter acesso ao conteúdo da deliberação, expressar suas perspectivas sobre várias propostas corretivas e responsabilizar seus representantes.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> No original: “the solution to this quandary depends on our willingness to look beyond the adversary model of dispute resolution”. STURM, Susan P. *op. cit.* pág. 1007.

<sup>327</sup> No original: “Under this model, the court's role is to structure a deliberative process whereby stakeholders in a dispute concernig a structural injunction develop a consensual remedial solution using reasoned dialogue. It also evaluates the adequacy of this process and the remedy it produces. The stakeholders participate directly in an informal but structured process of exchanging informtion, brainstorming, and attempting to reach consensus. This process offers the potential to educate the parties, develop working relationships, integrate differing perspectives, and generate creative solutions. Instead of offering substantive standard to determine who should participate in framing the remedy, the deliberative model establishes a process to identify the individuals, groups, and organizations whose participation is necessary to develop and implement a fair and workable remedy. If the remedial problem implicates concerns of similarly situated individuals, the model provides a process for identifying the categories of interested parties and enabling each group to select a representative empowered to speak on their behalf. These representatives have no authorization to act unilaterally on behalf of the group. Rather, they are charged with the responsibility 'to amplify concerns of larger groups, to carry messages and information to them, and to return with a sense of the group's willingness to commit to whatever consensus emerges'. Thus, the deliberative model moves beyond descriptive representation to a more interactive form of representation that enables group members to gain access to the content of the deliberation, to express their perspectives on various remedial proposals, and to hold their representatives accountable.” STURM, Susan P. *The Promise of Participation*. Iowa Law Review. 1992. pág. 1007-1008.

Assim, para que as medidas estruturantes sejam aplicadas à litigância de interesse público, com participação exercida em sua integralidade por todos os interessados, ampliação do direito fundamental ao contraditório e, ainda, através da promoção de diálogos interinstitucionais, em seguida são estudados os procedimentos hábeis a efetivar a implementação de medidas estruturantes no litígio de direito público.

#### **4.1.1. *Amicus Curiae e Audiências Públicas***

A intervenção de terceiros trata-se da

possibilidade do ingresso de pessoa juridicamente interessada em um processo em curso de que não participou desde o início, nem na condição daquele que deduz uma pretensão de direito material no processo, nem daquele em face de quem essa pretensão é deduzida. Responde o Direito Processual, assim, à complexidade da vida em sociedade e à interdependência dos indivíduos e de suas relações sociais, garantindo, assim, uma intensificação do contraditório e da ampla participação nos procedimentos estatais de solução de conflitos.<sup>328</sup>

O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) prevê as seguintes hipóteses de intervenção de terceiros: (1) assistência simples<sup>329</sup>; (2) assistência litisconsorcial<sup>330</sup>; (3) denunciação da lide<sup>331</sup>; (4) chamamento ao processo<sup>332</sup>; (5) incidente de desconsideração de personalidade jurídica<sup>333</sup>; e (6) *amicus curiae*<sup>334</sup>, dos quais, para a presente pesquisa, importa o estudo do *amicus curiae*.<sup>335</sup>

Sempre houve divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do *amicus curiae*, porquanto alguns reconheciam o instituto como espécie de intervenção de terceiros, mas outros não o assim consideravam, sob os argumentos de que o *amicus*

---

<sup>328</sup> SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiros no Novo Código de Processo Civil. Novo Cpc: Doutrina selecionada, v. 1: parte geral/ coordenador geral, Fredie Didier Jr. ; organizadores, Lucas Barril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador : Juspodivm, 2015. Pág. 881.

<sup>329</sup> Vide Art. 121 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

<sup>330</sup> Vide Art. 124 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

<sup>331</sup> Vide Art. 125 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

<sup>332</sup> Vide Art. 130 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

<sup>333</sup> Vide Art. 133 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

<sup>334</sup> Vide Art. 138 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

<sup>335</sup> “O *amicus curiae* é um instituto de matiz democrático, uma vez que permite, tirando um ou outro caso de nítido interesse particular, que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade.” MACIEL, Adhemar Ferreira. “*Amicus Curiae*”: Um Instituto Democrático. In: Revista de Informação Legislativa, n. 153, 2002, pág. 7.

*curiae* não sofre os efeitos da coisa julgada no processo em que atua, bem como não possui características semelhantes às outras formas de intervenção de terceiros.<sup>336</sup>

A intervenção do *amicus curiae* era admitida apenas em processos de jurisdição abstrata, em demandas de controle de constitucionalidade concentrado, ou quando expressamente previsto em lei a possibilidade de sua admissão. Entretanto, sobreveio o Código de Processo Civil de 2015 e, impondo a modificação deste entendimento, reconhece o *amicus curiae* como espécie de intervenção de terceiros, em processos individuais e coletivos, em controle de constitucionalidade concentrado e difuso.<sup>337</sup>

A repaginação do instituto do *amicus curiae* pelo Código de Processo Civil trouxe grandes contribuições ao direito processual, conforme bem explica Antônio do Passo Cabral:

De fato, o novo Código de Processo Civil inovou duplamente por, de um lado, ser previdente de uma regra geral de participação do *amicus curiae* nos processos jurisdicionais de instância ordinária; e, de outro lado, a justificativa do instituto no processo civil brasileiro mudou parcialmente. Antes se fundamentava a participação do *amicus* no (a) contraditório contemporâneo, compreendido como influência reflexiva, como o direito de condicionar eficazmente e de forma mais pluralista e tecnicamente completa a produção das decisões judiciais; e (b) na necessidade de fomentar e viabilizar a participação dos indivíduos nos cenários de formação de decisão (*status activae civitatis*). Mas o novo CPC adicionou outros elementos a este quadro. Com efeito, o sistema do novo CPC atribui força ainda maior à jurisprudência e aos precedentes, permitindo que as decisões de um processo entre as partes produzam efeitos vinculativos (e não apenas persuasivos) em outros processos que tramitam *inter alia*. A nova disciplina dos precedentes jurisprudenciais vinculativos (arts. 926 e s.) surge no sistema processual brasileiro como fundamento diferente para uma ampliação das hipóteses de intervenção do *amicus curiae*. À semelhança do que ocorre nos ordenamentos do *common law*, agora há que se buscar formas de participação de diversos atores sociais no processo individual pela possibilidade de a *ratio decidendi* de precedentes formados entre as partes poder ser aplicada a processos posteriores.<sup>338</sup>

Assim, propõe-se, na presente pesquisa, a utilização da figura do *amicus curiae*, agora considerado pela legislação como terceiro interventor, em sede de

---

<sup>336</sup> SANTOS, Marina França. op. cit. pág. 894.

<sup>337</sup> CABRAL, Antonio Passo. Art. 138. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. pág.210-211.

<sup>338</sup> CABRAL, Antonio Passo. Art. 138. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. pág. 211.

litigância de interesse público, para que, em comparticipação, sejam construídas e fixadas medidas estruturantes hábeis a dar efetivo cumprimento ao pronunciamento judicial exarado.

Evidentemente, a intervenção do *amicus curiae* não pode (nem deve) ser descriteriosa, por esse motivo, prevê o art.138 do Código de Processo Civil:

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

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

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

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.<sup>339</sup>

Assim, são pressupostos e requisitos para a intervenção do *amicus curiae*: (1) desnecessidade de alegar e provar o interesse “jurídico”, diferentemente do que ocorre com o assistente e demais espécies de intervenção de terceiros; (2) representatividade adequada<sup>340</sup>, devendo ter “alguma proximidade com os interesses materiais em causa, demonstrando uma condição subjetiva que o autorize a falar no processo em favor de

---

<sup>339</sup> Vide art. 138 da Lei 13.105/2015.

<sup>340</sup> Para Antonio do Passo Cabral, a adoção do critério da “representatividade adequada” é inadequada, nos seguintes termos: “A representatividade adequada (adequacy of representation) é um requisito utilizado nas class actions norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supraindividual tem aptidão técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas. A representatividade adequada relaciona-se diretamente à questão da vinculação da decisão àqueles que não tenham participado do processo (absent class members) e que, diante da substituição processual, poderiam ser prejudicados pela atuação negligente do substituto processual. Nas ações coletivas, o requisito se justifica pelo perigo da representação inadequada que poderia levar aqueles que não participaram a sofrer os efeitos da coisa julgada, mas a mesma lógica não existe para o *amicus*. Ao contrário das ações coletivas, no caso do *amicus curiae*, não há substituição processual: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário. E as partes que debatem em torno do direito material estão presentes no processo. Logo, não há risco de representatividade inadequada e desnecessário o exame da adequacy of representation.” CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. pág.213. A autora da presente pesquisa comunga com a crítica do autor no âmbito dos processos individuais, entretanto, discorda quanto aos processos coletivos, porquanto neles não é possível dizer que todos os interessados estarão presentes no processo.

todos os sujeitos que possam ser potencialmente atingidos”<sup>341 342</sup>; (3) repercussão social e relevância da matéria, onde não se fala, necessariamente, em questão repetitiva, mas sim, na complexidade da demanda e seus efeitos subjetivos e objetivos, inerentes à litigância de interesse público; e, ainda, (4) especificidade do objeto da demanda e relevância da informação prestada, não se tratando, aqui, de manifestação exclusivamente de peritos através de laudos técnicos, mas sim do exame do potencial que o interventor terá de contribuir efetivamente para o diálogo processual, a partir de fatores “que podem demonstrar ou indicar que suas manifestações têm potencial de influenciar o debate, incrementando e emprestando mais qualidade ao contraditório”<sup>343</sup>

Há de se mencionar ainda que (a) o Código de Processo Civil de 2015 não limita a intervenção do *amicus curiae* à pessoas jurídicas, podendo haver intervenção de pessoa física no processo jurisdicional, caso estejam presentes os pressupostos supratranscritos; (b) há previsão expressa pelo codex mencionado que a participação do *amicus curiae* não enseja a alteração de competência, nem mesmo pela competência em razão da pessoa; (c) e, ainda, que ao *amicus curiae*, em regra, não é permitido recorrer das decisões proferidas no processo, a exceção da interposição de embargos de declaração e recorrer da decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em que pese o Código de Processo Civil dispor que “caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”, não é aceitável, dentro de uma perspectiva policentrista e participada, nenhuma atuação solipsista do decisor. O pronunciamento judicial deve ser construído em conjunto pelas partes, incluindo os argumentos trazidos à tona pelo interventor, que deve ter garantido o potencial de influência.

Nestes termos, acertadamente pontua Marina França Santos:

---

<sup>341</sup> Idem.

<sup>342</sup> “Seja no controle difuso seja no concentrado, o Relator da ação tem o poder de aceitar ou não a participação do “amicus curiae”. A questão que se coloca é que, nessa avaliação, o magistrado há que considerar se há um interesse para o processo que seja maior – exclusiva ou predominantemente – do que o interesse somente de uma das partes envolvidas. É dizer, não faz sentido a aceitação do “amicus” se sua contribuição não for nem “desejável” nem “útil”<sup>30</sup> ao aporte de um maior número de diferentes teses (jurídicas ou não) sobre o caso. Perceba-se, no entanto, que essa ideia – de que trazer o máximo de contribuições para o processo gera um “plus” na decisão – somente faz sentido se o órgão julgador realmente levar a sério todas as teses “ventiladas”, o que, segundo a jurisprudência atualmente dominante, não é um requisito nem frente às teses das partes<sup>31</sup>. Se nem aos argumentos trazidos pelas partes é dado o status de merecer consideração integral pelo órgão julgador, haver-se-ia de conferir maior destaque a quem sequer possui interesse na causa?”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do “amicus curiae”. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 5(2):169-177, julho-dezembro 2013. pág. 175

<sup>343</sup> CABRAL, Antonio do Passo. op. cit. pág. 214.

