



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

BRUNO ROBERTO DE LIMA

**INFLUXOS DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS NA JURISPRUDÊNCIA EM
TEMPOS DE CRISE: ANÁLISE NEOINSTITUCIONALISTA DAS DECISÕES
ESTRUTURANTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DOS
PROBLEMAS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
DURANTE A PANDEMIA COVID-19**

FORTALEZA

2022

BRUNO ROBERTO DE LIMA

INFLUXOS DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS NA JURISPRUDÊNCIA EM
TEMPOS DE CRISE: ANÁLISE NEOINSTITUCIONALISTA DAS DECISÕES
ESTRUTURANTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DOS PROBLEMAS
DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DURANTE A
PANDEMIA COVID-19

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

Coorientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- L696i Lima, Bruno Roberto de.
Influxos dos litígios estruturais na jurisprudência em tempos de crise : Análise neoinstitucionalista das decisões das decisões estruturantes no Supremo Tribunal Federal diante dos problemas de concretização do direito fundamental à saúde durante a pandemia covid-19 / Bruno Roberto de Lima. – 2022.
208 f.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.
Coorientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.
1. Litígios estruturais. 2. modelos de comportamento judicial. 3. abordagem neoinstitucionalista. 4. Processos estruturantes. 5. Direitos Fundamentais Sociais. I. Título.
-

INFLUXOS DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS NA JURISPRUDÊNCIA EM
TEMPOS DE CRISE: ANÁLISE NEOINSTITUCIONALISTA DAS DECISÕES
ESTRUTURANTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DOS PROBLEMAS
DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DURANTE A
PANDEMIA COVID-19

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

Coorientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

Aprovada em: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Coorientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Dr^ª. Janaína Soares Noleto Castelo Branco
Faculdade Farias Brito

A Deus, pela dádiva da saúde em tempos tão difíceis;

À Sophie, minha filha, amor maior que Deus me deu;

à Amanda, pelos longos anos de companheirismo e apoio em todos os momentos;

Aos meus pais, por sempre acreditarem que o estudo é a melhor ferramenta de transformação social;

À minha irmã Érika, por ser exemplo de estudo e resiliência.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de realizar uma análise crítica dos processos estruturantes no Supremo Tribunal Federal que envolvam a concretização de políticas públicas da saúde em tempos de pandemia coronavírus. Os litígios estruturais decorrem de problemas enraizados na sociedade com múltiplos interesses conflitantes envolvidos, os quais necessitam de uma reforma nas instituições sociais para que ocorra a conformação de valores públicos e organização das estruturas sistêmicas. As críticas políticas em desfavor das decisões estruturantes relatam a invasão de competência dos demais poderes e violação do princípio da separação de poderes, segundo uma ótica formal-legalista. Para garantir a legitimidade das decisões estruturantes, o modelo de comportamento judicial neoinstitucionalista é o que melhor fundamenta a atuação judicial neste litígio. O modelo contencioso civil brasileiro bipolar e essencialmente reparatório não atende os objetivos dos processos estruturantes. É necessário reformar os instrumentos processuais presentes na legislação brasileira para produzir um procedimento cooperativo e que promova o diálogo institucional entre os Poderes. Os processos estruturantes, que preliminarmente foram pensados para conformação de valores de matriz liberal, foram traduzidos na América Latina e países do hemisfério sul para a concretização de direitos sociais. O direito social à saúde no Brasil, historicamente, sofre problemas cíclicos, complexos e policêntricos, o que evidencia a natureza de litígio estrutural. A pandemia COVID-19 afetou gravemente direitos econômicos, políticos e sociais. A estrutura disfuncional das instituições que tratam do direito à saúde ficou explícita. Políticas Públicas foram judicializadas e questionadas no Supremo Tribunal Federal. Estes litígios precisam ser avaliados de maneira crítica para que possam realizar reformas estruturais, e não somente soluções de curto prazo de caráter reparatório. O estudo é essencialmente bibliográfico, dialético, sistêmico, hermenêutico e descritivo, de índole qualitativa, fazendo uso de avaliação doutrinária, histórica e documental, e comparativa utilizando método dedutivo. Conclui-se que os processos estruturantes são instrumentos legítimos para realização de reformas estruturais. Em períodos de crise, como a pandemia do coronavírus, processos estruturantes precisam ser avaliados de maneira minuciosa para que possa reparar uma série de problemas sistêmicos da saúde e políticas públicas brasileiras correlatas.

Palavras-Chave: Litígios Estruturais; modelos de comportamento judicial; abordagem neoinstitucionalista; Processos Estruturantes; Direitos Fundamentais Sociais; Direito à saúde; pandemia COVID-19.

ABSTRACT

The present work aims to carry out a critical analysis of the structuring processes in the Federal Supreme Court involving the implementation of public health policies in times of coronavirus pandemic. Structural disputes arise from problems rooted in society with multiple conflicting interests involved, which require a reform in social institutions so that the conformation of public values and organization of systemic structures occur. The political criticisms in favor of the structural decisions report the invasion of competence of the other powers and violation of the principle of separation of powers, according to an optimal formal-legalist. In order to guarantee the legitimacy of the structural decisions, the neoinstitutionalist model of judicial behavior is the best basis for judicial action in this litigation. The bipolar and essentially reparatory Brazilian civil litigation model does not meet the objectives of the structuring processes. It is necessary to reform the procedural instruments present in Brazilian legislation to produce a cooperative procedure that promotes institutional dialogue between the Powers. The structuring processes, which were preliminarily designed to conform values with a liberal matrix, were translated in Latin America and countries of the southern hemisphere to the realization of social rights. The social right to health in Brazil has historically suffered from cyclical, complex and polycentric problems, which highlights the nature of structural litigation. The COVID-19 pandemic has severely affected economic, political and social rights. The dysfunctional structure of institutions dealing with the right to health was made explicit. Public policies were judicialized and questioned in the Supreme Court. These disputes need to be critically assessed so that they can carry out structural reforms, and not just short-term remedial solutions. The study is essentially bibliographic, dialectical, systemic, hermeneutic and descriptive, of a qualitative nature, through doctrinal, historical and documentary evaluation, and comparative using a deductive method. It is concluded that structuring processes are legitimate instruments for carrying out structural reforms. In periods of crisis, such as the coronavirus pandemic, structural processes need to be carefully evaluated so that a series of systemic health problems and related Brazilian public policies can be repaired.

KEYWORDS: Structural Disputes; models of judicial behavior; neoinstitutionalist approach; Structuring Processes; Fundamental Social Rights; Right to health; COVID-19 pandemic.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 10 |
| 2. LITÍGIOS ESTRUTURAIS: HISTÓRIA, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS | 15 |
| 2.1 Resgate histórico: entendendo o contexto dos litígios estruturais | 16 |
| <i>2.1.1 Brown vs. Board of Education</i> | 17 |
| <i>2.2.2 Sistema Prisional do Arkansas e suas Reformas</i> | 24 |
| 2.2 Distinções conceituais: litígios estruturais e processos estruturantes | 30 |
| <i>2.2.1 Litígios Estruturais</i> | 30 |
| <i>2.2.2 Processo, Reforma e Execução Estrutural</i> | 33 |
| 3. AS DIFICULDADES POLÍTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURANTES E AS FORMAS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL | 36 |
| 3.1 Modelo Formal-legalista | 39 |
| 3.2 Realismo Jurídico | 41 |
| 3.3 Leitura Moral da Constituição | 42 |
| 3.4 Pragmatismo Jurídico | 44 |
| 3.5 Padrão Atitudinal | 45 |
| 3.6 Comportamento Estratégico | 50 |
| 3.7 Concepções Neoinstitucionalistas e os Processos Estruturantes | 56 |
| 3.8 Legitimidade do Judiciário nos Processos Estruturantes | 61 |
| 4. OS EMPECILHOS PROCEDIMENTAIS E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS HETERODOXOS | 67 |
| 4.1 Evolução das ações coletivas e sua adaptabilidade ao direito material | 68 |
| 4.2 Características dos litígios estruturais | 69 |
| <i>4.2.1 Complexidade e policentría</i> | 69 |
| <i>4.2.2 Multipolaridade</i> | 72 |
| <i>4.2.3. Recomposição institucional</i> | 74 |
| <i>4.2.4 Prospectividade</i> | 75 |
| 4.3 Medidas extrajudiciais consensuais e fomento às reformas estruturais | 77 |
| 5. ANÁLISE DO PROCESSO ESTRUTURANTE SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | 85 |
| 5.1. Legitimidade, representação processual e abertura dialogal com a comunidade | 85 |
| <i>5.1.1 O problema da representação qualificada</i> | 89 |
| <i>5.1.2 Meios alternativos à abertura dialogal</i> | 95 |
| 5.2 Petição inicial e a flexibilização do princípio da adstrição | 99 |
| 5.3 Recebimento da exordial e o convencimento do magistrado | 106 |
| 5.4 Autocomposição estrutural e a imperatividade jurisdicional | 110 |
| 5.5 Instrução probatória | 115 |
| 5.6 Decisão matriz e liquidação estruturante | 121 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 5.7 | Decisões parciais de mérito e tutelas provisórias executivas em cascata | 125 |
| 5.7.1 | <i>Progressão das medidas interventivas</i> | 127 |
| 5.7.2 | <i>Intervenção judicial progressiva</i> | 132 |
| 5.8 | Coisa julgada e o fim dos processos estruturantes | 134 |
| 6. | DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988: POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITO SUBJETIVO E DEMANDISMO JUDICIAL | 138 |
| 6.1 | Direito fundamental à saúde na cf/88 | 138 |
| 6.2 | Direito à saúde como política pública | 140 |
| 6.3 | Direito à saúde como direito subjetivo | 141 |
| 6.4 | Demandismo judicial | 145 |
| 6.5 | Tribunais Regionais Federais e a competência para a prolação das decisões estruturantes sobre a saúde | 149 |
| 7. | DECISÕES DO SUPREMO DURANTE A PANDEMIA COVID-19 | 154 |
| 7.1 | Limitações orçamentárias e direitos prestacionais no combate à pandemia | 154 |
| 7.2 | Escassez de leitos hospitalares | 155 |
| 7.3 | A urgência dos insumos na saúde | 158 |
| 7.4 | Participação privada na saúde pública | 159 |
| 7.5 | Informação qualificada e publicidade de dados | 161 |
| 7.6 | O problema da mão de obra nos serviços públicos | 162 |
| 7.7 | Saúde e o princípio da precaução: as demandas sobre vacinas | 164 |
| 7.8 | Problemas ideológicos culturais | 171 |
| 7.9 | Saúde das minorias | 173 |
| 7.10 | Fluidez do marco temporal de uma reforma estruturante | 177 |
| 8. | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 181 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 189 |

1. INTRODUÇÃO

No fim do ano de 2019, o noticiário internacional começou a divulgar informações sobre uma “pneumonia misteriosa” que acometia moradores da cidade de Wuhan, província de Hubei, na China. Caracterizada por uma alta taxa de propagação, elevados índices de mortalidade e desconhecimento de um tratamento eficaz, em dezembro deste mesmo ano a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi alertada pelas autoridades sanitárias sobre esta nova moléstia.

Iniciado o anuário subsequente, precisamente em 7 de janeiro, dirigentes chineses informaram que a enfermidade em questão tratava-se da descoberta de um novo coronavírus (SARS-Cov-2), responsável por causar a doença COVID-19. No dia 30 subsequente, a OMS declarou estado de alerta máximo, conforme o Regulamento Sanitário Internacional¹: a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII²)³, o qual passou a ter vigência em âmbito nacional em decorrência do Decreto n.º 10.212 de 2020⁴.

Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde declarou a COVID-19 uma moléstia pandêmica. No Brasil, em 19 de junho de 2021, contabilizava um total de mais de 17,8 milhões de casos, sendo 16,1 milhões recuperados e mais de 498 mil óbitos registrados em decorrência da enfermidade em comento⁵.

O contexto social, político e jurídico dos diversos países do mundo foi afetado em razão das medidas restritivas para conter a disseminação da pandemia. Restrições à liberdade de locomoção (a exemplo de *lockdowns* e barreiras sanitárias), à independência econômica (fechamento de comércio e proibição de realização de determinadas atividades econômicas ou

¹ A OMS, organização especializada do Sistema das Nações Unidas, dirige e coordena a atuação internacional da saúde, sendo dotada de poder regulamentar no Brasil conforme o Decreto n.º 26.042 de 1948.

² Segundo o artigo 1.º do Regulamento Sanitário Internacional (RSI), uma ESPII é um evento extraordinário que constitui risco para a saúde pública mundial exigindo um esforço coordenado dos Estados.

³ Cumpre salientar que este não é o primeiro alerta de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional declarado pela OMS. Em abril de 2009 ocorreu a primeira edição deste ato em razão da Gripe A (H1N1), vulgarmente chamada à época de “gripe suína”, declarada como pandemia. Por volta de maio de 2014 foi editado o segundo alerta (este ainda em curso após nova edição em outubro de 2019 na 2.ª reunião do Comitê de Emergências) pela propagação de poliomielite. Em meados de agosto de 2014 foi editado o terceiro ESPII em decorrência do surto de ebola na África Ocidental, com cerca de 11 mil óbitos notificados. A associação do zika vírus com malformações fetais também foi motivo para a edição desta chamada internacional em fevereiro de 2016.

⁴ BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 10.212, de 30 de janeiro de 2020**. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Brasília, DF. Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm. Acesso em 16 fevereiro de 2021.

⁵ **Coronavírus Brasil**. Disponível em: <https://COVID.saude.gov.br/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

culturais), disputas ideológicas na sociedade polarizada sobre quais valores devem prevalecer no momento de crise (vida ou economia?) ou ainda o debate sobre os direitos de personalidade revisitados (vacinação obrigatória ou facultativa?).

Ocorreu ainda edição de novas leis no ordenamento jurídico brasileiro com o escopo de adaptar o Judiciário e controlar as condutas individuais em consequência da pandemia, concessão de benefícios assistencialistas em uma proposta alternativa de resolução de problemas econômicos aos moldes keynesianos. Essas são algumas das mudanças que a COVID-19 trouxe não somente para a sociedade brasileira, como ao mundo.

Foi editada a Lei n.º 13.979/2020⁶ como sendo a norma basilar para o enfrentamento da pandemia. No corpo deste ato normativo é possível enfatizar, dentre as medidas para o combate à COVID-19, o isolamento social que tem gerado acalorados debates em virtude das restrições a direitos fundamentais individuais, especialmente o direito à liberdade de locomoção. Em virtude da crise econômica e financeira, foi editada recentemente a Emenda Constitucional n.º 109/2021⁷, que impactará o regime jurídico-administrativo dos serviços públicos e dos setores privados em prol da retomada da concessão de auxílio emergencial.

Destarte, é possível perceber a relevância do estudo de como o ordenamento jurídico restou impactado pelos novos litígios sociais advindos pela pandemia do coronavírus, COVID-19, em seus dois primeiros anos.

Provavelmente, a seara mais impactada durante este tempo foi os litígios pertinentes à saúde pública no Brasil. Aumento na quantidade de leitos, montagem e desmontagem de hospitais de campanha, medidas restritivas de direitos individuais com objetivo na contenção da propagação da pandemia.

⁶ BRASIL, Presidência da República. **Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm#. Acesso em 19 jun. 2021.

⁷ BRASIL, Presidência da República. **Emenda Constitucional n.º 109, de 15 de março de 2021**. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167-A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm. Acesso em 19 jun. 2021.

Diversas políticas públicas foram criadas, modificadas ou até extintas com o escopo de tentar se adequar às medidas de combate ao coronavírus. Neste cenário complexo de medo e incertezas, não faltaram ações judiciais buscando a implementação ou proteção de direitos fundamentais questionando a execução de políticas públicas, ou reorganização de estruturas privadas para o atendimento à correção de problemas conjunturais.

Os processos estruturantes, como será visto adiante, buscam reestruturar institutos públicos ou privados para a concretização de direitos fundamentais. Cumpre frisar que diversas ações individuais ou coletivas possuem esse objetivo. Todavia, o que caracteriza o processo como estrutural é a necessidade de intervenção continuada do Poder Judiciário por meio das “decisões em cascata”.

No processo estruturante quebra-se a lógica tradicional de que a sentença põe fim à cognição: as decisões em cascata serão a pedra de toque para novos projetos executivos que objetivem implementar o direito em questão.

Críticas que já existiam, seja pela dificuldade política (excessos do ativismo judicial e obediência à separação dos poderes), seja pelos empecilhos procedimentais (o processo civil contencioso não está adaptado a essas realidades), retornam a ser questionadas em um cenário de crise como o que tem acontecido em razão da COVID-19. Problemas enraizados na sociedade e nas instituições, principalmente naquilo que é pertinente ao direito à saúde. O Poder Judiciário não pode ficar silente aos litígios que lhe são apresentados em um período de grande relevância.

Assim, algumas ações judiciais foram instauradas e questionadas no Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito de políticas públicas que, para a sua plena efetivação, demandam uma reforma estrutural. O presente trabalho tem como objeto de pesquisa o estudo, crítico e pós-crítico, das decisões estruturais com impactos no direito à saúde, proferidas pela Suprema Corte brasileira em tempos de pandemia, especialmente as sentenças proferidas desde a edição da Lei n.º 13.979/2020 até o fim ano de 2021.

Metodologicamente, a abordagem do estudo será essencialmente dialética, sistêmica, estrutural e hermenêutica. Quanto ao procedimento metodológico será fundamentalmente histórico, comparativo, qualitativo de natureza bibliográfica, por meio da pesquisa da doutrina relacionada aos temas presentes em livros, revistas, periódicos, internet, e demais fontes de interesse investigativo. Utiliza-se ainda a verificação de jurisprudências no âmbito do

Supremo Tribunal Federal a partir da edição da Lei 13.979/2020 até o final do mês de agosto de 2021 que tratem de casos envolvendo litígios estruturais na seara do direito à saúde em tempos de pandemia coronavírus.

Concernente aos processos estruturantes, no segundo capítulo, busca-se analisar historicamente os problemas sociais e políticos para compreender as características básicas de um litígio estrutural. Em seguida, pretende responder às seguintes perguntas: O que são litígios estruturais e processos estruturantes? O que é pretende uma reforma estrutural? Qual a distinção de um litígio estrutural para processo estrutural?

O terceiro ponto do trabalho trará as principais críticas políticas contra a aplicação dos processos estruturantes. O empecilho político está no argumento de que neste processo o Judiciário invade as competências dos Poderes Executivo e Legislativo na conformação de políticas públicas. Esta reprimenda decorre de uma visão formal legalista do Judiciário que está ultrapassada. Qual o modelo de abordagem do comportamento judicial deve ser compreendido como adequado para a realização dos processos estruturantes? Graças a um estudo evolutivo dos padrões de atuação demonstra-se que a concepção formalista está superada e o *standard* comportamental que melhor se adapta aos processos estruturantes é a concepção neoinstitucionalista. Diante disso, defende-se a legitimidade do Poder Judiciário para promover ações judiciais que tenham como finalidade a reorganização de instituições e estruturas para a conformação de valores públicos fundamentais.

Adiante, o quarto tópico indaga: o direito processual é um fim ou visa a realização da pretensão material? Quais as características principais de um litígio estrutural que devem ser observadas para que o processo estruturante consiga atingir a sua finalidade? Antes de iniciada a ação judicial é possível vislumbrar ferramentas pré-processuais para se evitar a judicialização do litígio estrutural?

Seguindo o estudo, no ponto cinco há o estudo em sentido amplo do processo civil e qual a leitura necessária para adaptá-la aos processos estruturantes. Questiona-se: o processo civil tradicional possui instrumentos adequados para a realização de uma reforma estrutural? Faz-se a análise do material procedimental existente que pode ser utilizado no contexto dos processos estruturantes.

O sexto capítulo deste trabalho analisa a natureza jurídica do direito à saúde no Brasil, vendo de maneira sucinta os principais pontos de organização trazidos na Constituição

Federal Brasileira e a como as políticas públicas de saúde passaram a ser questionadas no Judiciário em diversas ações individuais descoordenadas. Diante disso, defende-se a necessidade de ajuizamento de uma ação judicial estrutural como foco na atenção ao Sistema Único de Saúde brasileiro. Para que as medidas ocorram de maneira coordenada argumenta-se que deve existir um foro original competente que melhor estruture as decisões em cascata nessa seara: os Tribunais Regionais Federais.

O último capítulo deste estudo traz julgados proferidos no Supremo Tribunal Federal durante março de 2020 até dezembro de 2021 que tratam de temas da saúde durante a pandemia coronavírus. Justifica-se que a partir da situação de urgência gerada pelo surto sanitário foi possível verificar os pontos centrais do litígio estrutural do sistema de saúde brasileiro, devendo ser estes os principais pontos principiológicos e generalistas de uma decisão estruturante matriz para início de uma transformação sistêmica das estruturas e direito sanitário no Brasil.