Por esta razão, deve-se anotar que o magistrado, em todo o processo em que intervir o *amicus curiae*, deve guardar, em relação a ele, os mesmos deveres quanto ao contraditório que possui em face das partes do processo. É dever do juiz, portanto, enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo pelos amigos da Corte capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (enunciado n.128 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar todas as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do §1º do art. 499” [lei-se: art. 490 do NCPC]. Isto é, não é possível admitir que a participação do *amicus curiae* no processo seja tida como mera figuração ou como apoio de argumentos para a decisão já tomada pelo juiz, desprezando-se as alegações naquilo que forem incompatíveis com a decisão proferida. O *amicus curiae*, ao contrário, passa a integrar efetivamente o contraditório e suas contribuições serão, assim, de interesse público e de apreciação vinculante na formação do provimento jurisdicional.<sup>344</sup>

A partir da nova regulamentação do *amicus curiae* é possível dizer que este é procedimento judicial que amplia a noção do contraditório sendo, portanto, hábil a promover diálogos interinstitucionais endoprocessualmente.

Isso porque as instituições estatais, pessoas jurídicas e pessoas físicas, de ofício ou mediante requerimento, possuem, agora, um procedimento judicial que, ao integrar o contraditório, os permitem apresentar argumentos por manifestações orais ou escritas e dialogar entre si, de modo que a construção do pronunciamento jurisdicional que vise a fixação de medidas estruturantes sob uma ótica participada é possível.

A intervenção oral do *amicus curiae* pode ser feita, inclusive, através de audiência pública, sendo esta última mais um procedimento judicial ampliador do contraditório a ser utilizado em sede de litigância de interesse público.

As audiências públicas começaram a ser utilizadas, inicialmente, no processo administrativo, sendo estendidas ao processo legislativo e jurisdicional, consistindo as mesmas em

(...) um mecanismo ligado a práticas democráticas, apto a permitir a tomada de decisões com legitimidade e transparência, após a abertura de espaço para que todos aqueles que possam sofrer os reflexos de tais decisões tenham oportunidade de se manifestar, diretamente ou por

---

<sup>344</sup> SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiros no Novo Código de Processo Civil. Novo Cpc: Doutrina selecionada, v. 1: parte geral/ coordenador geral, Fredie Didier Jr. ; organizadores, Lucas Barril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador : Jus podivm, 2015. Pág. 896.

intermédio de entidades representativas, antes do desfecho do processo decisório.<sup>345</sup>

A realização de audiências públicas é prevista na Constituição Federal<sup>346</sup> e regulamentada através de legislação esparsa.<sup>347</sup> No Código de Processo Civil, por sua vez, é mencionada nos arts. 983, §1º (incidente de resolução de demandas repetitivas) e art. 1.038, II (julgamento de recurso especial e extraordinário), sem que o *codex* mencionado, entretanto, procedimentalize como serão realizadas as audiências públicas.

Entende-se na presente pesquisa que, se a intervenção do *amicus curiae* pode ser feita em processos individuais ou coletivos, até mesmo em instância ordinária, as audiências públicas poderão ocorrer nas mesmas circunstâncias. Em outras palavras: admitida a intervenção dos *amici curiae*, pode o decisor designar audiência pública para exposição oral dos argumentos trazidos pelos interventores em sede de litigância de interesse público.

Pesquisas demonstraram empiricamente que no Supremo Tribunal Federal, a realização de audiências públicas está sendo efetuada como mero formalismo<sup>348</sup> e “se prestado a uma finalidade retórica dentro do processo de construção argumentativa”<sup>349</sup>, na medida em que os argumentos suscitados nas sessões não estão sendo capazes de influenciar os decisores na elaboração de seus pronunciamentos jurisdicionais, ou, ainda, sendo utilizado apenas para justificar a decisão previamente tomada pelos decisores.

Entretanto, a participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas deve promover a ampliação e integração do contraditório substancial ao garantir, assim, uma comparticipação qualificada e não um mero formalismo, nos dizeres:

---

<sup>345</sup> CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. Por um Modelo Deliberativo de Formação e Aplicação de Padrões Decisórios Vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017. pág. 194.

<sup>346</sup> Art. 58, II, Constituição Federal.

<sup>347</sup> Exemplificativamente: Lei 9868/99, Lei 9.882/99, Lei 8666/93, Resolução 009/1987 – Conama, Lei 9784/99, Lei Complementar 101/00, Lei 10.257/01, Lei 8625/93.

<sup>348</sup> Vide: SOMBRA, Thiafo Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. Revista DireitoGv. V. 13 N. 1 JAN-ABR 2017 ISSN 2317-6172. e VESTENA, Carolina Alves. Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado), 2010.

<sup>349</sup> SOMBRA, Thiafo Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. Revista DireitoGv. V. 13 N. 1 JAN-ABR 2017 ISSN 2317-6172, pág 267.

Pois é exatamente para assegurar essa maior amplitude do contraditório, com a possibilidade de participação com influência na construção da decisão de pessoas e entidades (personalizadas ou não) capazes de representar adequadamente os interesses que podem vir a ser alcançados nos processos futuros pela eficácia vinculante dos padrões decisórios (sejam eles precedentes ou enunciados de súmula vinculante) que se prevê que nos procedimentos de construção de tais decisões (e enunciados) haverá espaço para a participação de amici curiae e para a realização de audiências públicas, ou até mesmo para que aqueles que se apresentem como interessados no resultado se manifestem. Garante-se, assim, uma comparticipação qualificada, já que subjetivamente ampliada, não se limitando aos atores do processo originariamente instaurado.<sup>350</sup>

(...) a realização das audiências públicas não pode ser mera formalidade, destinada a dar uma impressão de legitimidade à decisão (ou uma legitimação meramente formal, como se a mera observância do procedimento fosse capaz de legitimar o resultado final do processo). É absolutamente fundamental que o conteúdo trazido ao processo nas audiências públicas seja levado a sério pelo órgão decisor, sob pena de não se alcançar a legitimidade democrática e constitucional que através da comparticipação subjetivamente ampliada se busca obter no processo de formação de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante.<sup>351</sup>

E no mesmo sentido, mesmo sem mencionar explicitamente que se trata de demanda de interesse público, Antonio Passo Cabral defende a utilização do *amicus curiae* na *public interest litigation*, nos seguintes termos:

Às vezes, um único processo, em que se discutam matérias polêmicas, com grande divulgação na mídia ou que envolvam debates sensíveis numa comunidade, pode justificar a intervenção do *amicus curiae*. Questões sociais como sistema de ensino e hospitalar, controle de aplicação e gestão de verbas públicas, orçamento participativo, entre outras, são prova irrefutável de que a concepção exclusivamente privatista do processo, já abandonada na ciência processual, deve também imperar na interpretação e aplicação da sistemática do *amicus curiae*. Neste e em outros casos, onde embora num processo

---

<sup>350</sup> CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. Por um Modelo Deliberativo de Formação e Aplicação de Padrões Decisórios Vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017. pág. 184.

<sup>351</sup> CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. Por um Modelo Deliberativo de Formação e Aplicação de Padrões Decisórios Vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017. pág. 195-196.

individual a matéria envolva debates relevantes na sociedade, justifica-se a admissibilidade do *amicus*.<sup>352</sup>

Portanto, a intervenção do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas são imprescindíveis à litigância de interesse público, porquanto promovem uma amplitude do contraditório e diálogos interinstitucionais, ao apresentarem os interventores em juízo argumentos com potencial de influência na construção em comparticipação do pronunciamento jurisdicional a ser exarado.<sup>353</sup>

#### **4.1.2. Cooperação e Negociação Processual**

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou uma concepção de cooperação que se afasta das premissas do protagonismo judicial conforme pautadas pela doutrina da socialização processual, e aproxima-se da visão de que todos os sujeitos devem cooperar entre si para alcançarem o melhor resultado final possível, mesmo que com objetivos e papéis dissonantes.<sup>354</sup>

Ao normatizar a cooperação processual, o art. 6º do Código de Processo Civil<sup>355</sup> “mostra que mediante o novo texto não é mais possível cogitar em centralidade do juiz ou das partes; o Novo CPC é um código de todos os sujeitos processuais, é, portanto, policêntrico.”<sup>356</sup>

Conforme defendido na presente pesquisa, a chave para a efetiva solução de controvérsias que envolvam interesse público, objetivando, de fato, promover uma reforma estrutural completa e não meramente paliativa, descansa, justamente, no enfrentamento do processo judicial partindo do pressuposto da comparticipação, em contramão à ótica eminentemente adversarial do processo individual.

---

<sup>352</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. pág.213-214.

<sup>353</sup> No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 43 acórdãos mencionam a expressão “amicus curiae”, entre maio de 2006 a outubro de 2018, sendo a maioria rejeitando a intervenção do amicus curiae ou afirmando sobre a irrecorribilidade da decisão que inadmite o amicus curiae. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi admitida intervenção como amicus curiae em apenas 2 processos, um em que o Ibama foi oficiado (7328934.46.2009.8.13.0024) e outro admitindo a intervenção de três sindicatos ( 0367529-09.2012.8.13.0000). Não há nenhum acórdão contendo a expressão “amici curiae”.

<sup>354</sup> “(...) reconhece-se que há papeis distintos, mas que todos cooperem para o resultado final”. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/> Acesso em 15 nov 2018.

<sup>355</sup> Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>356</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pag. 88.

Nesse contexto cooperativo, advoga-se, aqui, inicialmente, pela utilização do sistema multiportas (*Multidoor system*) e os métodos adequados de resolução de conflitos, para a *public interest litigation*: a conciliação e mediação.

Remete-se, aqui, ao estudo de Judith Resnik em 1982<sup>357</sup> acerca do processo gerencial e os pontos positivos e negativos do “*pretrial*”, ao qual no Brasil assemelha-se à audiência de conciliação ou de mediação regulamentada pelo art. 334 do Código de Processo Civil.<sup>358</sup>

A conciliação e mediação, assim como a audiência saneadora do art. 357, §3º do Código de Processo Civil<sup>359</sup>, são hábeis a efetivar o contraditório participativo e estruturar o procedimento judicial, seja na fase cognitiva ou executória, sendo de grande valia à efetividade do processo de interesse público, não devendo ser utilizadas somente em causas de menor complexidade.

Nesse sentido, Theodor Jr., Nunes e Bahia alertam:

Tais práticas no âmbito da litigância de interesse público, seja na cognição e, especialmente na execução, teriam enorme potencial de pela via do contraditório dinâmico viabilizar possibilidades muito

---

<sup>357</sup> Vide tópico 2.4 da presente pesquisa.

<sup>358</sup> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

<sup>359</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

superiores de equacionamento da demanda. A novidade, que aqui se advoga, não seria a de se usar as referidas técnicas “adequadas” em detrimento da proposta tradicional jurisdicional, mas a percepção de que a opção por elas não seria mais recomendável apenas para as demandas de menor complexidade, como costumeiramente ainda se defende, mas de que seu uso seria buscado exatamente nas causas de alta complexidade, como as de implementação de políticas públicas.<sup>360</sup>

Igualmente, as negociações processuais<sup>361</sup> possuem o condão de trazer maior efetividade à implementação de medidas estruturantes em sede de litigância de interesse público<sup>362</sup> na medida em que, sob a ótica cooperativa “a consensualidade (convencionalidade) ocupa lugar de destaque, com prestígio às soluções negociadas<sup>363</sup>” e, ainda, porque

as soluções consensuais vão ao encontro da efetividade processual, pois é prudente conferir às próprias partes o poder de adaptar o processo/procedimento às necessidades do seu caso, permitindo a superação da crise jurídica que enfrentam, por meio da adequação voluntária do procedimento e da regulamentação das situações jurídicas processuais.<sup>364</sup>

Assim, nos termos do art 190 do Código de Processo Civil<sup>365</sup>, os sujeitos processuais podem firmar negociações quanto ao procedimento, antes ou durante o processo, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (1) verse o processo sobre

---

<sup>360</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. Revista de processo, vol. 224, São Paulo, 2013, pag. 150.

<sup>361</sup> “Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.” DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 59-84, abr/jun 2016, pág. 59.

<sup>362</sup> “(...) o processo civil de interesses públicos, arisco às soluções negociadas, há muito vem se rendendo à medição, conciliação, etc.” CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETTI JR., Hermes (Coord). Repercussões no Novo CPC: Processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 319-332. v. 8. pág. 321.

<sup>363</sup> RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 146.

<sup>364</sup> RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 147.

<sup>365</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

direitos que admitam autocomposição; (2) sejam as partes plenamente capazes; (3) que nenhum das partes esteja em posição vulnerável em relação à outra; e, ainda, (4) ausência de nulidades.

Entretanto, no que tange à litigância de interesse público, resta a discussão acerca da (in)disponibilidade dos direitos objeto da negociação processual, isso porque ainda há a discussão acerca do fato de que direitos indisponíveis não estão sujeitos à convencionalidade e negociação.

Todavia, verifica-se que o art. 190 do Código de Processo Civil fala em “direitos que admitam autocomposição” que é, em verdade, noção muito mais ampla que a indisponibilidade do interesse público, na medida em que

A indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial. Os meios de se atingir a tutela do interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o dever de buscar o melhor método para atingi-lo. (...) Dessa forma, pode-se afirmar que a indisponibilidade do interesse público não configura óbice à utilização de meios consensuais à solução de controvérsias ou à arbitragem. Ao contrário, tais mecanismos podem promover uma tutela mais adequada ao interesse público em jogo.<sup>366</sup>

É possível concluir, portanto, que “a indisponibilidade do direito material não acarreta, por si só, a impossibilidade de celebração de negócio processual”<sup>367</sup>. Nesse sentido, inclusive, é a redação do Enunciado 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao afirmar que “é admissível a celebração de convenção processual coletiva”<sup>368</sup>.

Assim, a presente pesquisa propõe como exemplos de negociações processuais a serem realizadas para implementação de medidas estruturantes na *public interest litigation*, os seguintes objetos:<sup>369</sup> (1) calendarização dos prazos, (2) negociação sobre

---

<sup>366</sup> RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 369-370.

<sup>367</sup> RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. *Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas*. In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 156.

<sup>368</sup> Enunciado 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “255. (art. 190) É admissível a celebração de convenção processual coletiva.” Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria> Acesso em 15 nov de 2018.

<sup>369</sup> A exceção da “atuação do *amicus curiae*”, todos os exemplos de negociações processuais dispostos neste tópico foram citados conforme proposição de Marco Antônio Rodrigues e Rodrigo Gismondi no estudo RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. *Negócios jurídicos processuais como*

prazos processuais, (3) suspensão convencional do processo, (4) atuação do *Amicus Curiae*, (5) delimitação consensual das questões de fato e/ou direito a serem enfrentadas, (6) convenções na fase probatória.

A (1) calendarização de prazos tem previsão legal no art. 191 do Código de Processo Civil<sup>370</sup> e diz respeito à “atividade de criação de cronograma de atos processuais”<sup>371</sup>. Aqui, “as partes estabelecem um verdadeiro calendário, vinculando a sequência de atos do procedimento a datas-limite pré-estabelecidas.”<sup>372</sup>

Assim, podem ser negociados prazos limite para prática de atos processuais na fase cognitiva ou, ainda, para cumprimento da obrigação consubstanciada na sentença, conforme explica Costa:

(...) quando se pensa em “calendarização processual”, pensa-se sempre numa tabela temporal para o desenvolvimento da atividade cognitiva, especialmente das fases instrutória e decisória. Num calendário típico, os *timings* dizem respeito à prática de atos como oferecimento de contestação, tomada de depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas, juntada de documentos, apresentação de razões finais e prolação de sentença. Porém, é plenamente possível – como já visto – a instituição de uma tabela temporal para a fase de implantação prática de uma sentença condenatória de obrigação de fazer (obviamente nos casos em que o réu concorda em cumpri-la). Ou seja, a técnica da calendarização é aplicável tanto a fases pré-sentenciais como a fases pós-sentenciais.<sup>373</sup>

Em casos que possuam repercussões complexas, a fixação consensual de calendário para a prática de atos processuais é de grande importância. Isso porque, o modelo coercitivo de execução vem se mostrando reiteradamente ineficaz e desaguando em inúmeras execuções frustradas.

---

mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 160-170.

<sup>370</sup> Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

<sup>371</sup> RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 160.

<sup>372</sup> RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In *Processos Estruturais*, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 161.

<sup>373</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf> Acesso em 15 nov. 2018. pág. 28.

A exemplo, a imposição de pronunciamento judicial para que o Município forneça medicamentos ao jurisdicionado em 30 (trinta) dias sob pena de multa diária (astreintes) de R\$1.000,00 (mil reais) é totalmente infrutífera. Se o Município não possui receita para pagamento do medicamento, quiçá o terá para pagamento de astreintes. Porque não negociar com o Município prazo para cumprimento da obrigação?

Se construído o pronunciamento judicial mediante participação (fase cognitiva) e negociado seu cumprimento (fase executória), a probabilidade de que o jurisdicionado obtenha efetiva tutela do direito fundamental pleiteado é exponencialmente maior.

Da mesma forma, podem ser realizadas (2) negociações acerca dos prazos processuais, para diminuição<sup>374</sup> ou ampliação<sup>375</sup> de prazos peremptórios, a exemplo:

Em demandas de natureza complexa, como é o caso dos processos civis de interesse público, os prazos processuais possuem especial relevância. Isso porque, considerada a complexidade das circunstâncias a serem certificadas, pode-se fazer necessária, por exemplo, a majoração do prazo de apresentação de contestação ou de manifestação sobre laudo pericial, por exemplo. Casos que envolvam milhares de páginas de documentação, com a realização de perícias complexas, com a participação de diversos especialistas, não podem se submeter ao mesmo prazo processual que demandas simples, individuais e sem grandes questões.<sup>376</sup>

Pode haver negociação, ainda, acerca da (3) suspensão convencional do processo<sup>377</sup>, geralmente realizada pelas partes almejando a busca pela solução consensual do conflito e (4) a possibilidade que se negocie acerca do espectro de atuação e poderes do *amicus curiae*<sup>378</sup>.

Ainda há que se falar na (5) delimitação consensual das questões de fato e/ou direito a serem enfrentadas, através da organização e saneamento do processo, que, ao

---

<sup>374</sup> Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza (...)” Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria> Acesso em 15 nov de 2018.

<sup>375</sup> Código de Processo Civil: Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses.

§ 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.

<sup>376</sup> RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 165.

<sup>377</sup> Código de Processo Civil: Art. 313. Suspende-se o processo: II – pela convenção das partes.

<sup>378</sup> Vide tópico 4.2.1 da presente pesquisa.

ser devidamente homologada, vincula as partes e o decisor.<sup>379</sup> Pelo saneamento compartilhado, é possível, inclusive, que sejam feitas (6) convenções quanto a fase probatória, que podem ser realizadas, exemplificativamente, sobre o ônus da prova<sup>380</sup> e sobre a indicação do perito<sup>381</sup>.

Assim, verifica-se que

A definição das questões de fato sobre as quais recairá a prova é atividade extremamente importante. A prova a ser produzida deve estar relacionada aos fatos controvertidos, não devendo incidir sobre fatos não controvertidos ou sobre fatos que não terão impacto no convencimento do magistrado. Em causas de natureza complexa, como aquelas em que se discute a efetivação de políticas públicas, o consenso dos sujeitos processuais a respeito de tal ponto se mostra medida de extrema importância para uma solução final que seja mais consentânea com a realidade do conflito de interesses.<sup>382</sup>

A ótica de um modelo jurisdicional que se utilize das negociações processuais já foi vista anteriormente nesta pesquisa, através do estudo do modelo de jurisdição transacional de Rubenstein<sup>383</sup>. Entretanto, os pressupostos da proposição de Rubenstein são pautados na socialização processual e detém uma figura protagonista do decisor.

A presente pesquisa rechaça qualquer solipsismo judicial e quanto às negociações processuais, o modelo jurisdicional experimentalista proposto por Sabel e Simon<sup>384</sup> se subsume com mais adequação à proposta da autora, na medida em que:

---

<sup>379</sup> Código de Processo Civil: Art. 357, §2º. As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

<sup>380</sup> Código de Processo Civil: Art. 373. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

<sup>381</sup> Código de Processo Civil: Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - sejam plenamente capazes;

II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

§ 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados.

§ 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz.

§ 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

<sup>382</sup> RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 166.

<sup>383</sup> Vide tópico 2.6 da presente pesquisa.

<sup>384</sup> Vide tópico 2.9 da presente pesquisa.

Uma perspectiva experimentalista (de viés altamente participativo) combina normas mais flexíveis e provisionais com procedimentos de negociação processual (artigo 190, CPC/2015), de participação das partes e supervisão das medidas adotadas, além de permitir a revisão de tais medidas a fim de torná-las mais adequadas caso se mostrem insuficientes.<sup>385</sup>

Assim, a figura do decisor como um negociador ativo é inadequada. Adjudica-se a proposição do policentrismo, devendo, de fato, serem promovidas negociações processuais na litigância de interesse público, entretanto, mediante a participação igualitária e policêntrica de todos os sujeitos processuais envolvidos, não sendo admitido qualquer solipsismo judicial.

#### **4.2. Cláusula Geral de Efetividade, Ativismo Judicial e Subsídio Normativo**

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, grandes apostas foram (e estão sendo) feitas na Cláusula Geral de Efetividade, normatizada no art. 139, IV, CPC, como o dispositivo que dará ao decisor “o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas”<sup>386</sup> inclusive, para a execução de decisões estruturais.

Segundo disposto no art. 139, IV do Código de Processo Civil,

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;

Em relação às medidas (a)indutivas, (b) coercitivas, (c) mandamentais e (d) sub-rogatórias, Humberto Dalla Bernardina de Pinho esclarece:

a) indutivas: inovação em relação ao CPC de 1973. A delimitação entre as medidas indutivas e coercitivas não é pacífica, como aliás já apontou José Tesheiner. Poderíamos ter, aqui, uma medida a ser aplicada nos casos de contempt of court, ou seja, uma sanção nos casos de descumprimento da decisão judicial. Por outro lado, também poderíamos ver essas medidas quando ser quer viabilizar o

---

<sup>385</sup> STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum. 26 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio> Acesso em: 20 nov de 2018.

<sup>386</sup> DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 363

- cumprimento da obrigação pecuniária, como é o caso da multa de dez por cento a ser acrescida às obrigações pecuniárias não adimplidas, na forma do art. 523 do CPC/2015.
- b) coercitivas: medidas que impõem sanção para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação, como nas obrigações de fazer e de entrega de coisa, como se pode observar do art. 536 do CPC/15.
  - c) mandamentais: instrumentalizam obrigações de fazer, não fazer ou desfazer: podem necessitar de medidas de reforço ou serem concretizadas por meio do resultado prático equivalente. Alternativamente, o cumprimento pode ser feito por terceiro às expensas do devedor.
  - d) sub-rogorias: voltadas ao cumprimento da obrigação, substituindo-se à vontade do devedor. Usualmente, são verificadas quando há inadimplemento qualificado pelo descumprimento à ordem judicial. Por exemplo, penhora física ou eletrônica de bens que vão, após a avaliação e expropriação, servir para a satisfação do credor.<sup>387</sup>

De fato, o espectro de atuação e atribuições do decisor é ampliado com a normatização do art. 139, IV e possui o condão, sim, de implementar medidas estruturantes em sede de litigância de interesse público. Entretanto, existem algumas questões importantes a serem analisadas e limites deverão ser traçados para a aplicação da Cláusula Geral de Efetividade.

Se a litigância de interesse público for pensada unicamente através da ótica da socialização processual, não há qualquer preocupação quanto à porta para o protagonismo judicial que a Cláusula Geral de Efetividade deixa aberta.

Entretanto, a presente pesquisa propõe sejam as medidas estruturantes na litigância de interesse público implementadas sob o crivo do Estado Democrático de Direito, devido processo constitucional, participação e policentrismo, para promoção de reforma estrutural, não havendo, portanto, qualquer tolerância a solipsismos judiciais.

Assim, para determinação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais, ou sub-rogorias, devem os sujeitos processuais ser submetidos ao contraditório participativo, sob pena de o decisor agir arbitrariamente e, ainda, adotar medida para cumprimento da obrigação determinada, e a mesma restar-se frustrada, porquanto não houve diálogo com àquele a qual foi determinada a ordem.

Nesse sentido, bem colocam Lenio Streck e Dierle Nunes:

---

<sup>387</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In *Processos Estruturais*, Editora Juspodivm, Salvador, 2017, pág. 243-244.