Finalmente, cumpre ressaltar que não se intenciona expor elucidações graníticas ou ponderar todos os tópicos da complexidade envolvida na concretização dos direitos à saúde no Brasil por intermédio dos processos estruturantes. Este tema necessita de uma constante reflexão crítica dos atores envolvidos e da academia.

2. LITÍGIOS ESTRUTURAIS: HISTÓRIA, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

A sociologia explica há anos que conflitos são inevitáveis na vida em sociedade. Hobbes⁸, verificando que a Inglaterra passava por transformações sociais no combate ao absolutismo, percebeu que os desacordos comunitários são intrínsecos aos agrupamentos de indivíduos. Buscando solucionar essas ponderações, este pensador propôs um modelo societário eclesiástico civil organizado monoliticamente em um Estado gerido por um soberano.

Entender como uma sociedade consegue se organizar diante de múltiplos interesses contrapostos foi estudado por diversos pensadores. Augusto Comte⁹ propôs uma reestruturação do intelecto moral dos indivíduos para viabilizar a sociedade na obtenção de uma unidade social a partir de ideologias comuns, anulando pensamentos contraditórios. Esta reforma somente seria alcançada pelo progresso científico e tecnológico que trouxesse razão e conhecimento social. Marx¹⁰ afirmou que as disputas sociais decorrem da exploração nas relações comerciais. Durkheim¹¹, no que lhe concerne, declarou que os conflitos em sociedade decorreriam da ineficiência das instituições sociais em controlar os valores comunitários. Estes são apenas alguns dos autores que abordaram em diferentes concepções a origem e possíveis soluções para os conflitos sociais.

Constata-se que a evolução histórica da sociedade permitiu a massificação populacional e o surgimento de diversos grupos sociais com diferentes interesses contrapostos. Esta complexidade social decorrente da disputa de interesses causou problemas sociais de grave violação aos direitos fundamentais em diversos países.

O controle social imposto pelos grupos dominantes durante longo período originou o que a academia denomina de “litígios estruturais”. Para a melhor compreensão deste conceito, faz-se necessária a análise histórica de casos emblemáticos conhecidos como a gênese dos processos estruturantes: a segregação racial no caso *Brown vs Board of Education*, sobre a

⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

⁹ COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. São Paulo, Abril Cultural, 1983.

¹⁰ MARX, Karl. Manuscritos Econômicos-Filosóficos de 1844. In FERNANDES, Florestan (Org.). **Marx/Engels. História**. Tradução de Florestan Fernandes, Viktor von Ehrenreich, Flávio René Kothe et al. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1984.

¹¹ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

violação massiva de direitos humanos, e *Holt vs Sarver*, em que foi abordada a necessidade de reforma do sistema prisional do Estado do Arkansas nos EUA.

Esclarecidos os contextos históricos e sociais, será possível compreender os demais conceitos tratados neste trabalho e suas distinções: litígios estruturais, processos estruturantes e reforma estrutural.

2.1 Resgate histórico: entendendo o contexto dos litígios estruturais

Historicamente os processos estruturantes não surgiram das Cortes Constitucionais, mas sim da execução de suas decisões. Nos Estados Unidos o caso paradigmático foi o cumprimento da sentença proferida pela Suprema Corte Americana em 1954 no caso “*Brown vs. Board of Education*”, fazendo com que o Judiciário Federal norte-americano exercesse um papel administrativo e mediador durante a execução da “*structural injunction*”¹².

A análise do caso *Brown vs. Board of Education* permite a constatação de que as decisões judiciais precisam superar uma racionalidade deôntica ou normativa para conseguir garantir o cumprimento de determinados direitos fundamentais aos indivíduos. Nos provimentos judiciais deste julgado foi possível perceber, por uma visão uma abordagem neoinstitucional, como as decisões interlocutórias foram se moldando às realidades circunstanciais para reordenar a sociedade e concretizar direitos.

A partir da década de 1960 juristas passaram a utilizar das ferramentas construídas neste caso para proporcionar a execução de políticas públicas, a exemplo da reforma penitenciária do Estado de Arkansas. Destarte, a compreensão dos fatos históricos são relevantes para entender os conceitos sobre os litígios estruturais, processos estruturantes e como o processo civil tradicional deve ser revisado para adaptar-se à concretização do direito material, reorganização das instituições para a conformação de valores públicos fundamentais.

¹² O termo “*structural injunctions*” não possui tradução para o português, mas foi criado por Owen Fiss para retratar remédios judiciais que estabelecem a prática de um ato ou regulamento de um comportamento com o solucionar as causas de um litígio estrutural. FISS, Owen. As formas de justiça. **Academia Edu**. Disponível em: https://www.academia.edu/4966553/As_formas_de_justi%C3%A7a_Owen_Fiss. Acesso em 28 abril de 2021.

2.1.1 *Brown Vs. Board Of Education*

O Poder Jurisdicional dos Estados Unidos há anos aplica variadas formas para efetivar suas decisões judiciais. A história de violações a direitos constitucionalmente positivados impulsionou a atuação dos magistrados para uma atuação pragmática objetivando a realização dos valores da Constituição. O ajuizamento de ações questionando problemas estruturais, como a segregação racial e o respeito à dignidade de pessoas com cerceamento de liberdade em cumprimento de pena, desencadearam os chamados “processos estruturantes”, os quais têm como *leading case* o caso *Brown v. Board of Education*.

A escravidão nos Estados Unidos era conhecida e defendida pela Suprema Corte Americana no século XIX. O exemplo do caso *Dred Scott* em que aquela corte decidiu que os afrodescendentes mantidos como escravos e seus descendentes (escravizados ou não) não estariam protegidos pela Constituição norte-americana e não seriam tratados como cidadãos naquele país. A decisão deste julgado afirmou ainda que o Congresso não teria competência para proibir a escravidão¹³.

Com a Guerra da Secessão e a derrota dos Estados do Sul, em 1865 o presidente Abraham Lincoln proclamou a abolição da escravatura por intermédio da 13.^a emenda à Constituição dos EUA. Em 1868 foi editada a 14.^a Emenda à Constituição dos EUA¹⁴, a qual sedimentou o princípio da isonomia (semelhante ao artigo 5.^o da Constituição Federal do Brasil de 1988), positivando direitos iguais e o devido processo legal aos nascidos e naturalizados. Esta emenda tinha como um de seus objetivos acabar com os resquícios de escravidão na sociedade norte-americana. O período que se inicia após a edição da 14.^a

¹³ MONTENEGRO, G. A. Enquanto a tempestade não vem: o caso Dred Scott e os diques e os diques rompidos de um conflito irrepresentável. *Ameríndia*, vol. 4, número 2/2007. **Periódicos UFC**. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/14928>. Acesso em: 9 jun. 2021.

¹⁴ Com a seguinte redação: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei”.

Emenda à Constituição dos Estados Unidos ficou conhecido como a “primeira reconstrução”¹⁵, pois os afrodescendentes começaram a exercer alguns direitos civis¹⁶.

Apesar da abolição da escravatura nos Estados Unidos e de um período curto de prosperidade dos afrodescendentes americanos, desde 1877 este povo retornou a ser alvo de práticas sociais segregacionistas¹⁷ respaldadas por leis locais e estaduais. Camponeses ricos norte-americanos dos Estados do Sul, diante das dificuldades de desenvolvimento econômico e temendo alianças populistas entre negros e agricultores brancos de menor condição financeira, passaram a propagar um discurso de ameaça de “dominação negra” e necessidade de “supremacia branca”¹⁸. Este discurso ideológico e político redundou em uma série de legislações estaduais conhecidas por “Leis de *Jim Crow*”, uma canção que apresentava estereótipos aos negros como preguiçosos, burros e não dotados de dignidade para sua inserção social.

Estas condições proporcionaram a migração de milhões de negros para os Estados do Norte gerando a procura de um ambiente com maior tolerância racial, conforme aponta Michael J. Klarman¹⁹.

A Suprema Corte dos EUA, em 1896 no caso *Plessy vs. Ferguson*, declarou a Constitucionalidade da lei que determinava a segregação racial nos vagões de transporte intermunicipal ferroviário. Para tanto era necessário que o serviço prestado nos vagões de

¹⁵ KACZOROWSKI, Robert J. *The Politics of Judicial Interpretation: The Federal Courts, Department of Justice, and Civil Rights, 1866-1876*. Fordham University Press, 2005. **JSTOR**. Disponível em: www.jstor.org/stable/j.ctt13wzwcw. Acesso em 29 abril de 2021.

¹⁶ “*Extraordinary changes in racial attitudes and practices occurred in the Reconstruction decade following the Civil War. Slavery was abolished. Blacks were granted basic civil rights, such as freedom of contract and property ownership, as well as political rights, such as the rights to vote and to serve on juries. In the South, blacks voted in extraordinary numbers, electing thousands of black officeholders. Black jury service was common; streetcars generally were desegregated; and blacks finally gained access to public education*”. Tradução Livre: “Mudanças extraordinárias nas atitudes e práticas raciais ocorreram na década da reconstrução após a Guerra Civil. A escravidão foi abolida. Os negros receberam direitos civis básicos, como liberdade de contrato e propriedade, bem como direitos políticos, como o direito de voto e para servir em júris. No Sul, os negros votaram em número extraordinário, elegendo milhares de titulares de cargos afrodescendentes. O serviço do júri negro ficou paritária; os bondes elétricos foram desegregados, e os negros obtiveram acesso à educação pública. KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 3.

¹⁷ A sociedade branca norte americana passou a aterrorizar a população afrodescendente para que esta não tivesse qualquer intenção de desafiar o *status quo* elitista branco. A população negra era constantemente vítima de ameaças, incêndio às casas em bairros negros, humilhações públicas, linchamentos. PUGA, Mariela. *La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education*. In: *ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 95.

¹⁸ KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 4.

¹⁹ KLARMAN, Michael J., *Brown Vs. Board of Education: Law or Politics?* (December 2002). Disponível em **SSRN**: <https://ssrn.com/abstract=353361>. Acesso em 11 jan. 2022.

brancos e negros ocorresse de maneira igual, o que ficou conhecido como regra “*separate but equal*” ou “separados, mas iguais”. O tribunal, com base na regra de que os juízes não poderiam examinar os motivos de uma lei para considerá-la inconstitucional, acabou legitimando a discriminação por raça com fundamento na igualdade formal. Este julgado proporcionou uma série de práticas governamentais segregacionistas, como diferenciar escolas para crianças brancas e afrodescendentes, assim como em restaurantes e banheiros públicos separados por etnias. Nas políticas públicas, a criação de instituições de ensino segregadas por etnia intensificou uma desigualdade social em razão da raça, pois escolas para brancos recebiam maiores investimentos públicos do que os colégios para negros²⁰.