Não há dúvidas de que nossa execução sempre foi o “calcanhar de Aquiles” do sistema processual, pela praxe do “ganhou (no processo de conhecimento) mas não levou” (na fase de cumprimento ou execução). Todavia, isso não permite uma interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais. Ou seja: partimos da tese – obedecendo a coerência e a integridade do artigo 926 – de que o CPC jamais daria “carta branca” para o juiz determinar quaisquer medidas aptas para que a obrigação fosse cumprida. E nem poderia dar!<sup>388</sup>

A Cláusula Geral de Efetividade não deve ser utilizada como “carta branca ao arbítrio”<sup>389</sup> do decisor. Em verdade, tem grande potencial para efetividade das decisões estruturais, entretanto, o protagonismo judicial deve ser combatido, sob pena de reconhecer-se que a litigância de interesse público ainda funciona sob preceitos socializadores, conforme pensados por Abram Chayes em 1976<sup>390</sup> e Owen Fiss em 1979<sup>391</sup>. E o combate a essa concepção não diz respeito a uma questão meramente de fundamentação, mas, inclusive, de eficiência eis que ordinariamente o magistrado não terá a habilidade solitária de lograr bons efeitos práticos em medidas estruturantes impostas solitariamente sem que se busque participativamente seu delineamento, no qual se leve o máximo de fatores (v.g. orçamentário e de planejamento) para seu desenvolvimento e aplicação.

Para tanto, a presente pesquisa propõe duas soluções: (1) na fase cognitiva: que seja ofertado embasamento normativo ao decisor, para que possa construir em participação o pronunciamento judicial estruturante; e (2) na fase executiva: a utilização conjugada da Cláusula Geral de Efetividade (art. 139, IV, CPC) com a Cláusula Geral de Negociação (art. 190, CPC).

A discricionariedade judicial<sup>392</sup> na litigância de interesse público se dá, em grande parte, porque os decisores não possuem *expertise* para decidirem os litígios que,

---

<sup>388</sup> STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum. 26 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 20 nov de 2018.

<sup>389</sup> Idem.

<sup>390</sup> Vide tópico 2.2 da presente pesquisa.

<sup>391</sup> Vide tópico 3 da presente pesquisa.

<sup>392</sup> Está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8058, de 2014, que “institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”. A proposta, de fato, é louvável, por pensar na criação de um procedimento judicial específico para a litigância de interesse público. Ocorre que, ao PL8050 são feitas inúmeras críticas, a começar pelo nome “controle judicial de políticas públicas”. A função jurisdicional deve atuar em face da

muita das vezes, tratam de causas que demandam conhecimentos específicos na área da saúde, infraestrutura, moradia, educação, meio-ambiente e segurança, exemplificativamente.

Assim, os decisores exararam pronunciamentos judiciais sem o conhecimento de como, quando e se a decisão será cumprida. Não há monitoramento acerca do cumprimento da decisão judicial. Na grande maioria das vezes, os juízes não sabem sequer as consequências que a sentença prolatada produzirá na sociedade e demais funções estatais. Mesmo os que tentam fixar o que pensam ser “medidas estruturantes”, o fazem sem contraditório substancial e/ou sem promover a integração do contraditório – por audiências públicas e utilização de *amicus curiae* –, exarando pronunciamentos judiciais eminentemente coercitivos, sem saber, tampouco, a capacidade que o condenado possui em cumprir a determinação judicial.

Evidentemente, o decisor não possui formação acadêmica, tampouco profissional, para que conheça com propriedade cada uma das temáticas anteriormente citadas, mas sim, para conhecer o Direito e sua aplicação, por este motivo, deve ser ofertado subsídio normativo ao decisor para que ele, em participação como todos os sujeitos interessados, tenha algum critério para fixação de medidas estruturantes na litigância de interesse público.

Se a problemática da demanda consiste no fato de que há legislação regulamentando determinada política pública, mas a função executiva deixa de cumprir a lei, então deve o decisor oficiar o representante legal do respectivo ente (Fazenda Municipal, Estadual ou Nacional) a fim de que demonstre nos autos como é implementada uma política pública semelhante no âmbito administrativo para que, assim, possa o decisor ter algum critério para a execução da política pública em juízo.

Por outro lado, se a problemática consiste no fato de que não há sequer legislação que regule o direito fundamental do jurisdicionado, então deve o Presidente da Câmara dos Vereadores, Assembleia Legislativa ou Congresso Nacional

---

inoperância e/ou ineficiência das demais funções estatais. Tal título deixa a entender que as competências constitucionalmente atribuídas às funções legislativa e executiva podem ser “controladas” pela função jurisdicional, o que caracteriza usurpação de competência e ingerência indevida de uma função sobre outra. Ademais, todo o Projeto de Lei é formulado sob a ótica da socialização processual, com diversos conceitos jurídicos indeterminados e atuação protagonista do decisor, motivo pelo qual, as ideias lá expostas não são ratificadas em sua inteireza por esta pesquisa e por fugir a análise do Projeto de Lei ao objetivo e delimitação deste trabalho, deverão ser trabalhados especificamente em momento oportuno. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758> Acesso em 20 nov de 2018.

ser oficiado para que demonstre nos autos como é regulamentado um Projeto de Lei em caso semelhante ao da demanda que visa regulamentar a política pública em juízo.

O envio de ofício às funções executiva e legislativa, para levarem aos autos subsídio normativo a serem utilizados como critérios para fixação conjunta da política pública em juízo, tem embasamento normativo no art. 139, IV do Código de Processo Civil, entretanto, frise-se, só o pode ser feito mediante o crivo da participação.

As manifestações das funções executiva e/ou legislativa devem ser objeto de análise e discussão pelos sujeitos processuais – inclusive, *amicus curiae*, da mesma forma que os pareceres e portarias do executivo e legislativo que tenham por correlação com a matéria *sub judice* devem ser submetidos ao contraditório substancial.

Ainda, há de se falar que este embasamento normativo, aliado à cooperação e negociação processuais, auxiliam os interessados na elaboração participada de planejamento para implementação e execução de políticas públicas fixadas judicialmente, através, a exemplo, de acordos sobre questões orçamentárias, constante monitoramente acerca do cumprimento da obrigação, calendarização e plano de tarefas diferido no tempo.

Ainda, devem ser consideradas para a fixação de medidas estruturantes, as capacidades institucionais das funções estatais, compreendendo que as limitações de cada ente público são, em verdade, o ponto de partida para a implementação da decisão estrutural, e não seu ponto de chegada. Em outras palavras, as capacidade e limitações institucionais não são justificadores da inefetividade da função estatal, ponto de partida para a reforma estrutural.<sup>393</sup>

Nesse sentido, Godoy alerta:

Casos relativos à criação e implementação de políticas públicas – desde o fornecimento de medicamentos até a providência de moradia digna – são exemplos de como o Poder Judiciário é chamado a todo tempo para dirimir conflitos. Mas, para a elaboração e execução dessas políticas públicas, os Poderes Legislativo e Executivo têm em seus quadros profissionais especialistas para assessorá-los na tomada de suas decisões, que, em geral, envolvem aspectos técnicos, econômicos, contábeis, entre outros. Juízes e cortes, entretanto, via de regra, não contam com esse tipo de assessoramento direto e permanente. Isso, porém, **não impede e nem deslegitima a atuação jurisdicional para a resolução dos conflitos apresentados, pois existem instrumentos e medidas para atenuar essas limitações,**

---

<sup>393</sup> GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015, pág. 147.

**como a realização de perícias, audiências públicas, admissão de amici curiae, por exemplo.** No entanto, tais controvérsias chamam a atenção para os cuidados especiais que juízes e cortes devem ter na análise desses casos. **Saber de suas capacidades e limitações para lidar com essas especificidades é não apenas necessário, mas fundamental.** Dessa forma, a depender do caso e das circunstâncias, juízes e cortes devem ter uma atuação contida, com certa deferência, em relação às decisões dos outros Poderes, especialmente quando estas se baseiam em aspectos técnicos alheios ao mundo jurídico. Em contra partida, dependendo das circunstâncias e do caso, juízes e cortes podem também afastar uma postura deferente e exigir uma resposta mais robusta, a fim de que os critérios técnicos satisfaçam exigências mais substantivas e fundadas na Constituição.<sup>394</sup> [negrito nosso]

Todos estes elementos, somados com os fatos e fundamentos jurídicos trazidos pelas partes, além das manifestações de peritos (nomeados ou eleitos pelas partes) e *amicus curiae*, levando em consideração as capacidades e limitações institucionais, dão subsídio normativo ao decisor para que fixe medidas estruturantes em participação e com fundamentos concretos e, conseqüentemente, diminuem a possibilidade de atuação discricionária do decisor.<sup>395</sup>

Há que se falar ainda que a utilização conjugada da Cláusula Geral de Efetividade (art. 139, IV, CPC) com a Cláusula Geral de Negociação (art. 190, CPC) pode ser a chave para a efetividade na execução de decisões estruturantes, na medida em que, negociações executivas para cumprimento do pronunciamento jurisdicional participativamente construído podem ser firmadas.

Nesse sentido, são as importantes observações de Lênio Streck e Dierle Nunes:

(...) parece-nos que as medidas abertas do preceito normativo do CPC, junto com o artigo 190, podem gerar negociações executivas de cumprimento, como seria recorrente para implementação de direitos sociais (com abertura de verificação das potencialidades de cumprimento mediante programas executivos/planificação executiva) de demandas de reintegração de posse em caso de ocupações sociais, de gradual reestruturação do sistema público de saúde, de imposição de medidas de fazer e não fazer no campo ambiental e consumerista etc., que deixem de ser impostas unilateralmente do Judiciário e passem a ser dimensionadas mediante a participação ativa e em rede de todos os envolvidos.

---

<sup>394</sup> GODOY, Miguel Gualano. op. cit. pág. 145-146.

<sup>395</sup> Segundo Desirê Bauermann, há a “necessidade e se levar em consideração as políticas públicas traçadas no âmbito do Executivo e Legislativo, que já empregam técnicas para elaborar e definir o que é melhor para a população em geral, não podendo tais pareceres ser simplesmente ignorados pelo Judiciário, mesmo não havendo indício de fraude”. BAUERMAN, Desirê. Structural Injunctions no direito norte-americano In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pág. 295.

Há de se falar ainda na alteração feita pela Lei n. 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que incluiu o art. 21, parágrafo único, ao seu corpo normativo, vejamos:

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

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

O dispositivo supracitado oficializa a utilização de medidas estruturantes na litigância de interesse público no que tange a invalidação de atos das esferas administrativa, controladora e judicial, determinando que a implementação das mesmas não deve ser feita mediante imposição do pronunciamento jurisdicional ao ente público, passando, assim, de uma ótica processual coercitiva para a compartilhada.

Em que pese configurar avanço legislativo, verifica-se que a abordagem trazida pelo parágrafo único do dispositivo supratranscrito não é sofisticada, na medida em que poderia ter previsto expressamente a necessidade dos sujeitos cooperarem entre si e regulamentado a implementação gradual do pronunciamento jurisdicional, ainda mais quando aplicado à Administração Pública, que tem com princípio a legalidade.

Nesse sentido, pontua Fernando Menegat:

É bem verdade que a norma poderia ter ido além, a ponto de deixar expressa a possibilidade de cooperação entre as partes – agente controlador e Administração Pública – na definição de tais condições para a regularização do tema. Afinal, é essa a tônica da noção de Processo Estrutural, preocupada com a efetividade das decisões judiciais, e é essa a linha principiológica do novo Código de Processo Civil, ao enunciar, por exemplo em seu art. 6º, que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.<sup>396</sup>

---

<sup>396</sup> MENEGAT, Fernando. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. Direito do Estado. ANO 2018 NUM 396. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>

Além do mais, há de se mencionar que as expressões “modo proporcional e equânime”, “interesses gerais” e “anormais ou excessivos” são preocupantes, na medida em que sua abstratividade pode dar azo a solipsismos judiciais, inaceitável sob a ótica da comparticipação, devido processo constitucional e Estado Democrático de Direito.

Assim, caso haja atuação discricionária por parte do decisor, estão os sujeitos processuais salvaguardados pela dever de fundamentação racional das decisões disposto no art. 489, §1º, CPC – mecanismo de *accountability* judicial vertical<sup>397</sup> - que, a partir de normatização contrafática, exige do decisor “um patamar de cumprimento ao esforço argumentativo mínimo de explicitação de seu pensamento”<sup>398</sup>, nos seguintes termos:

Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Assim, bem concluem Lênio Streck e Dierle Nunes ao afirmarem que, quando da aplicação de medidas estruturantes, a fim de evitar discricionariedades judiciais, a atuação do decisor é balizada nos seguintes termos:

Afinal, tomamos cuidado ao falar de *medidas estruturantes* para ressignificá-las, afastando-as de qualquer contexto de ativismo judicial. Este é o ponto. Queremos discutir técnicas decisórias e processuais atentas à efetividade da jurisdição, o que não implica voluntarismos do juiz. Isso representaria um retrocesso em relação à estrutura do CPC. A atuação do juiz está constringida por dois lados: primeiro, a participação ativa das partes, não só com o contraditório (artigo 10), como também com sua autonomia para os negócios jurídicos processuais (artigo 190); segundo, a Constituição, a lei, a jurisprudência, a dogmática jurídica processual e a Teoria do Direito,

<sup>397</sup> Vide tópico 4.3 da presente pesquisa.

<sup>398</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pag. 310.

controláveis no amplo dever de fundamentação judicial (artigo 489), estabelecendo os limites indisponíveis dessas medidas.<sup>399</sup>

Portanto, a Cláusula Geral de Efetividade (art. 139, IV, CPC) tem o condão, sim, de promover a efetiva execução de decisões estruturantes proferidas em sede de litigância de interesse público, se aplicada mediante contraditório participativo e integrado, rechaçando qualquer atuação discricionária judicial.

Ainda, para que as medidas estruturantes não sejam fixadas de forma solipsista pelo decisor, ao mesmo deve ser ofertado subsídio normativo, fornecido pelas funções executiva e legislativa, para que o pronunciamento jurisdicional no *public interest case* não seja descrítico, frise-se, sempre mediante contraditório substancial.

Em verdade, se seguido tal *iter* procedimental até então exposto – com a intervenção de *amicus curiae*, realização de audiências públicas, mediante cooperação e firmando negociações processuais, utilizando o decisor de base normativa ofertada pelas demais funções estatais, feito planejamento para implementação e execução de políticas públicas, levando em consideração as capacidades interinstitucionais e, ainda, promovendo diálogos interinstitucionais, tudo sob o crivo da participação – a probabilidade de prolação de decisão judicial discricionária, decresce significativamente.

#### **4.3. *Accountability***

A litigância de interesse público, conforme exposto em seguida, é mecanismo de *accountability* horizontal da função jurisdicional em decorrência da inoperância das demais funções estatais. Além da imprescindibilidade da construção de um pronunciamento jurisdicional em cooperação, com transações processuais, mediante efetivo contraditório como garantia de influência e não surpresa e abarcando os argumentos importados dos diálogos interinstitucionais, ainda assim, não é possível olvidar a necessidade de que os sujeitos processuais possuam mecanismos de fiscalidade ao exercício da atividade jurisdicional. (*accountability* vertical), conforme estudado neste tópico.

Assim,

---

<sup>399</sup> STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum. 26 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio> Acesso em: 20 nov de 2018.

Torna-se imperativo ao se pensar o sistema processual, a criação de mecanismos de fiscalidade ao exercício dos micropoderes exercidos ao longo do iter processual, além da criação de espaços de interação (participação) que viabilizem consensos procedimentais aptos a tornar viável, no ambiente real do debate processual, a prolação de provimentos que representem o exercício de poder participado, com atuação e influência de todos os envolvidos.<sup>400</sup>

A *accountability* é um mecanismo de fiscalidade definida como “a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades.”<sup>401</sup>

A *accountability* pode ser classificada sob duas acepções, a vertical e a horizontal. Sob o aspecto vertical, a *accountability* é compreendida como a faculdade ofertada aos cidadãos de requererem prestação de informações acerca das ações e/ou resultados do ente público, consistindo, no âmbito judicial, na “possibilidade de os cidadãos controlarem e influenciarem as ações do judiciário”, enquanto, sob a acepção horizontal, a *accountability* trata-se da possibilidade de “agentes que podem demandar informações, analisar justificações e sancionar legal e politicamente outros agentes”, considerada, na jurisdição, como “controle de juízes e tribunais por outros órgãos judiciários”<sup>402</sup>

A adoção de mecanismos de *accountability* judicial na litigância de interesse público é de sua importância, na medida em que, a *accountability* é ferramenta de fiscalidade dos cidadãos para com a função jurisdicional (vertical), e da função jurisdicional para com as demais funções estatais (horizontal).

Entretanto, deve-se atentar ao fato de que

Por meio da concepção de governo responsável e pela *accountability* horizontal, adota-se a idéia e a prática de que um governo dividido é necessariamente limitado. Para exercer suas funções, um poder ou autoridade necessita da ação e da cooperação de outro poder ou órgão,

---

<sup>400</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015, pag. 99.

<sup>401</sup> TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional De Justiça (CNJ). Revista de Sociologia e Política, v. 21, nº 45, 2013.

<sup>402</sup> TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional De Justiça (CNJ). Revista de Sociologia e Política, v. 21, nº 45, 2013.

buscando coibir a existência de *unchecked power* (poder sem controle).<sup>403</sup>

Retoma-se, aqui, a discussão acerca dos diálogos interinstitucionais<sup>404</sup>. Os diálogos não podem ser coercitivos, em que uma função estatal quer impor solução à outra, ou a função jurisdicional quer impor uma decisão que não foi construída participativamente aos jurisdicionados.

Da mesma forma que as funções estatais e cidadãos conseguem promover diálogos interinstitucionais através da cooperação e negociação processuais, da intervenção do *amicus curiae* e realização de audiências públicas, a mesma ótica deve servir de premissa à *accountability* judicial, a fim de que todas as edificações estatais - inclusive em decorrência do sistema de *checks and balances*<sup>405</sup> - e sociedade cooperem e dialoguem entre si para exercerem uma fiscalidade mútua em prol da efetividade jurisdicional almejada.

Especificamente quanto à *accountability* judicial, há de se falar em duas vertentes. A *accountability* judicial comportamental e a *accountability* judicial institucional.

#### Segundo Tomio e Robl, a *accountability* judicial comportamental

(...) reside na responsividade dos juízes pela sua conduta perante as partes, os advogados, os funcionários judiciais e o povo. Diversas características são albergadas sob a *accountability* judicial comportamental como imparcialidade, integridade, urbanidade e eficiência na prestação judicial, não havendo afronta pelo seu exercício à independência judicial decisional. Por sua vez, a *accountability* judicial comportamental traz um problema clássico de *accountability*: a dificuldade de obtenção de informações e dados para

---

<sup>403</sup> TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional De Justiça (CNJ)*. Revista de Sociologia e Política, v. 21, nº 45, 2013.

<sup>404</sup> Vide tópico 4.1 da presente pesquisa.

<sup>405</sup> “E, assim, se se organiza internamente com divisão de funções e tarefas em três Poderes, é não só razoável, mas imprescindível, que estes Poderes, todos, zelem pela manutenção do fim essencial do Estado, de governar e cumprir seus deveres legais, inclusive o de implementação de meios (políticas públicas) para a preservação dos direitos subjetivos públicos inafastáveis do indivíduo ou do grupo. Bem por isso, havendo omissão por parte de um dos Poderes, justifica-se – dentro dos parâmetros e princípios que ordenam a atividade do Estado – a intervenção de um Poder no outro. Essa permissão baseia na tríade complementar da estrutura organizacional do Estado, fulcrada na divisão funcional dos Poderes, autônoma, mas não independente, formando um sistema em que um Poder há que observar o outro para consecutir o fim comum de todos. A isso dá-se o nome de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).” ALVES, Maíra Feltrin. O princípio da separação dos poderes e o controle judicial de políticas públicas. Revista FMU Direito. São Paulo, ano 25, n. 35, p.73-84, 2011. ISSN: 2316-1515, pág. 77.

mensurar o cumprimento pelos agentes dos deveres e dos resultados esperados.<sup>406</sup>

Por sua vez, a *accountability* judicial institucional,

Outra dimensão relevante da independência e da *accountability* judiciais diz respeito ao aspecto institucional. No exercício da função jurisdicional, os magistrados atuam como agentes estatais de *accountability* horizontal em relação aos poderes Executivo e Legislativo. O poder Judiciário também se encontra em um modelo de desenho institucional de *checks and balances*, o qual constrói interações e limitações recíprocas entre os três poderes. Nesse contexto, a independência judicial institucional diz respeito à autonomia de que goza o poder Judiciário por ser um poder estatal independente dotado da função primeira de julgar os conflitos jurídicos. Nesse sentido, a *accountability* judicial institucional diz respeito principalmente às relações de *accountability* horizontal que restringem e moldam a independência judicial institucional.<sup>407</sup>

A *accountability* é formada pela informação (*answerability* informacional), justificação (*answerability* argumentativa) e punição (*enforcement*) e estas podem ou não estar juntas para que existam atos de *accountability*.<sup>408</sup>

Não há uniformização de entendimento por parte dos Tribunais Superiores do Brasil acerca da conceituação de *accountability*, se se trata de “prestação de contas”, “responsabilização” ou “sanção”, ou uma conjugação destas funções, sendo preocupante esta falta de consonância, ao acatarem dimensões distintas de *accountability* como a correta, excluindo as demais.<sup>409</sup>

A própria litigância de interesse público é, em si, mecanismo de *accountability* judicial horizontal, porquanto importa em implementação de políticas públicas em juízo em face da inoperância das demais funções estatais, agindo dentro de um sistema de *check and balances*.

O decisor possui o dever em ser responsivo, prestando contas aos interessados sobre os argumentos e provas levados em juízo - o que só é possível se ofertado

---

<sup>406</sup> TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional De Justiça (CNJ)*. Revista de Sociologia e Política, v. 21, nº 45, 2013. Pág. 34.

<sup>407</sup> TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional De Justiça (CNJ)*. Revista de Sociologia e Política, v. 21, nº 45, 2013. Pág. 35.

<sup>408</sup> CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. *Governança e Accountability: algumas notas introdutórias*. Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, agosto de 2004, pág. 3.

<sup>409</sup> AUGUSTO, Luiz Gustavo Henrique; RIZZARDI, Maíra Martinelli. *Accountability segundo os Ministros dos Tribunais Superiores do Judiciário Brasileiro*. CONPEDI. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cef347a99ab5be36> Acesso em 13 nov 2018.

contraditório substancial aos litigantes – e o dever de fundamentação de todas as decisões prolatadas, sendo um exemplo de mecanismo para exercício de *accountability* judicial vertical, o próprio art. 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015<sup>410 411</sup>

Como outros exemplos de mecanismos de *accountability* judicial adotados no Brasil podem ser citadas as ouvidorias judiciais – que, em verdade, constituem um meio híbrido de *accountability* – e, ainda, os relatórios emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do desempenho dos tribunais o que causa, por curto período, “constrangimento epistemológico”<sup>412</sup> à função jurisdicional, que, infelizmente, não tarda a passar,

Em que pese os mecanismos para exercício de *accountability* judicial vertical ainda não serem objeto de estudos aprimorados pela comunidade acadêmica brasileira, há de se considerar que a disposição contrafática do art. 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015 é, o mais importante dispositivo ofertado aos sujeitos processuais a fim de que exerçam fiscalidade sob a função jurisdicional.

#### **4.4. Análise de decisão estruturante proferida na Ação Civil Pública 57367-09.2013.4.01.3800 (Assentamento das famílias - Anel Rodoviário – Belo Horizonte/MG)**

O estudo da decisão estruturante inicial descrita em seguida é relevante a fim de que se demonstre, em um caso verídico, como implementar, de forma participada, medidas estruturantes na litigância de interesse público, objetivando a promoção de reforma estrutural.

---

<sup>410</sup> Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>411</sup> Vide tópico 4.2 da presente pesquisa.

<sup>412</sup> STRECK, Lênio Luiz. Ministro equivocou-se ao definir presunção da inocência – Revista Consultor Jurídico, 2011.