Além das legislações segregacionistas, é possível destacar a exploração econômica sofrida pelos negros: contratos de quase escravidão em decorrência de dívidas nas áreas rurais e dificuldade de empregos nas indústrias na zona urbana. Outros problemas passados pela população afrodescendente norte-americana eram a violência física, como forma de intimidação, e as dificuldades no acesso à justiça e ausência de isonomia no Judiciário. Nos tribunais do júri, costumeiramente os jurados eram formados por pessoas brancas racistas sendo comum a condenação de negros de maneira injusta²¹. A partir de todo esse contexto relatado é possível perceber que o problema da discriminação racial nos Estados Unidos é um problema de caráter sistêmico.

Em 1909 foi inaugurada a Associação Nacional de Defesa de Pessoas Negras (*National Association for the Advancement of Colored People* - NAACP), organização não governamental com o objetivo de fortalecer a proteção dos direitos civis da população afrodescendente norte-americana.

Com a atuação de movimentos não governamentais de apoio aos afrodescendentes, alguns Estados passaram a editar leis que proporcionaram maior participação da comunidade negra nos processos políticos. Ao mesmo tempo, as políticas de fomento econômico do *New*

²⁰ KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 17.

²¹ KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 5-8.

*Deal*²² eram alinhadas ao Partido Democrata, que tinha como aliados além dos movimentos sindicais os agrupamentos de minorias, como a das agremiações para a causa negra.

As conquistas sociais dos afrodescendentes se dava de maneira gradativa, o que impactou inclusive as artes, a exemplo do contexto musical em que artistas negros do jazz ganhassem visibilidade nacional, como destaca Eric J. Hobsbawm²³. Desta forma, percebe-se que neste período começava uma transição de valores legais, culturais, sociais e políticos em prol dos afrodescendentes americanos.

No fim da década de 1940 movimentos ativistas negros - como a *National Association for the Advance of Colored People* (NAACP), *National Negro Congress* (NNC) e *Civil Right Congress* (CRC) - passaram a defender os direitos humanos e reclamá-los perante a recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os EUA saíram como um dos vencedores e passaram a receber a atenção de outros países quanto ao formato de sua democracia. As ideologias anti-fascistas ganharam notoriedade em razão das atrocidades cometidas por Hitler fazendo com que a população norte-americana passasse a questionar se os valores que eram defendidos na guerra pelo governo dos Estados Unidos seriam também realizados com seus cidadãos.

Se os nazistas eram declaradamente racistas, segregacionistas e os americanos questionavam esses valores como sendo algo tirânicos e contra a liberdade, deveriam existir políticas públicas internas que garantissem a não segregação. Assim os afrodescendentes americanos passaram a lutar por políticas públicas de inclusão social. Além disso, a própria classe política norte-americana tinha interesse de afastar ideologias segregacionistas, como as do governo hitlerista, para se diferenciar do regime nazista²⁴.

²² O recrutamento militar durante a Segunda Guerra Mundial provocou escassez de mão de obra, o que redundou na maior contratação de negros pelas indústrias diminuindo os índices de desemprego dos afrodescendentes e aumentando a renda média desses trabalhadores. Por conseguinte o número de trabalhadores negros qualificados aumentou, o que também impulsionou os estímulos à educação da população negra norte-americana. KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 18-19.

²³ HOBBSAWM, Eric J. **História Social do Jazz**. Tradução: Angela Noronha. 14ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

²⁴ A ideologia dos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial era antifascista e pró-democrática. O Presidente Roosevelt estimulou o povo americano a refutar os valores estimulados pelos governos nazistas. Os negros combatentes começaram a perceber o seu poder de influência em meio a guerra, pois se eram bons o suficiente para morrer em combate pela democracia, então seriam bons o suficiente para votar. Assim, durante a Segunda Guerra Mundial a participação negra na política aumentou significativamente, impulsionada pela militância da NAACP. KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 27-28.

A NAACP buscando efetivar tratamento igualitário em no ensino primário ajuizou cinco diferentes ações nos Estados do Kansas, Carolina do Sul, Virgínia, Distrito de Colúmbia e Delaware, locais com alto índice de segregação e cujas escolas públicas negras possuíam nível de instrução inferior às instituições destinadas às crianças brancas. Uma das razões argumentada pelos autores da ação é de que esta prática violava a 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Dentre estas ações está o caso *Brown v. Board of Education* ajuizado em 1951.

Linda Brown era uma criança afrodescendente da cidade de Topeka, Estado do Kansas, nos EUA, e residia em local em que as escolas mais próximas à sua casa não aceitavam crianças negras. Brown necessitava atravessar toda a cidade de Topeka a pé para ir ao colégio. Os pais da garota por diversas vezes tentaram realocação da vaga com as autoridades escolares locais em escola próxima do lar, mas não obtiveram êxito. Diante da recusa, o pai de Linda Brown, Oliver Brown, e a NAACP ajuizaram uma ação contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education of Topeka*) solicitando vaga em uma instituição de ensino próxima à casa da garota²⁵. Observa-se que o pedido da ação não era exclusivamente monetário, pedir uma indenização pela violação de direitos. O requerimento principal referia-se para que o governo adotasse medidas de erradicação de práticas segregacionistas.

Em 1954, a Suprema Corte Norte Americana decidiu que a segregação racial nas escolas públicas dos ensinos fundamental e médio violava o princípio da igualdade contido na emenda 14 da Constituição dos EUA. Uma das razões expostas na sentença foi o dano psicológico causado pela segmentação das escolas: a separação racial no ensino público proporcionou uma baixa autoestima nas crianças negras frente às brancas gerando um sentimento de inferioridade diante das precárias condições sociais que as crianças afroamericanas estavam inseridas. O voto do Ministro-Presidente da Suprema Corte Norte Americana, Earn Warren declarava que:

A segregação de crianças brancas e negras nas escolas públicas prejudica as crianças negras. O impacto é maior quando tem a sanção da lei; pois a política de separação

²⁵ Mark Tushnet retrata como a NAACP em conjunto com outros ativistas e movimentos de direitos humanos traçaram a estratégia processual do caso dos 13 pais de alunos que estavam cansados de sofrer tratamento racista. Inclusive Tushnet afirma que os autores da ação foram recrutados para este fim. TUSHNET, Mark V. **The NAACP 's Legal Strategy Against Segregated Education, 1925-1950**. Chape Hill, The University of North Carolina Press, 1987.

das raças costuma ser interpretada como denotando a inferioridade do grupo negro. Um sentimento de inferioridade afeta a motivação de uma criança para aprender. A segregação com a sanção da lei, portanto, tende a retardar o desenvolvimento educacional e mental das crianças negras e a privá-las de alguns dos benefícios que receberiam em um sistema escolar racialmente integrado²⁶.

Arenhart, Osna e Jobim destacam que a relevância da discussão da sentença de Brown I, especialmente sob o aspecto sócio-cultural:

Em poucas palavras, colocou-se em perspectiva um debate plenamente afinado com a evidente ampliação funcional da jurisdição e com os limites da intervenção federalista nas dinâmicas internas dos Estados federados - bem como a dubiedade de que mudanças culturais possam ser impostas pronta e unicamente de cima para baixo. Foi essa a linha geral do caso, demonstrando a natureza acentuada de seu impacto concreto e social.²⁷

Esta decisão é conhecida como “*Brown I*” ou “*Brown*” e foi paradigmática no combate à segregação racial, pois o Presidente da Suprema Corte Americana Earl Warren declarou a inconstitucionalidade das leis segregacionistas sem, no entanto, especificar a forma como a decisão seria executada para a resolução do litígio. A partir desse caso, ocorreu a anulação de leis estaduais de outros Estados que permitiam a existência de colégios com vagas por etnia racial.

Após este julgado, uma ampla resistência social se instaurou²⁸. A declaração de inconstitucionalidade da legislação do *separate but equal* não seria suficiente para conter os ímpetos sociais de uma cultura segregacionista, sendo o backlash uma consequência inevitável. Um recurso contra a decisão foi instaurado com o objetivo de implementar a decisão de “*Brown I*” e, em 1955, foi proferida um segundo veredicto conhecido como “*Brown II*”. Enquanto na decisão originária se discutia a interpretação da 14.^a emenda da

²⁶ No original: “*Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law; for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system*”. BROWN v. CONSELHO DE EDUCAÇÃO. FindLaw. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html> . Acesso em: 29 abr. 2021.

²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 26.

²⁸ FISS, Owen. As formas de justiça. **Academia Edu**. Disponível em: https://www.academia.edu/4966553/As_formas_de_justi%C3%A7a_Owen_Fiss . Acesso em 28 abril de 2021.

Constituição norte-americana e a cláusula de igualdade no contexto racial, a apelação em “*Brown II*” é marcada não pela discussão do direito, mas pelo modo como a decisão seria implementada diante do contexto social que havia se instaurado. Segundo Owen Fiss²⁹, é a partir de “*Brown II*” que surge uma nova forma de adjudicação: as reformas estruturais.

A Suprema Corte dos Estados Unidos devolveu os processos correlatos aos juízos originários para estes poderem executar a decisão de “*Brown I*”. Saliente-se que nesta decisão não existiam parâmetros objetivos de como a execução do julgado deveria ocorrer. Assim, juízes singulares passaram a editar medidas que estabeleciam obrigações de fazer ou não fazer intituladas “*injunctions*”.

Em 1978 na cidade de Topeka, Kansas, em razão da ineficiência da execução das medidas em “*Brown II*”, a mãe de uma aluna negra reabriu o caso com ajuda da organização “União Americana pelas Liberdades Cívicas”, alegando que a decisão judicial estava ocasionando maior segregação nas escolas. Em 1989, juízes encontraram vestígios de segregação racial nas escolas originando a decisão “*Brown III*”, a qual somente começou a ser executada em 1993.

Robert G. McCloskey³⁰ afirma que *Brown vs. Board of Education* serviu como precedente fundamental para uma série de outros casos envolvendo o tema da segregação racial nos Estados Unidos: *Gayle v. Brownder*, *Hawkins v. Board of Control*, *Mayor of Baltimore v. Dawson*, *Muir v. Louisville Park Theatrical Ass’n*, *New Orleans City Park Improvement Ass’n v. Detiege*, *Schiro v. Bynum* e *Turner v. City of Memphis*.

A partir deste relato histórico, compreende-se que a segregação racial é um problema secular na sociedade norte-americana de natureza estrutural, ou seja, decorrem da inadequação de uma organização institucional. É possível perceber que este distúrbio ainda

²⁹ FISS, Owen. As formas de justiça. **Academia Edu.** Disponível em: https://www.academia.edu/4966553/As_formas_de_justi%C3%A7a_Owen_Fiss . Acesso em 28 abril de 2021.

³⁰ McCLOSKEY, Robert G. **The Modern Supreme Court**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972.

continua presente na sociedade, a exemplo da morte do jovem Eric Garner³¹ em 2014 e George Floyd³² em 2020.

Outro problema estrutural nos Estados Unidos está no tratamento degradante à população carcerária. Na década de 1970, influenciados pelos avanços sociais conquistados pela reforma estrutural que era implementada gradativamente, prisioneiros do Estado do Arkansas decidiram questionar as condições de funcionamento do sistema prisional.

2.2.2 Sistema Prisional do Arkansas e suas reformas

O caso *Holt v. Sarver* é um conjunto formado por seis causas³³ que tramitaram entre os anos de 1969 a 1982 que teve o escopo de questionar a legitimidade do sistema prisional do Estado do Arkansas nos Estados Unidos.

Há época, o sistema prisional do Arkansas legitimava uma série de abusos. Guardas praticavam tortura³⁴ contra prisioneiros, seja em razão da desobediência da disciplina do cárcere, seja para a extração de informações dos detentos ou até mesmo sem qualquer aparente motivo. Prisioneiros negros muçulmanos eram proibidos de acessar o Alcorão, o que não acontecia com os detentos cristãos³⁵. Não existia um procedimento que garantisse a ampla

³¹ Eric Garner era um homem negro que foi preso por estar supostamente vendendo cigarros soltos e sem o recolhimento de tributos. Durante o momento da prisão policiais imobilizaram Garner mediante um golpe chamado “mata-leão” causando a sua morte por asfixia. POLICIAL acusado de asfixiar afro-americano Eric Garner não será denunciado. Publicado em 17 jul. 2019. **UOL Notícias**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2019/07/17/policial-acusado-de-asfixiar-afro-americano-eric-garner-nao-sera-denunciado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2021.

³² George Floyd era afro americano que foi acusado de estar tentando pagar produtos em uma mercearia com uma nota falsa de 20 dólares. Segundo as imagens da investigação do caso, Floyd não ofereceu resistência à abordagem policial e foi rendido por policiais brancos. Durante a imobilização realizada pelos policiais, Floyd teve seu pescoço pressionado pelo joelho do policial Derek Chauvin por mais de 9 minutos causando a morte de George Floyd por asfixia. GEORGE FLOYD: um ano depois, EUA relembram assassinato que desencadeou protestos pelo mundo. Mundo. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/05/25/george-floyd-um-ano-depois-eua-relembra-assassinato-que-desencadeou-protestos-pelo-mundo.ghtml>. Acesso em: 22 jun. 2021.

³³ *Holt v. Sarver I* em 1969; *Holt v. Sarver II* em 1970 e 1971; *Holt v. Hutto* em 1973; *Finney v. Arkansas Board of Corrections* em 1974; *Finney v. Hutto* em 1976 e *Finney v. Mabry* em 1978.

³⁴ A descoberta amplamente noticiada pela imprensa do “telefone Tucker”, um telefone modificado com baterias e eletrodos que eram acoplados aos testículos dos detentos para dar choque nos detentos, em 1966, durante uma rebelião na penitenciária de Tucker Farm, deu origem a uma investigação ordenada pelo Governador Orval Faubus que culminou na descoberta da violência massiva contra os direitos humanos da população carcerária. Relatório da polícia somente foi divulgado em 1967 pelo Governador Winthrop Rockefeller, o qual teve como um de seus principais objetos de governo a reforma do sistema prisional. FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America’s Prisons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

³⁵ Em 1964, no caso *Cooper vs. Plate* foi reconhecida a inconstitucionalidade das leis estaduais que permitiam estas práticas contra a liberdade de culto.

defesa e o contraditório, mediante decisão fundamentada, que disciplinasse a ida, manutenção e retirada dos presos em celas solitárias. Era comum os casos de detentos reclusos por meses ou anos neste cárcere, que eram reguladas ao arbítrio dos guardas. Por fim, e não muito diferente da realidade hodierna brasileira, a superlotação penitenciária ocasionava problemas de salubridade do ambiente e, por vezes, fomentava violência física e sexual entre os encarcerados.

O caso *Holt vs. Sarver* demonstra-se vanguardista, porquanto foi a primeira vez que um sistema prisional de todo um Estado norte-americano teve a sua constitucionalidade questionada.

Em 1969, Lawrence Holt, George Overton e Travis Fields, detentos em *Cummins Farm*, uma das penitenciárias do Arkansas, ajuizaram uma ação coletiva contra o Chefe da Comissão de Correções Robert Sarver. A ação afirmava a crueldade do confinamento em celas solitárias, a dificuldade de acesso a tratamentos de saúde e o tratamento degradante que comprometia a integridade física dos detentos.

A sentença de *Holt vs. Sarver* foi parcialmente deferida. O Judiciário determinou que não existia negativa de assistência médica aos prisioneiros daquele instituto penal. Entretanto, declarou a necessidade de o Estado adotar medidas preventivas para a preservação da vida dos detentos. As condições sanitárias, ocasionadas pela superlotação, e os arbítrios na gestão das celas solitárias foram reconhecidos como degradantes. A decisão determinou que o Estado deveria adotar medidas que fossem rigorosas, em razão da natureza punitiva da solitária, mas que não excedesse o limite constitucional da dignidade humana.

A Corte estipulou medidas a serem adotadas pelo Estado do Arkansas, a exemplo da troca de direção e demissão de funcionários. Em razão da autonomia do Executivo estadual para gerir o sistema prisional e das parcas condições financeiras das penitenciárias para a elaboração de uma reforma imediata, o juiz Henley adotou uma postura de autocontenção e intimou o Estado para que este se manifestasse sobre o que seria possível fazer para implementar uma reforma estrutural que solucionasse a lide.

É possível perceber ainda uma certa dificuldade, à época, em concretizar conceitos indeterminados, como a proibição de tratamento desumano ou degradante. Henley fundamentou na sentença que o fato de existirem punições corporais não seriam inconstitucionais por si só, mas que a existência delas poderia ocasionar crueldade e arbítrios

que violavam os direitos da população carcerária. Assim, alguns instrumentos de tortura, como o telefone Tucker, foram proibidos, enquanto os chicoteamentos de presos foram suspensos enquanto o Estado não editasse uma regulamentação³⁶.

A decisão de primeiro grau listou “sugestões” genéricas³⁷, em vez de impor pronunciamento condenatório em face do Estado. Destaca-se ainda que a decisão do magistrado Henley enunciou que o Estado deveria adequar o orçamento público no ano fiscal vindouro para a realização de reformas no sistema prisional.

Inicialmente presos foram transferidos, proporcionando diminuição da superlotação e melhoria das condições sanitárias do cárcere. Foram adotados alguns procedimentos administrativos para a classificação dos internos. Entretanto, o sistema penitenciário não dispunha de orçamento para a realização de outras medidas além destas. O juiz Henley acreditava que estas medidas eram insuficientes, o que resultou na reunião de oito ações coletivas. Uma destes processos também figuravam como partes Lawrence Holt e Robert Sarver, fazendo com que esta reunião de ações ficasse conhecida como *Holt vs. Sarver II*. Nesta lide os autores questionaram todo³⁸ o sistema prisional do Estado do Arkansas. Jordão Violin observa que:

Essa peculiaridade faz de Holt II um importantíssimo precedente. Sua causa de pedir aberta e seus pedidos fluidos relativizam o princípio da demanda. E, por isso, impactam diretamente na correlação entre pedido e *decisum*. Mas ainda, o julgamento é orientado para o futuro. Em vez de reconhecer uma violação exaurida e determinar o pagamento de indenização, a demanda visava à adoção de medidas concretas para fazer cessar a infringência a direitos dos custodiados. Essas singularidades não encontravam explicação teórica. Não se amoldavam com exatidão ao sistema *common law*, tampouco ao de *civil law*.³⁹

³⁶ VIOLIN, Jordão. Holt V. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 649-650.

³⁷ Dentre as sugestões do juiz Henley estava a contratação de funcionários para substituir os *trusties* - presos de confiança que auxiliavam na guarda da penitenciária e ficavam armados e possuíam alguma espécie liberdade para sair da prisão e muitas vezes praticavam contrabando de álcool e drogas para o interior das prisões -, melhorar as condições sanitárias, reduzir a superlotação, aumentar o orçamento público destinado ao sistema prisional.

³⁸ Em Holt v. Sarver I, os autores da demanda questionaram alguns pontos específicos típicos do sistema prisional. Em Holt v. Sarver II foi ampliado o objeto da ação para confrontar a constitucionalidade de todo o sistema, como: direito de acesso à justiça; direito ao devido processo legal; proteção contra o arbítrio; tratamento cruel e trabalhos forçados; integridade física; reivindicação de programas de reabilitação; condições dignas de alimentação, vestuário e acomodações.

³⁹ VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. In. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **processos estruturantes**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 654.

O Estado do Arkansas não negou as condições precárias de seus institutos penitenciários, entretanto refutou a ideia de que o sistema prisional seria inconstitucional. Em sua defesa, o Poder público alegou que reformas já estavam sendo implementadas fruto da decisão de Holt I, bem como alegou estar fazendo o possível para implementar reformas, mas existiam empecilhos orçamentários.