A decisão estruturante foi proferida na Ação Civil Pública nº 57367-09.2013.4.01.3800, em trâmite junto à 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, e diz respeito ao assentamento de famílias que residem nas faixas de domínio e não edificante do Anel Rodoviário de Belo Horizonte e do Lote da BR-041.<sup>413</sup>

Inicialmente, foi distribuída Ação Ordinária de nº 56588-88.2012.4.01.3800 visando tutelar o direito de moradia de 11 famílias que habitavam no Anel Rodoviário, Posteriormente, a petição inicial de tal demanda foi emendada a fim de incluir mais 14 famílias que estavam na mesma situação. Assim, considerando que a Ação Civil Pública nº 57367-09.2013.4.01.3800 abrangia todas as famílias que vivem às margens do Anel Rodoviário, foi determinada o apensamento da Ação Ordinária à Ação Civil Pública.<sup>414</sup>

O Anel Rodoviário possui inúmeros problemas, quanto ao tráfego, pela grande quantidade de acidentes registrados; quanto à economia, o emblema entre realizar o transporte de carga e passageiros com o melhor custo-benefício possível e garantir a segurança; e, ainda, quanto à ocupação da via por famílias carentes de moradia, vivendo em condições subumanas e em área de risco.<sup>415</sup>

Além dos diversos problemas ocasionados pelo Anel Rodoviário, várias ações tendo-o como objeto foram distribuídas perante a Seção Judiciária de Minas Gerais. Entretanto, mais que solucionar as controvérsias, a Juíza Deyse Starling Lima Castro alerta que é de suma importância, para deslinde da causa, pensar na efetividade da jurisdição, e buscar por soluções alternativas para resolver tais conflitos, nos seguintes termos:

Faz-se necessária, pois, a busca por soluções alternativas para resolver conflitos postos à apreciação do Poder Judiciário, a exemplo daqueles em que se objetiva reintegração de terrenos públicos em contraponto com o direito fundamental à moradia dos ocupantes (também objeto de ação judicial). Nesse sentido, a conciliação apresenta-se como uma solução possível, porque apenas a união de esforços dos diversos entes envolvidos (Justiça Federal, DNIT, União Federal, MPF, DPU, Município de BH, Estado de Minas Gerais, Urbel, Caixa, Município de Santa Luzia e outros) será capaz de implantar uma solução efetiva para a questão – que resolva não apenas as questões relativas à reestruturação do trânsito, mas, sobretudo, aquelas relacionadas às

---

<sup>413</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013.

<sup>414</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1210.

<sup>415</sup> Idem.

ocupações irregulares, remoção e reassentamento humanizados das famílias.<sup>416</sup>

Verifica-se que com esta colocação, a função jurisdicional adjudica a concepção da imprescindibilidade de promoção de diálogos interinstitucionais – conforme estudados no tópico 4.1 da presente pesquisa - e utilização de métodos adequados para solução de conflitos – conforme estudados no tópico 4.1.1 da presente pesquisa - no caso discutido, a conciliação.

Assim, o NUCON – Núcleo de Conciliação da Justiça Federal em Belo Horizonte, reuniu, sob supervisão da magistrada coordenadora do programa, Deyse Starling Lima Castro, diversas ações que tratam de problemas envolvendo o Anel Rodoviário<sup>417</sup>, buscando uma conciliação a partir de atuação cooperativa de todos os entes públicos envolvidos e interessados.

Foi criado um grupo de trabalho, integrado por representantes institucionais, para “discutir o andamento do projeto e prevenir litígios, e, em conjunto, propor e discutir soluções que sejam capazes de harmonizar os diversos interesses envolvidos”<sup>418</sup>, demonstrando, mais uma vez, o intuito em cooperar e promover diálogos interinstitucionais.

Negociações processuais foram firmadas em audiência, sendo elas, exemplificativamente, o prazo para apresentação de contestação e, ainda, que a comunicação entre os grupos de trabalho se daria, preferencialmente, por e-mail, enquanto a Ação Civil Pública estivesse no Programa de Conciliação da NUCON.<sup>419</sup>

Esta decisão traçou duas metas a serem cumpridas. A primeira, quanto a diagnósticos e planos e, a segunda, em relação ao trabalho social. A primeira meta busca reparar o problema, enquanto a segunda, intuiu remediá-lo.

Isso porque, a primeira meta deve ser alcançada mediante o cumprimento de 6 etapas, sendo elas:

---

<sup>416</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1211

<sup>417</sup> Foram reunidos os seguintes processos: 89579-88.2010.4.01.3800, 56588-88.2012.4.01.3800, 45232-96.2012.4.01.3800, 23697-82.2010.4.01.3800, 2004.38.00.007344-1, 2010.38.00.001341-3, 2008.38.00.011763-9, 7142-82.2013.4.01.3800, 1999.38.00.018011-6, 0028871-72.2010.4.01.3800, 2000.38.00.009112-8, 30727-37.2011.4.01.3800, todos em trâmite junto à Seção Judiciária de Minas Gerais.

<sup>418</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1212-1213.

<sup>419</sup> Idem.

Etapa 1: identificação das comunidades que serão beneficiadas pelo Programa de Conciliação no Anel Rodoviário de Belo Horizonte e ao longo da rodovia BR-381/MG (Norte), com identificação do correspondente número de famílias atingidas e definição de prioridades de atuação em conjunto com o DNIT, com realização de inspeções judiciais;

Etapa 2: realização de audiências coletivas, visando conhecer e debater os anseios das comunidades e a viabilidade do seu atendimento (adequação ao programa Minha Casa Minha Vida, do governo federal);

Etapa 3: ações conjuntas das Polícias Federal, Rodoviária Federal e Militar de MG;

Etapa 4: identificação e regularização de imóveis pertencentes à Secretaria de Patrimônio da União (SPU), passíveis de utilização para o reassentamento de famílias, pendentes de regularização de propriedade junto aos Cartórios respectivos, buscando atender, ainda, aos anseios da comunidade cigana Calon;

Etapa 5: cadastramento de todas as famílias beneficiadas pelo Programa de Conciliação, totalizando cerca de 8.000 famílias que serão atingidas direta (remoção) ou indiretamente pelas obras da via. O cadastramento será realizado por meio de visitas domiciliares às famílias para aplicação de questionários, observação participante, entrevistas e registro audiovisuais. O diagnóstico permitirá o levantamento de dados sociais, econômicos, situação de moradia, trabalho e outras questões pertinentes às condições de vida das famílias, suas expectativas e percepções sobre os problemas locais.

Etapa 6: elaboração de Plano de Reassentamento para cada comunidade, considerando a opção pela modalidade de reassentamento de cada família beneficiada (indenização, compra assistida ou unidade habitacional do Programa Minha Casa Minha Vida).<sup>420</sup>

Das etapas para cumprimento da meta, verifica-se que buscam diagnosticar a problemática ao verificar quantas e quais são as famílias afetadas. A identificação destas famílias através de inspeções judiciais e visitas domiciliares, contribui, principalmente, para a integração do contraditório, na medida em que as próprias famílias poderão se manifestar nos relatórios e entrevistas supramencionadas acerca das condições e dificuldades que enfrentam diuturnamente.

---

<sup>420</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1212-1213.

Da mesma maneira, a realização de audiências coletivas – conforme trabalhadas no tópico 4.1.2 da presente pesquisa – integra o contraditório, porquanto promove a participação das próprias comunidades no procedimento jurisdicional, que podem expor judicialmente sua realidade para que, assim, seja elaborado o melhor planejamento possível para o reassentamento das famílias.

A própria formação de grupo de trabalho para elaboração de planejamento - Plano de Reassentamento - em conjunto, já demonstra o intuito de construir um pronunciamento judicial em comparticipação, o que não seria possível afirmar caso a decisão fosse prolatada com mandamentos coercitivos – a exemplo, determinando que os DNIT providenciasse no prazo de 60 (sessenta) dias, moradia adequada e digna a todas as famílias já identificadas, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais), porquanto esta decisão, com grande probabilidade, desaguaria em descumprimento de ordem judicial e execução frustrada.

Eventos de mobilização foram promovidos, para que a participação das comunidades e diálogo horizontal entre elas e as Instituições fosse realizada, inclusive, com a disponibilização de escolas para reunião de todos os interessados, com fins de identificação, cadastramento, implementação de trabalhos sociais e remoção. Nesse sentido, é trecho da decisão estruturantes estudada:

Estes eventos de mobilização – onde diversos serviços serão disponibilizados e desenvolvidas atividades variadas (conforme programação anexa), visam uma maior aproximação dos parceiros do Programa de Conciliação com a comunidade (Justiça Federal, DNIT, MPF, DPU, SPU, Urbel, Polícia Federal, PMMG), permitindo assim uma atuação mais legitimada nas etapas de cadastramento, trabalhos sociais e remoção. É importante ressaltar que todos os parceiros foram convidados a participarem do evento, inclusive com a disponibilização de espaços (salas de aula/tendas), a fim de que possam apresentar a própria instituição e os serviços que prestam para a comunidade.<sup>421</sup>

A decisão estruturante nomeou um grupo de peritos para trabalharem em conjunto para cumprimento das primeiras etapas do Programa de Conciliação, inicialmente, para trabalharem com a identificação e cadastramento das famílias.

Foi requerido como tutela de urgência de natureza cautelar pela Defensoria Pública da União, na exordial da Ação Civil Pública, a imediata remoção das famílias

---

<sup>421</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1217

até conclusão do processo de reassentamento. Entretanto, verificando que o lugar sondado para abrigo das famílias seria imóvel pertencente às Fundações das Obras Sociais da Igreja Nossa Senhora da Boa Viagem, que carecia de “passar por perícia de engenharia para se averiguar a capacidade de atendimento, adequação ao abrigamento provisório, etc”<sup>422</sup>, foi determinado o pagamento de aluguel social pela Urbel, que serão necessariamente ressarcidos pelo DNIT.

Entretanto, as famílias da Ação Ordinária 56588-88.2012.4.01.3800 vislumbraram dificuldades para encontrar busca de moradia provisória, que seria custeada pelo aluguel social, motivo pelo qual, inicialmente, foi determinado que uma assistente social as auxiliasse nesta busca. Entretanto, verificando as dificuldades encontradas pelo juízo em acompanhar o pagamento de aluguel a todas as famílias, a Urbel, que realizada esta atividade rotineiramente, ficou encarregada de o fazê-lo, bem como analisar as condições da moradia alugada.<sup>423</sup>

Verifica-se, aqui, a incidência de revisão do pronunciamento jurisdicional para se adaptar às necessidades da demanda, a partir de postura experimental adotada pela 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, prolatando provimentos em cascata.

Foi determinada ainda, na presente ação, para fins de diagnóstico e planejamento, a suspensão das notificações enviadas às famílias do assentamento sobre ordem de demolição ou remoção, isso porque, as famílias que ali residem participarão do Programa de Conciliação para Remoção e Reassentamento Humanizados promovido pelo NUCON.<sup>424</sup>

Muito interesse, também, é a segunda meta a ser cumprida, que consiste na realização de trabalhos sociais, com atividades de cunho social, como capacitação profissional, geração de renda e trabalho preventivo para evitar novas invasões, para a promoção de uma verdadeira reforma estrutural, através das seguintes etapas:

Etapa 1: a primeira etapa consistirá na organização, em cada comunidade, de um grande evento de mobilização dos moradores através de atividades culturais, recreativas, exposições, workshops,

---

<sup>422</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1220.

<sup>423</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1221

<sup>424</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1223-1224

estantes de orientação à saúde, direitos sociais, feira de tecnologia, entre outros. Essa ação será oportuna para que os moradores conheçam os componentes do Projeto e se informem sobre as ações futuras junto à comunidade – diagnóstico e intervenção. Serão constituídos grupos de referência locais compostos por representantes, de cada comunidade beneficiada, para acompanhar o planejamento, as atividades de equipe de campo e estabelecer um processo de avaliação do resultado das ações.