Holt II, assim se tornou um caso de destaque. Nele foi possível verificar que a inconstitucionalidade do sistema prisional do Arkansas decorria de diversos fatores, e não de motivos específicos isolados:

O termo (castigo cruel e incomum) não pode ser definido com especificidade. É flexível e tende a se ampliar à medida que a sociedade tende a dar mais atenção à decência e à dignidade humana e se torna, ou gosta de pensar que se torna, mais humana. De modo geral, uma punição que equivale à tortura ou que seja grosseiramente excessiva em proporção à ofensa pela qual foi imposta, ou que seja inerentemente injusta, ou que seja desnecessariamente degradante, ou que seja chocante ou repulsiva para pessoas de razoável sensibilidade é uma punição "cruel e incomum". E uma punição que não seja inerentemente cruel e incomum pode se tornar assim devido à maneira como é infligida. (...) Para o condenado comum, uma sentença para a Penitenciária de Arkansas hoje equivale a um banimento da sociedade civilizada para um mundo escuro e maligno completamente alheio ao mundo livre, um mundo que é administrado por criminosos sob regras não escritas e costumes completamente estranhos ao livre cultura mundial. Após longa e cuidadosa consideração, a Corte chegou à conclusão de que a Décima Quarta Emenda proíbe o confinamento nas condições que foram descritas e que o Sistema Penitenciário de Arkansas como existe hoje, particularmente em Cummins, é inconstitucional. Esse confinamento é inerentemente perigoso. Um condenado, por mais cooperativo e inofensivo que seja, não tem nenhuma garantia de que não será morto, gravemente ferido ou abusado sexualmente. No sistema atual, o Estado não pode protegê-lo. Além do perigo físico, o confinamento na Penitenciária envolve viver em condições degradantes e nojentas. Este Tribunal não tem paciência com aqueles que ainda dizem, mesmo quando deveriam saber mais, que mudar essas condições converterá a prisão em um clube de campo; o Tribunal não ouviu nenhuma dessas pessoas se oferecer para passar alguns dias e noites em Tucker ou Cummins. O perigo e a degradação a que os condenados de Arkansas são submetidos diariamente são agravados pelo fato de que o tratamento que um condenado espera receber não depende de forma alguma da gravidade de sua ofensa ou da duração de sua pena. Na verdade, um homem condenado à prisão perpétua por homicídio de primeiro grau e que tem uma longa ficha criminal pode esperar se sair melhor do que um rapaz do interior sem ficha grave que é condenado a dois anos por roubar um porco. Uma coisa é o Estado enviar um homem à Penitenciária como punição pelo crime. Outra coisa é o Estado delegar a governança dele a outros condenados, e não fazer nada significativo para sua segurança, bem-estar e possível reabilitação. Uma coisa é o Estado não pagar a um condenado por seu trabalho; outra coisa é sujeitá-lo a uma situação em que ele tenha que vender seu sangue para obter dinheiro para pagar por sua própria segurança, ou por alimentação adequada, ou para ter acesso aos cuidados médicos necessários⁴⁰.

⁴⁰ HOLT v. SARVER EDArk. 1970. 309 F. Supp. 362 ED Ark. Julgamento. Lei. **CaseMine**. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c7a9add7b049347e4721>. Acesso em: 22 jun. 2021.

O Judiciário concluiu que para a solução dessas questões seria necessária uma reforma estrutural. As determinações judiciais foram genéricas no sentido de determinar prontamente que o Estado acabasse com aquela situação, bem como oportunizou ao governo estadual a apresentação de um plano para a execução da reforma estrutural dentro de um prazo razoável, sob pena de fechamento das unidades prisionais.

Percebe-se em *Holt II* a preocupação em implementar e assegurar valores fundamentais, especialmente no que tange a dignidade da pessoa humana, necessidade de reorganização de instituições responsáveis pela execução de políticas públicas, execução das medidas protraídas no tempo e constante fiscalização pelo Judiciário para a análise de adequação e efetividade das *injunctions*.

Dada a demora do Estado do Arkansas em promover as reformas estruturais, em 1971, o juiz Henley proferiu uma nova decisão determinando providências específicas a serem implementadas pelo executivo de maneira gradual. Assim, a cada medida executada na reforma, o governo deveria enviar relatório detalhado para que o magistrado avaliasse a efetividade dos remédios.

Em razão das conquistas de *Holt II*, diversos detentos passaram a ajuizar demandas para reformas específicas que visavam melhorias nas condições das reformas que estavam sendo implementadas, o que ficou conhecido como *Holt vs. Hutto* ou *Holt III*. À medida que as condições carcerárias melhoravam, aumentava-se o número de processos surgindo a necessidade de reformas cada vez mais específicas e complexas, pois as inconstitucionalidades se tornavam menos latentes com a implementação das *injunctions*.

O juiz Henley, em *Holt III*, acolheu parcialmente os pedidos determinando novas reformas específicas principalmente no combate à segregação racial no interior das penitenciárias. Desta decisão adveio um recurso, o qual foi autuado como *Finney vs. Arkansas Board Of Corrections*, oportunidade em que a decisão de Henley foi parcialmente reformada para determinar a continuidade da reforma do sistema carcerário. Neste veredito a Corte do 8.º Circuito sugeriu ao juiz Henley a nomeação de fiscais para controle *in loco* das medidas de reforma avaliando o empenho na execução das medidas e auxiliando no desenvolvimento de planos de ação, o que ficou conhecido como *special master* ou *visiting committee*.

O juiz Henley determinou em *Finney vs. Hutto* a implementação de medidas minuciosas de diversos problemas do sistema carcerário do Arkansas. Em razão das

promessas de encerramento das interferências judiciais por parte do juiz Henley, não restou outra alternativa ao Estado senão colaborar com as reformas⁴¹.

Ocorrida a sucessão do juiz Henley pelo magistrado Thomas Eisele, outras causas foram autuadas em conjunto, como *Finney vs. Mabry*, e, ao contrário das expectativas, ocorreu maior atuação judicial, inclusive com a determinação de medidas inovadoras, como a colheita de depoimentos na prisão pelos assessores judiciais e fiscalização das instalações das penitenciárias.

Em 1978, Eisele proferiu sentença surpreendente a qual declarou inconstitucional o procedimento disciplinar adotado pelas penitenciárias do Arkansas. Apesar de os regulamentos vigentes terem como base as determinações de Henley, o rito previsto em lei era diverso da prática institucional. Esta decisão culminou na determinação de observância do devido processo legal para aplicação de quaisquer sanções aos reclusos⁴².

Percebe-se na análise dos casos em tela, de *Holt I* até *Finney vs Marbry*, que a reforma estrutural do sistema prisional do Arkansas aconteceu de maneira gradual. Além dos processos estruturantes, era necessário um ambiente político e social com participação popular e da mídia para que as mudanças necessárias pudessem ocorrer sem retrocessos. Destaca-se o papel ativista de movimentos populares, como o *Civil Rights Movement*, e o apoio da opinião pública para a realização das reformas⁴³.

A análise do julgado ainda enaltece que o sucesso de um litígio estrutural depende, necessariamente, do diálogo com elementos extrajurídicos. Para tanto, o processo estruturante deve adotar instrumentos que incentivem uma postura cooperativa, deslocando o foco do juiz para as partes. Assim, o fato de a decisão estrutural estar fundamentada em princípios não pode ser vista como ingerência judicial na produção de políticas públicas.

⁴¹ HUTTO v. FINNEY. **FindLaw**. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/437/678.html>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁴² FINNEY V. MABRY, 455 F. Supp. 756. ED Ark. 1978. **Justia**. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/455/756/1416106/>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁴³ HARRIS, M. Kay; SPILLER JR., Dudley P. **After Decision: implementation of judicial decrees in correctional settings**. American Bar Association, 1977, p. 83-86.

2.2 Distinções conceituais: litígios estruturais e processos estruturantes

Após a explanação dos exemplos de casos paradigmáticos dos processos estruturantes, é necessário a delimitação dos conceitos que estarão presentes ao longo do trabalho. O primeiro deles é delimitar a ideia de “litígios estruturais” e distingui-los dos “litígios coletivos”. Em seguida são feitas considerações sobre as concepções de “processos estruturantes”, “reforma estrutural”.

A tutela jurisdicional coletiva já faz parte da realidade forense e acadêmica, sendo um conjunto de normas e princípios que tutelam o processo coletivo. Segundo Edson Vitoreli, o litígio coletivo, apesar de não existir um conceito unívoco, pode ser definido como um conflito de interesses jurídicos relevantes titularizados por um grupo de indivíduos com laços de fraternidade homogênea, em que o autor do dano não possui uma atuação direcionada para afetar um ou outro indivíduo, mas contra a comunidade⁴⁴. Essa espécie de litígio ocorre quando o ato ilícito é praticado contra um grupo de pessoas enquanto membros de uma sociedade, sem existir uma finalidade específica do infrator contra qualquer das vítimas do evento de maneira individualizada. No atual estágio de desenvolvimento social, econômico e jurídico das sociedades globalizadas, é inevitável a ocorrência de litígios coletivos.

Edilson Vitorelli⁴⁵ desenvolveu uma classificação dos litígios coletivos com base em um marco teórico sociológico que visa a análise da complexidade e da conflituosidade das lides, deixando de lado a tradicional classificação estipulada pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

2.2.1 Litígios Estruturais

Os grupos sociais, por mais que tenham elementos de afinidade, dificilmente possuem unanimidade em seus posicionamentos. Quanto mais um problema afeta uma comunidade, maior será a opinião individualizada para tentar resolver a questão ao seu favor e assim maior será o dissenso. Da mesma forma, se as vítimas não possuem identidade comum é provável que aumentem as divergências sobre a forma de resolução do problema. Assim, a conflituosidade representa um indicador do grau de conflito endógeno do grupo.

⁴⁴ VITORELLI, Edilson. Levando Os Conceitos A Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico E Suas Diferenças. *Revista de Processo*. 2018, v. 284, p. 333-369.

⁴⁵ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

A complexidade representa a relação entre o litígio e o Direito: quanto mais formas divergentes existirem para a solução do litígio, causando maior dúvida de como melhor proceder para a plena resolução da demanda, mais complexa será a lide. Constatase que a complexidade é um indicador exógeno da comunidade.

Assim, segundo a conflituosidade e com a complexidade da causa, Edilson Vitorelli propõe uma classificação de litígios coletivos que poderiam ser subdivididos quanto à sua extensão em: locais, globais e irradiados.

Os litígios coletivos locais, segundo Vitorelli⁴⁶, são aqueles que atingem um grupo de pessoas pertencentes a uma comunidade específica (ex. indígenas, minorias étnicas, dentre outras). Estas comunidades são afetadas gravemente, fazendo com que as vítimas tenham grande interesse na resolução do conflito. A conflituosidade é moderada, pois a coletividade atingida pelo evento danoso opina de maneira divergente para a resolução do conflito, mas mantém a solidariedade social em razão das perspectivas sociais comuns.

Os litígios coletivos globais, por outro lado, afetam uma maior quantidade de pessoas, mas estas não necessariamente pertencem a uma comunidade específica. Assim, por não possuírem laços de afetividade comuns, estas vítimas do evento danoso têm maior dificuldade de congregar os interessados para uma eventual ação judicial. Esta categoria de litígio é formado por problemas que atingem a sociedade de modo geral, mas que possui baixa repercussão nos direitos individuais, ou seja, manifestam baixa conflituosidade já que os indivíduos possuem pouco interesse na sua resolução.

Nas palavras de Edilson Vitorelli, os danos no litígio coletivo global, se considerados de maneira individual, não são significativos como os danos produzidos nos litígios coletivos locais. O dano ocorreria de maneira fragmentada. Um pequeno vazamento de óleo no oceano, apesar de prejudicar o meio ambiente, não atinge diretamente nenhuma pessoa. Desta forma, as vítimas do litígio coletivo global acabam não possuindo tanto interesse no ajuizamento de uma eventual ação.