Etapa 2: a intervenção socioeducativa correspondente ao trabalho social tradicional que inclui as atividades do pré e pós morar, com o objetivo de fortalecer as relações humanas (família, comunidade, profissionais) e as relações institucionais (lideranças, associações, movimentos sociais, poderes públicos). Tal intervenção atenderá os diversos públicos inseridos nas comunidades – idosos, jovens, mulheres, crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, e abrange as seguintes dimensões e ações:

- Educação para famílias: Orientação às famílias (saúde, educação, relações sociais); Ações sócio-educativas para jovens e crianças; Combate à verminose e desnutrição infantil; Ações voltadas para o fortalecimento de valores humanos; Atendimento social específico às necessidades de cada família.
- Capacitação profissional: Capacitação de moradores a partir de sua necessidade e/ou potencialidade de trabalho; Capacitação de agentes comunitários de saúde atuantes nas comunidades; Formação para atuação profissional de jovens; Diagnóstico da situação de trabalho informal e orientação e capacitação nas temáticas de direito previdenciários e inclusão no mercado como empreendedores individuais;
- Geração de renda: Agricultura familiar; Potencial de empreendedorismo de grupos ou indivíduos na comunidade; Tratamento e reciclagem de resíduos sólidos (lixo doméstico urbano) para geração de renda e ações de preservação ambiental.
- Fortalecimento organizacional e participação popular: Organização e assessoria a associações comunitárias, grupos setoriais (jovens, mulheres, deficientes, etc) e formação de cooperativas (organização, planejamento e funcionamento); Organização de grupos de discussão sobre temáticas de interesse da população local; Disseminação de informações sobre a política urbana da cidade, divulgação de reuniões e eventos diversos; Fortalecer a rede de entidades e grupos sociais atuantes na realidade local das Vilas.

Etapa 3: o apoio técnico a projetos envolve a elaboração de projetos de residências provisórias (vila de passagem) e permanentes bem como o acompanhamento da construção das unidades habitacionais, principalmente quanto às áreas comuns e equipamentos públicos, a fim de garantir que os compromissos assumidos com as comunidades sejam cumpridos. Também se inclui nessa etapa a desocupação das áreas necessárias para a realização das obras, com reassentamento

humanizado e acompanhamento da mudança das famílias pela equipe de assistência social.

Etapa 4: o atendimento à assistência corresponde ao apoio às famílias de forma individualizada para acompanhamento e encaminhamento dos casos para a rede de atendimento pública ou privada. Nesse caso, será fomentada, sistematizada e articulada uma rede social para o recebimento dos casos, onde as universidades parceiras poderão receber em suas clínicas casos odontológicos, de fisioterapia, de fonoaudiologia, casos jurídicos e atendimento psicológico, bem como os equipamentos do poder público.

Etapa 5: as ações sociais voltadas às comunidades remanescentes referem-se ao desenvolvimento de trabalho preventivo para evitar novas invasões e conflitos sociais em função da abrangência do reassentamento, bem como para incentivar a preservação de equipamentos públicos que porventura sejam construídos nas faixas de domínio e “não edificantes”<sup>425</sup>.

Primeiramente, frisa-se que a constituição de grupos de referência locais compostos por representantes de cada comunidade beneficiada garante a participação direta dos afetados para construção participada do pronunciamento jurisdicional a ser exarado no litígio em questão.

Em seguida, é importante destacar que a decisão estruturante aqui estudada preocupou-se, não somente com a resolução da controvérsia em questão, mas sim, ainda, na prevenção de novas invasões, na preservação de equipamentos públicos construídos nas faixas de domínio e “não edificantes”, na assistência às famílias reassentadas, no que tange a questões sanitárias, de educação, saúde, inserção no mercado de trabalho e geração de renda, e na participação ativa da comunidade através da promoção de discussões de interesse da população local.

Quanto à decisão estrutural inicial analisada, conclui-se que a mesma valeu-se de diversas medidas estruturantes – conforme estudadas na presente pesquisa – que, se aplicadas participadamente na litigância de interesse público, possuem, então, o condão de promover verdadeira reforma estrutural no *status a quo*. A Ação Civil Pública ainda está em trâmite.

---

<sup>425</sup> BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013. Pág. 1213-1216

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face a inefetividade das funções estatais legislativa e executiva, a função jurisdicional balizada pelo processo constitucional democrático é chamada a tutelar direitos fundamentais em juízo em questões complexas que envolvam interesse público, a exemplo, demandas que envolvam questões sobre saúde, educação, meio-ambiente, segurança e moradia e, pela complexidade das demandas, sejam ela quanto ao objeto e/ou pela quantidade de sujeitos, a litigância de interesse público sempre encontrou (encontra) entraves à resolução efetiva de suas controvérsias.

Isso porque os processos que envolvem a implementação de políticas públicas no Brasil, majoritariamente: são conduzidos por um decisor solipsista; são impulsionados sob a ótica importada do procedimento individual e adversarial; não possuem participação ampla e substancial de todos os sujeitos interessados; carecem de diálogos interinstitucionais e negociações processuais – motivo pelo qual a execução da obrigação consubstanciada em pronunciamento judicial em demanda de interesse público é, na maioria das vezes, frustrada; são medidas meramente paliativas, porquanto não têm o condão de promover uma verdadeira reforma estrutural nas instituições e edificações estatais.

A ótica eminentemente adversarial e coercitiva não é capaz de atender os anseios da litigância de interesse público, assim, a presente pesquisa objetivou propor procedimentos judiciais a serem utilizados na litigância de interesse público para que, em comparticipação com os interessados, seja possível construir pronunciamento judicial que, além de resolver a controvérsia levada a conhecimento da função jurisdicional, ainda, seja capaz de promover reforma estrutural institucional.

Para tanto, inicialmente, o primeiro tópico cuidou de analisar os movimentos de litigância de interesse público nos Estados Unidos da América a partir da década de cinquenta e contrapô-los com o modelo tradicional de jurisdição. Foram estudados os modelos jurisdicionais de litigância de direito público (Chayes), modelo consultivo (Eisenberg), modelo gerencial (Resnik/Horowitz), litigância em massa (Mullenix), modelo transacional (Rubenstein), modelo dialógico (Dixon), modelo experimentalista (Sabel e Simon), modelo catalítico (Young), e contrapostos com o modelo tradicional de jurisdição (Fuller).

A partir de tal análise, verificou-se que o modelo tradicional de jurisdição, que era altamente individualista, com o objetivo único de promover a resolução de conflitos entre sujeitos privados, acerca de direitos privados e atuação passiva do decisor, não mais suportava os anseios do emergente litígio de direito público, na medida em que, a partir da adoção, a partir do segundo pós-guerra, de preceitos da socialização processual, o processo, agora, prestava-se a resolver problemas policêntricos, com repercussões complexas, prospectivas e plurilaterais, motivo pelo qual a proposição de Fuller, construída sobre preceitos liberais, tornou-se insuficiente, passando, então, ao final do século XIX, a concepção de jurisdição de um modelo adjudicatório para uma análise pautada na socialização processual e interesse público.

Entretanto, demonstrou-se na presente pesquisa que, apesar das grandes contribuições trazidas pela litigância de interesse público no que tange ao câmbio acerca da própria concepção da jurisdição, o processo pautado unicamente na socialização processual, com figura eminentemente protagonista e atuação solipsista do decisor, não é consonante com aos preceitos do Estado Democrático de Direito e devido processo constitucional, além de se mostrar insuficiente e ineficiente. Motivo pelo qual, se fez necessária a proposição de procedimentos judiciais a serem aplicados na litigância de interesse público que importem na comparticipação da adjudicação em detrimento dos modelos adversariais e que sejam capazes de promover uma reforma estrutural nas instituições públicas.

Ao se almejar a promoção de tal reforma, foi feito estudo no segundo tópico acerca das *structural injunctions* conforme concebidas por Owen Fiss, verificando-se, assim, que as medidas estruturantes possuem o condão de efetivar processos de interesse público e promover uma verdadeira reforma estrutural nas instituições. Entretanto, verificou-se que a concepção de Owen Fiss não pode ser inteiramente adjudicada, na medida em que, pautada em preceitos da socialização processual, acredita na virtude do decisor em implementar as medidas estruturantes, dando azo a atuação arbitrária, ineficiente e solipsista pelos juízes e tribunais, dissonante, portanto, do crivo comparticipativo ao qual a presente pesquisa é trabalhada.

No terceiro tópico, por sua vez, demonstrou-se que a implementação comparticipada de medidas estruturantes na litigância de interesse público, com conseqüente resolução efetiva da controvérsia e promoção de reforma estrutural institucional, pode ser alcançada através de um procedimento jurisdicional trabalhado sob a ótica da comparticipação e policentrismo, com a promoção de diálogos

interinstitucionais, ampliação da participação através da integração do contraditório pela intervenção do *amicus curiae* e realização de audiências públicas, mediante negociações processuais e utilização de meios adequados à resolução de conflitos, como a mediação ou conciliação. A Cláusula Geral de Efetividade, por sua vez, se aplicada em conjunto com a Cláusula Geral de Negociação e balizada pelo contraditório e fundamentação racional das decisões, igualmente, tem o condão de implementar participadamente medidas estruturantes na litigância de interesse público, sendo imprescindível, ainda, a utilização de mecanismos de *accountability* judicial vertical e horizontal.

Qualquer atuação solipsista e discricionária pautada na socialização processual é rechaçada, sendo feita, assim, proposição que objetiva ofertar base normativa preexistente, fornecida pelas demais funções estatais para que, em participação, possam os sujeitos processuais construir o pronunciamento jurisdicional estruturante com critérios mínimos para fixação da política pública em juízo.

Com embasamento normativo no próprio art. 139, IV do Código de Processo Civil, propõe-se que, se a problemática da demanda consiste no fato de que há legislação regulamentando determinada política pública, mas a função executiva deixa de cumprir a lei, então deve o decisor oficial o representante legal do respectivo ente (Fazenda Municipal, Estadual ou Nacional) a fim de que demonstre nos autos como é implementada uma política pública semelhante no âmbito administrativo, por outro lado, se a problemática consiste no fato de que não há sequer legislação que regule direito fundamental do jurisdicionado, então deve o Presidente da Câmara dos Vereadores, Assembleia Legislativa ou Congresso Nacional ser oficiado para que demonstre nos autos como é regulamentado um Projeto de Lei em caso semelhante ao da demanda que visa regulamentar a política pública em juízo, assim, os sujeitos processuais terão critérios mínimos para fixação, em participação, de medidas estruturantes na litigância de interesse público.

Por fim, foi feita análise de decisão estruturante prolatada na Ação Civil Pública 57367-09.2013.4.01.3800 em trâmite junto à 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, para demonstrar como implementar participadamente medidas estruturantes na litigância de interesse público com o objetivo de promoção de reforma estrutural institucional.

Conclui-se que as proposições da presente pesquisa, se utilizadas de forma policêntrica, em participação com todos os sujeitos interessados, a partir da ampliação e integração do contraditório e balizados pela fundamentação racional das

decisões, rechaçando qualquer atuação discricionária e solipsista, possuem a potencialidade de resolver de forma molecular a controvérsia consubstanciada na litigância de interesse público e, ainda, promover verdadeira reforma estrutural nas instituições e edificações públicas, em consonância com os preceitos do devido processo constitucional e do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.
- ALVES, Máira Feltrin. **O princípio da separação dos poderes e o controle judicial de políticas públicas**. Revista FMU Direito. São Paulo, ano 25, n. 35, p.73-84, 2011. ISSN: 2316-1515.
- APPEL, Peter A. **Intervention in Public Law Litigation: The Environmental Paradigm**, 78 Wash. U. L. Q, 2000.
- ARAÚJO, André Carias de. **Diálogos Institucionais como instrumento de desenvolvimento de uma jurisdição constitucional democrática**. Universidade Federal do Paraná. (Dissertação) Mestrado. Curitiba, 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Processos Coletivos – Revista Eletrônica - Volume: 6 Número: 4 Trimestre: 01/10/2015 a 31/12/2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista de Processo Comparado, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015, pág. 219 Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/> Acesso em: 20 nov 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (orgs) **Processos Estruturais**, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- AUGUSTO, Luiz Gustavo Henrique; RIZZARDI, Máira Martinelli. **Accountability segundo os Ministros dos Tribunais Superiores do Judiciário Brasileiro**. CONPEDI. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cef347a99ab5be36> Acesso em 13 nov 2018.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do “amicus curiae”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 5(2):169-177, julho-dezembro 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**, 71 Brook. L. Rev, 2006.
- BAUERMAN, Desirê. **Structural Injunctions no direito norte-americano In Processos Estruturais**, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

BERGALLO, Paola. **Justice and Experimentalism: The Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina** (January 1, 2015). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 44.