Os litígios coletivos irradiados são aqueles que atingem vários subgrupos da sociedade provocando danos de diversas naturezas. O autor destaca:

⁴⁶ VITORELLI, Edilson. Levando Os Conceitos A Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico E Suas Diferenças. **Revista de Processo**. 2018, v. 284, p. 333-369.

Nesses casos, a sociedade atingida é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Esses eventos dão ensejo a litígios mutáveis e multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.⁴⁷

A complexidade dos problemas é tamanha que dificulta qualquer agregação das vítimas para tentar solucionar o conflito. Um exemplo recente no Brasil foi o desastre causado pelo rompimento da barragem de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais. Os diversos grupos sujeitos das lides em tela divergiram frontalmente de como seria a melhor forma para a resolução do caso concreto. Nestas situações, é comum que a solução viável e pretendida por uma parte seja diametralmente oposta aos interesses de outros interessados, o que denota a alta complexidade para a resposta do problema. Deste modo, apesar de nem todo pleito coletivo irradiado apresentar-se como um problema estrutural, todo lide estrutural será um litígio coletivo irradiado.

Vitorelli⁴⁸ continua sua classificação enunciando como cada um das formas de litígio (locais, globais, irradiados) podem se manifestar quanto à complexidade, podendo categorizar em: simples ou complexos. Os primeiros são os casos atrelados ao binômio lícito-ilícito e que a sua reparação é de fácil constatação prática. Os litígios coletivos complexos demandam análise de diversas variantes (sociais, políticas, econômicas, dentre outras) e que sua solução não está prevista na lei acarretando dificuldade na composição do litígio.

Compilando as classificações, o autor conclui que os litígios coletivos irradiados sempre serão de natureza complexa⁴⁹, bem como enuncia que os litígios estruturais representam uma espécie de litígio coletivo irradiado:

... decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

⁴⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 43.

⁴⁸ VITORELLI, Edilson. Levando Os Conceitos A Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico E Suas Diferenças. **Revista de Processo**. 2018, v. 284, p. 333-369.

⁴⁹ Sendo esta característica relevante para compreender adiante que litígios estruturais são espécies de litígios coletivos irradiados. No entanto, nem todo litígio irradiado é um litígio estrutural.

(...) o litígio estrutural tem lugar no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada. Pode ser que parte do grupo seja até mesmo beneficiada pela manutenção do status posterior à violação e se volte contra a pretensão da sociedade⁵⁰.

Assim, os litígios estruturais são conflitos juridicamente relevantes e policêntricos, ou seja, inúmeros problemas centrais o circundam. Essa categoria de conflito pode ter como origem a organização burocrática de instituições, públicas ou privadas voltadas, direta ou indiretamente, para a realização de políticas públicas.

2.2.2 Processo, Reforma e Execução Estrutural

Devido à complexidade do litígio estrutural, a sua resolução, usualmente, demanda atuação dos diversos segmentos institucionais não sendo suficiente as técnicas de julgamento tradicional. Os interesses do litígio estrutural conseguem simultaneamente possuir zonas de interseção, fazendo com que determinadas soluções possam trazer benefícios comuns, enquanto poderá redundar em medidas contrapostas tornando necessária a mudança burocrática das estruturas institucionais.

O caráter policêntrico dos litígios estruturais decorre da coexistência de vários núcleos de interesses jurídicos a serem protegidos na resolução do problema. Lon Fuller⁵¹ utilizou da metáfora da teia de aranha para descrever essa característica: a tensão dos fios de uma teia é determinada pela distribuição de toda a sua estrutura. A complexidade do problema é de tamanha monta que a sua solução dificilmente passará por método exclusivamente governamental, como destaca William Fletcher⁵².

Assim é possível inferir que o processo estruturante é uma espécie de processo coletivo cujo objetivo é resolver litígios estruturais. Este gênero de processo é marcado pela elaboração de um plano, negociado ou compulsório, que proporcione a reorganização das estruturas burocráticas de instituições públicas ou privadas correlatas com a execução de

⁵⁰ VITORELLI, Edilson. Levando Os Conceitos A Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico E Suas Diferenças. **Revista de Processo**. 2018, v. 284, p. 339-340.

⁵¹ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 398, 1978. **JSTOR**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340368>. Acesso em 20 jun. 2021.

⁵² FLETCHER, William. The Discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982. **The Yale Law Journal**. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16130>. Acesso em: 15 maio 2021.

políticas públicas. Em outros termos, é possível afirmar que o processo estruturante objetiva realizar uma reforma orgânica.

A transformação orgânica é a reorganização das estruturas burocráticas institucionais. Nas palavras de Edilson Vitorelli⁵³, a característica essencial de uma reforma estrutural está na finalidade de “reordenar uma instituição pela via jurisdicional”, e não na sua metodologia de aplicação.

A reforma estrutural é implementada por meio da execução de ordens judiciais compostas por obrigações de fazer e não fazer muitas vezes não previstas em lei. Esta é a fase mais difícil do processo estruturante, pois requer, *a priori*, uma postura cooperativa dos interessados. As políticas públicas e as burocracias institucionais passam por um momento de negociações entre os sujeitos do processo para a superação do estado de violência aos direitos.

Cumprido salientar que uma das características de maior relevância na execução da reforma estrutural está na dilação temporal. As medidas judiciais não são implementadas de maneira imediata, mas feitas de maneira protraída no tempo. É comum que os remédios judiciais presentes no plano de execução estrutural afetem colateralmente pessoas que não fazem parte da lide, o que pode gerar entraves na execução eficaz dos remédios judiciais. Assim, é importante que a reforma estrutural ocorra de maneira paulatina, progressiva, reduzindo eventuais barreiras que possam advir durante a implementação da reforma estrutural.

São necessários mecanismos de controle de revisão frequentes pelo Judiciário e pelos interessados para a sua melhor adequação à realidade social. A execução das medidas ocorre de maneira gradual e cíclica: (I) diagnóstico do litígio estrutural por meio da oitiva dos diversos sujeitos envolvidos; (II) elaboração de um plano com medidas judiciais para alteração das estruturas institucionais violadoras dos valores públicos fundamentais, (III) implementação dos remédios de forma negociada ou compulsória, (IV) elaboração de relatório das providências adotadas, (V) fiscalização e avaliação da eficiência proporcionadas pelas ações; (VI) novos planos a serem revisados e executados em um novo ciclo do litígio estrutural. Assim, o controle frequente dos resultados permite que as futuras medidas possam ser melhor planejadas.

⁵³ VITORELLI, Edilson. Levando Os Conceitos A Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico E Suas Diferenças. **Revista de Processo**. 2018, v. 284, p. 342.

A execução da reforma estrutural se propõe a tentar solucionar os problemas constantes no litígio estrutural e evitá-los no futuro. O Judiciário, no processo estruturante, atuará prioritariamente como um mediador de políticas públicas, restando o seu poder coercitivo para impor o direito em segundo plano. Nestes termos, Colin Diver⁵⁴ afirma que a finalidade primordial do processo estrutural é servir como um instrumento de realocação de poder mediante um longo processo de negociação para a realização de políticas públicas.

É possível concluir, desta feita, que as pedras de toque dos processos estruturantes são: (I) desorganização de uma estrutural, pública ou privada, que dá origem a violação de direitos e (II) uma decisão judicial com prolação de ordens contínuas, protraída no tempo. Nesse sentido, Vitorelli afirma:

Em síntese, um processo estrutural é aquele que busca resolver, por intermédio da atuação da jurisdição, um litígio estrutural, mediante reformulação de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) cujo mau funcionamento é a causa do litígio. Essa reestruturação se dará por meio da elaboração de um plano implementado ao longo de um considerável período de tempo, com o objetivo de transformar o comportamento da estrutura para o futuro. Esse plano pode não ser um documento único, mas sim um conjunto de decisões, acordos e medidas que vão se somando, progressivamente.⁵⁵

O conjunto de decisões prolatadas no tempo, ou decisões em cascata, está em harmonia com o artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que positivou o regime de transição para implementação de novos direitos de maneira eficiente e sem prejuízo aos interesses sociais.

Apesar dessas distinções conceituais é necessário esclarecer ser possível um processo coletivo, que trate de um litígio estrutural, somente no momento da implementação da decisão perceba a necessidade medidas estruturais para promover uma reorganização das instituições violadoras de direitos. Assim não existe uma relação direta e necessária entre litígio estrutural e processo estrutural.

⁵⁴ DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n.1, p. 43-106, 1979. Semantic Scholar. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Judge-as-Political-Powerbroker%3A-Superintending-Diver/61e74404de3782f0f3ac2d456ad3450a818448d9>. Acesso em: 08 abr 2021.

⁵⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 74.

3. AS DIFICULDADES POLÍTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURANTES E AS FORMAS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL

É possível constatar que existem duas objeções básicas para a plena efetividade dos processos estruturantes: a dificuldade política e o obstáculo procedimental.

A dificuldade política ocorre, pois as decisões estruturais demandam a realização de políticas públicas. Para a realização destas é necessário recursos financeiros e análise de orçamento público. Segundo a teoria clássica da separação dos poderes existiria um impedimento da interferência do Judiciário nas competências típicas dos poderes Legislativo e Executivo.

Outro argumento utilizado contra a utilização dos processos estruturantes está na inexperience do juiz no desenvolvimento de políticas públicas. Estas exigem amplo conhecimento técnico que não estariam ao alcance de um magistrado. A estrutura dos Poderes Executivo e Legislativo é composta de corpo técnico para elaborar melhor as políticas públicas. O Judiciário ao determinar a realização de um valor constitucional poderá afetar demais contextos econômicos, políticos e sociais existindo grandes chances de não se obter bons resultados, bem como poderá privilegiar um determinado indivíduo em detrimento da coletividade.

Para a superação desta dificuldade política é necessário ter em mente que os processos estruturantes são fundamentados em direitos e não em diretrizes políticas. O Poder Judiciário, o qual não é eleito pela vontade do povo, acaba interferindo na agenda dos Poderes Executivo e Legislativo proporcionando uma significativa modificação na dinâmica da teoria da Separação dos Poderes.

Assim, a judicialização de políticas públicas por meio dos processos estruturantes funciona como um veículo de diálogo institucional entre os grupos sociais excluídos da participação política, especialmente os grupos minoritários ou marginalizados, e os Poderes Públicos omissos. O Judiciário tem o dever constitucional de concretizar os valores ínsitos na Constituição.