BERGALLO, Paola. **Transcrição de trecho de entrevista concedida por Paola Bergallo à Luciana Morato**. Universidad Torcuato di Tella. 8 de dezembro de 2017. Buenos Aires, Argentina. No prelo.

BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. **Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense**. In: XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, 2009. São Paulo.

BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. Ed. New Heaven: Yale Press, 1986.

BORGES, Alice Gonzalez. **Interesse público: um conceito a determinar**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 205: 109-116, jul/set. 1996. pág. 114. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46803/46180>

BORGES, Sabrina Nunes. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do Processo Coletivo e Código de Processo Civil de 2015**. Itaipava/SP. : Editora Foco, 2018.

BRASIL. 3ª Vara Cível. **Sentença nº 0843570-31.2009.8.13.0040**. KATIA REGINA DE OLIVEIRA e outros. COMPANHIA BRASILEIRA DE METALURGIA E MINERACAO e outros. Araxá, MG, 09 de maio de 2018.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** (2015). Lei Federal nº 13.105, de 2015.

BRASIL. **Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985**. : Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8058, de 04 de novembro de 2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências, 2014.

BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais. 7ª Vara Federal. **Processo nº 57367-09.2013.4.-1.3800**. Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal. DNIT e outros. Juíza Dayse Starling Lima Castro. Belo Horizonte, MG, 25 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº 347, **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL E OUTROS. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO. Adpf 347 - Stf. Brasília, 2015.

BRASÍLIA, STF. **ADPF 45/MC**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05/05/2004.

BRAXTON, Jeffrey. **Understanding the diferente types of mass torts**. Disponível em: <https://www.southfloridainjurylawfirm.com/understanding-different-types-mass-torts/>.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Editora: DelRey. Belo Horizonte, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. **Estudo sistemático do NCPC (com alterações introduzidas pela Lei 13.256, DE 4/2/2016) – 3ª ED.**—Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

**BROWN I AND BROWN II. VIRGINIA MUSEUM OF HISTORY AND CULTURE**. Disponível em: <https://www.virginiahistory.org/collections-and-resources/virginia-history-explorer/civil-rights-movement-virginia/brown-i-and-brown>  
Acesso em 18 nov 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta**. In: ZANETI JR., Hermes (Coord). Repercussões no Novo CPC: Processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 319-332. v. 8.

CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR, Hermes. **Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil**. Disponível em: [https://www.academia.edu/37368086/Entidades de infraestrutura espec%C3%ADfica para a resolu%C3%A7%C3%A3o de conflitos coletivos as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil Claims resolution facilities and their applicability in Brazilian Law](https://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law) Acesso em 04 nov de 2018.

CABRAL, Antonio Passo. **Art. 138**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALMON DE PASSOS, JJ. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. **Por um Modelo Deliberativo de Formação e Aplicação de Padrões Decisórios Vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais**. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution**, Buffalo Law Review, 1976.

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Governança e Accountability: algumas notas introdutórias. Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, agosto de 2004.

**CASE SUMMARY. UNITED STATES SUPREME COURT, BROWN V. BOARD OF EDUCATION, (1955), No. 1, Decided: May 31, 1955.** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/> Acesso em 28 nov 2018.

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

CHEMERINSKY, Erwin. **The case against the supreme court**. New York: Viking, 2014

CHEN, JIM. **With All Deliberate Speed: Brown II and Desegregation's Children**, 24Law & Ineq.1, 2006.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Ementa nº 559/97**, Tratamiento de Un Estado de Cosas Contrario A La Constitución Política. Delfida Carrascal Sandoval y otros. Relator: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Su558-97.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “execução negociada” de políticas públicas em juízo**. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf> Acesso em 15 nov. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**, 2016, 187 f. Tese (Doutorado).

DETTMAM, Deborah; MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Representação sem eleição: uma crítica à teoria da representação argumentativa na perspectiva do diálogo e da autonomia**. Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 23-41 Jan./Jun. de 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 59-84, abr/jun 2016.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturantes**. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DIXON, Rosalind; **Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited**, International Journal of Constitutional Law, Volume 5, Pages 391–418, Issue 3, 2007.

EISENBERG, Melvin Aron. **Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: Na Essay for Lon Fuller**. Harvard Law Review. v. 92, 1978-1979.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules Of Civil Procedure**, 1966.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2015.

FILHO, Juraci Mourão Lopes; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **O uso de precedentes estrangeiros e a de- claração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 117 | pp. 219-273 | jul./dez. 2018.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen M., **As formas de justiça** In O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

FISS, Owen. **Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo, 13 de junho de 2005**. Organização: DIREITO GV e IDESP. Revista da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV) da Fundação Getúlio Vargas, V. 1, N. 8 novembro 2005.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito do Estado de São Paulo, 2010.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciado 19**. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria> Acesso em 15 nov de 2018.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciado 255**. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria> Acesso em 15 nov de 2018.

FRIEDMAN, Barry. **When rights encounter reality: Enforcing federal remedies**. Southern California Law Review, n 65, Jan. 1992.

FULLER, Lon L., **The Forms and Limits of Adjudication**, 92, Harvard Law Review, 1978.

GAURI, Varun. **Public Interest Litigation in India Overreaching or Underachieving?**. Police Research Working Paper , 5109. The World Bank Development Research Group Human Development and Public Services Team November 2009. Disponível em: <http://www.indiaenvironmentportal.org.in/files/Public%20Interest%20Litigation%20in%20India.pdf>

GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público & Medidas Estruturantes - Da Execução Negociada à Intervenção Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Juruá, 2018.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Curitiba: Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2015.

- GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017.
- HOROWITZ, Donald L. **Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions,** Duke Law Journal. 1265, 1983.
- JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. **Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of education In Processos Estruturais,** Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** 3. ed rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- LIMA, Maria Cristina de Brito. **Ações coletivas.** Revista da EMERJ, v.5, n.19, 2002.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas.** São Paulo: LTr, 2006.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. “**Amicus Curiae**”: Um Instituto Democrático. In: Revista de Informação Legislativa, n. 153, 2002.
- MARCUS, Richard L. **Public Law Litigation and Legal Scholarship,** 21U. Mich. J.L. Reform, 1988.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENEGAT, Fernando. **A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. Direito do Estado.** ANO 2018 NUM 396. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>
- MINISTER OF HEALTH V TREATMENT ACTION CAMPAIGN (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC).** Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/minister-health-v-treatment-action-campaign-tac-2002-5-sa-721-cc> Acesso em 28 nov de 2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **O Desastre.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/o-desastre> Acesso em 06 de nov de 2018.
- MOLDOVAN, Carmen. **Brief Considerations on the German Constitutional Approach of the Freedom of Expression.** Acta Universitatis Danubius. Juridica, Vol 11, No 2 (2015).
- MULLENIX, Linda S., **Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm,** 33, Valparaiso University Law Review, 413 , 1999.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle. **Política do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Constituição e Processo: Entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo e República: uma relação necessária**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/> Acesso em 15 nov 2018.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; ASSIS, Rafaela Lacerda; NASCIMENTO, Renata Gomes. **Litigância de interesse público - O papel do Processo Civil na efetivação de direitos e garantias fundamentais**. No prelo.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. **Desconfiando da (Im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. Salvador, Jus Podium, 2018.

OSTWALD, Wilhelm. **Nobel Lecture**, December 12, 1909. Disponível em: [https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/chemistry/laureates/1909/ostwald-lecture.html](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/1909/ostwald-lecture.html)

**PARECER N. 001/2017/GAB/CGU/AGU**. Diário Oficial da União – Seção 1 - Nº 138, quinta-feira, 20 de julho de 2017 - ISSN 1677-7042.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle processual de políticas públicas no Brasil**. Tese (Doutorado). Belo Horizonte, 2009.

PIETERSE, Marius. **Health, Social Movements, and Rights-Based Litigation in South Africa**. Journal of Law and Society. Vol. 35, No. 3 (Sep., 2008), pp. 364-388.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; HILL, Flávia Pereira. **Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional**. In Processos Estruturais, Editora Juspodivm, Salvador, 2017 Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. 117f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

RESNIK, Judith, **Managerial Judges**. Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. **As structural injunctions e o direito processual brasileiro** In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda pública no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. **Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas**. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII, 2011.

RUBENSTEIN, William B., **A Transactional Model of Adjudication**. Georgetown Law Journal, Vol. 89, No. 2, January, 2001.

SABEL, Charles; SIMON, William H. **Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds**. Harvard Law Review, 117, 2004.

SANTOS, Marina França. **Intervenção de terceiros no Novo Código de Processo Civil**. Novo Cpc: Doutrina selecionada, v. 1: parte geral/ coordenador geral, Fredie Didier Jr. ; organizadores, Lucas Barril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador : Juspodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional**. In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

SILVA, Helen Cristina de Almeida. **Litigância de interesse público: em busca da adequação dos provimentos jurisdicionais à luz da teoria do direito como integridade**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2015.

SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo; ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermurdes. **Ações Individuais no Caso Rio Doce: Interrupção da Prescrição, Suspensão da Prescrição e Comportamento Contraditório dos Litigantes no Processo de Autocomposição**. Disponível em: [https://www.academia.edu/37558817/A%C3%A7%C3%B5es\\_Individuais\\_no\\_Caso\\_Rio\\_Doce\\_Interrup%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_Prescri%C3%A7%C3%A3o\\_Suspens%C3%A3o\\_da\\_Prescri%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_Comportamento\\_Contradit%C3%B3rio\\_dos\\_Litigantes\\_no\\_Processo\\_de\\_Autocomposi%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/37558817/A%C3%A7%C3%B5es_Individuais_no_Caso_Rio_Doce_Interrup%C3%A7%C3%A3o_da_Prescri%C3%A7%C3%A3o_Suspens%C3%A3o_da_Prescri%C3%A7%C3%A3o_e_Comportamento_Contradit%C3%B3rio_dos_Litigantes_no_Processo_de_Autocomposi%C3%A7%C3%A3o). Acesso em 04 nov de 2018.

SOMBRA, Thiafo Luís Santos. **Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação**. Revista DireitoGv. V. 13 N. 1 JAN-ABR 2017 ISSN 2317-6172.

SOUZA, Fernando Garcia. **Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso Brown vs Board of Education 347 u.s. 483 (1954) – Julgamento de maio de 1954** In O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

**STF – RAPOSA DA SERRA DO SOL: ENTENDA O CASO.** Disponível em: <https://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/101787/stf-raposa-serra-do-sol-entenda-o-caso> Acesso em 17 set. 2018.

**STF IMPÕE 19 CONDIÇÕES PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS.** Supremo Tribunal Federal. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036> Acesso em 18 nov 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência** – Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum. 26 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio> Acesso em: 20 nov de 2018.

STURM, Susan P. **A Normative theory of public law remedies.** The Georgetown Law Review. 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas.** Revista de Processo, Ano 38, 224, Revista dos Tribunais. out/2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. **Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional De Justiça (CNJ).** Revista de Sociologia e Política, v. 21, nº 45, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, In: 29-49 jul/set.1989.

TRUBEK Louise G. **Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the “New Public Interest Law”.** New Legal Realism Symposium. Wisconsin Law Review. n.2, 2005.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Princeton University Press, 2009

UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy from Politics** – A work in constructive social theory, Verso, 2001.

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro.** Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado), 2010.

VIOLIN, Jordão. **Holt vs. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas.** In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017

VITORELLI, Edilson. 1. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças.** 2018 - 11 - 13 Revista de Processo 2018, Repro, vol. 284 (outubro 2018).

VITORELLI, Edilson. **Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual.** In Processos Estruturais, Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

**WHAT IS THE DIFFERENCE BETWEEN A CLASS ACTION AND A MASS TORT (MASS ACTION)?** Disponível em:

<https://www.starrausten.com/resources/what-is-the-difference-between-a-class-action-and-a-mass-tort-mass-action/>

YEAZELL, Stephen C. **Injunction.** In: LEVY, Leonard Willians; KARST, Kenneth L.;

WINKLER, Adam (Org.). **Encyclopedia of American Constitution.** 2.ed. New York: Macmillan Reference, 2000.

YOUNG, Katharine, **A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review.** International Journal of Constitutional Law (ICON), 2010.