A legitimidade política para a realização de reformas estruturais pelo Judiciário decorre de uma das missões institucionais deste poder ser a garantia dos direitos fundamentais.

A dificuldade processual ocorre em razão da falta de regulamento próprio sobre a matéria. O processo civil tradicional foi pensado para solucionar litígios entre partes determinadas com execução de suas decisões de maneira certa e determinável de um pedido. A tônica que conduz o processo contencioso civil está na caracterização do binômio lícito/ilícito. As reformas estruturais, *a priori*, não têm o mesmo grau de especificidade que o contencioso cível individual.

O processo civil tradicional tem como sujeitos litigantes, comumente, duas partes diametralmente opostas. A condução da ação está vinculada ao que foi requerido durante a tramitação do processo: princípio da adstrição da demanda. Os interesses que se apresentam na demanda referem-se, geralmente, a um fato anterior. O juiz deve se posicionar como um terceiro imparcial que aplicará a legislação ao caso concreto por meio da subsunção. A interpretação jurídica deve se abster de valorações extrajurídicas. A solução do caso concreto usualmente tem caráter reparatório e vincula tão somente as partes do processo.

Em contrapartida, os processos estruturantes envolvem uma coletividade de pessoas. Corriqueiramente estes sujeitos não intervirão na causa, mas poderão ser representados por algum de seus pares. O litígio estrutural tem origem em um problema complexo que afeta de maneira severa valores constitucionais. A busca de uma solução parcial pode comprometer severamente os interesses de outrem, sendo necessário um remédio global implementado graças a uma reforma estrutural. O objetivo da decisão estrutural é restabelecer valores constitucionais atrelados à efetivação de direitos fundamentais e que, para isto, serão necessárias a realização de políticas públicas para a superação de problemas conjunturais.

Percebe-se desta forma que os empecilhos políticos e procedimentais contra a legitimidade dos processos estruturantes decorrem de uma visão ultrapassada do comportamento judicial. Essas críticas partem de uma concepção formalista de atuação judicial. Entretanto, o Judiciário na contemporaneidade não é mais pautado em um entendimento estritamente legal. As percepções romanas do brocardo jurídico “*in claris cessat interpretatio*” e do império absoluto da lei já foram revisadas ao longo dos séculos. A clássica teoria dos freios e contrapesos não é vista de maneira estanque, mas sob influências recíprocas, ou seja, os poderes devem controlar uns aos outros para evitar abusos.

Corriqueiramente é possível deparar com decisões de Tribunais que tratam de temas similares, mas resultam em soluções diversas. Apesar dos esforços do legislador pátrio no sentido de uniformizar a jurisprudência trazendo ferramentas e institutos jurídicos para dar

isonomia nos julgamentos (principalmente nos casos com alta carga axiológica ou envolverem temas centrais de crises estruturais), as variações de julgados em assuntos aparentemente homogêneos são inúmeras.

O Constituinte de 1988, em razão das experiências ditatoriais antecedentes, editou um Documento Magno rico em detalhes normativos. Paradoxalmente, a mesma Carta Cidadã expressamente regulou instituições formais capazes de tutelar, de alguma forma, a vida dos indivíduos. As garantias, autonomias e independência asseguradas aos magistrados, associadas à necessidade de proteção de núcleo de direitos fundamentais dos indivíduos e da consagração de princípios, como a indisponibilidade do interesse público, criou um cenário favorável para o papel mais ativo do Judiciário brasileiro.

Se antes o cálculo da decisão dos governantes sobre quais políticas seriam tomadas consideravam as coalizões com parlamentares, a opinião pública e demais atores políticos relevantes, com o advento CF/88, novos fatores precisaram ser considerados como a judicialização das políticas públicas⁵⁶ e a falta de uniformidade das decisões judiciais. Como seria possível explicar empiricamente a variação dessas decisões? Para isto, faz-se necessária a análise das espécies de comportamento judicial com o escopo de melhor compreender o fenômeno no processo de tomada de decisão judicial.

As Ciências Sociais Aplicadas, como o Direito, apesar das críticas quanto aos métodos empíricos de pesquisa, procuram modelos causais que sistematizam de maneira simplificada as influências de diversos fatores para explicar os fenômenos sociais. Assim, os modelos funcionam como instrumentos epistemológicos para “deduzir predições do que irá ocorrer se houver alguma alteração nos *inputs* ou deduzir prescrições do que pode acontecer diante de determinados *outputs* previstos”⁵⁷. Destarte, é necessário o estudo dos padrões de abordagem judicial e verificar qual melhor se adequa às características do processo estruturante.

⁵⁶ É importante pontuar que apesar de ativismo judicial e judicialização das políticas públicas terem seus pontos de contato, os conceitos são distintos. A judicialização das políticas públicas é um reflexo do sistema constitucional, já que cabe ao Judiciário o papel de decidir os conflitos que chegam até ele. Logo, não há que se falar que na judicialização da política ocorre um exercício deliberado de força política por parte do Judiciário. O ativismo judicial, no que lhe concerne, reflete uma postura proativa do decisor ao interpretar a Constituição. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e princípios expressos ou implícitos no texto Constitucional permite ao julgador expandir o alcance das normas para a concretização de direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372.

⁵⁷ NAGEL, S.; NEEF, M. Models of Judicial Decision-Making. In: JOHNSON, G. W. **American Political Science Research Guide**, v.1. New York: IFI/Plenum Data Company, 1977.

3.1 Modelo Formal-legalista

O formalismo jurídico tem como uma de suas características principais a não atuação dos magistrados como atores políticos. A decisão judicial deve se ater exclusivamente a elementos jurídicos e não fazer juízos de valor. Tradicionalmente, o ato de julgar é caracterizado por ser uma atividade neutra, tecnicista e puramente mecânica.

Nas versões mais estritas do legalismo, o Direito é um ramo autônomo dos demais sistemas sociais. A análise jurídica deve partir de elementos que pertencem exclusivamente ao âmbito jurídico⁵⁸. Ocorreria, segundo este padrão, um processo automático de exclusão de vieses ideológicos na elaboração de sentenças. A “cultura jurídica” seria suficiente para fundamentar as decisões judiciais⁵⁹. As garantias institucionais conferidas aos magistrados visam assegurar a independência e imparcialidade dos juízes, para que estes profiram sentenças objetivas, sem subjetivismos ou ideologias.

A aplicação do Direito, segundo a ótica legalista, ocorre por uma hermenêutica formalista de interpretação focada no textualismo constitucional e nas intenções do Poder constituinte originário. Diante dos demais Poderes do Estado, o modelo legalista é pautado em um comportamento autorrestritivo: decisões judiciais que possam invadir assuntos pertinentes às competências do Legislativo e do Executivo devem ser evitados.

Quanto ao material normativo e aplicação das normas, o modelo legalista utiliza primordialmente o modelo de regras, em que a decisão judicial é elaborada mediante silogismo entre premissa maior (regra) e premissa menor (fato), teoricamente imune à discricionariedade do magistrado.

Desta forma, constata-se, segundo este padrão de comportamento judicial, uma busca pela estabilização do ordenamento jurídico, especialmente considerando a atuação dos Tribunais. Com o modelo formalista, as jurisprudências não deveriam sofrer mudanças significativas de entendimento, exceto diante de alterações da Constituição ou da legislação. O processo de elaboração da lei e da Constituição já é carregado de valores políticos⁶⁰, não

⁵⁸ No século XVIII, durante o liberalismo clássico, a cultura jurídica sofreu influência das ideias iluministas e busca de raciocínio científico. Na França pré revolucionária, o juiz era mera “ boca da lei”, apenas tinha a função de interpretar literalmente o que fora elaborado pelo legislador. Com o advento do Código Napoleônico de 1804 e ascensão da Escola da Exegese, a concepção estrita do legalismo se solidificou na comunidade jurídica.

⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary**. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006, p. 5.

⁶⁰ CLAYTON, C. W. The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old institutionalisms. *In*: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). **Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 21.

devido o magistrado agir de maneira suplementar impondo seus valores pessoais na solução do caso.

Este modelo de comportamento judicial trouxe contribuições para o sistema jurídico: trouxe maior segurança jurídica e previsibilidade na prescrição das condutas humanas. Ainda hoje é possível constatar que o modelo formal-legalista pode resolver a maioria das causas que chegam ao Judiciário. No entanto, o formalismo demonstrou-se insuficiente para a resolução dos *hard cases*, principalmente após a 2.^a Guerra Mundial e o advento das ideias do neoconstitucionalismo, que fomentaram a criação de abordagens jurídicas mais sofisticadas que considerassem elementos políticos na interpretação do direito.

Os adeptos da teoria formal-legalista na atualidade já revisaram estas concepções clássicas. Hodiernamente existem partidários deste padrão de comportamento judicial que propõem a inserção de princípios, consideração de precedentes, costumes jurídicos, literatura jurídica, dentre outras fontes jurídicas no momento da prolação de decisões judiciais. Isto demonstra, em verdade, a flexibilização desse standart de atuação e que não faz sentido as críticas utilizadas por aqueles sendo contra a utilização de processo estruturais.

Charles Herman Pritchett⁶¹, ao analisar o modelo legalista, afirma que este padrão não seria capaz de promover um ambiente abrangente em que a atividade judicial estivesse correlacionada com a atuação dos demais Poderes do Estado. Assim não ocorreria uma isonomia no processo de tomada de decisão do Judiciário comparado com os Poderes Legislativo, Executivo e instituições governamentais à estas correlacionadas.

Desta forma, observa-se que, seja pela concepções hodiernas do formalismo que consideram a análise de princípios e elementos extrajurídico e políticos, seja pela assimetria entre os Poderes de um Estado em função das restrições impostas exclusivamente ao Judiciário, é possível perceber que o modelo formal-legalista demonstra-se inapropriado para a resolução de casos completos, como os que estão presentes na natureza dos litígios estruturais.

⁶¹ PRITCHETT, C. H. Public Law and Judicial Behavior. The Journal of Politics, v.30, n. 2, 1968, p. 480-509. JSTOR. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2128450>. Acesso em 20 abr. 2021.

3.2 Realismo Jurídico

Diante de uma série de contradições e lacunas que não eram inteiramente solucionadas pelo aspecto formal da lei, o movimento jurídico que seguiu na comunidade jurídica foi o do realismo jurídico.

Oliver Wendell Holmes Jr.⁶², um dos precursores do realismo norte-americano, afirmou que o direito se adapta às necessidades temporais, aos costumes e políticas predominantes em uma determinada sociedade e período. Para ele, o direito não seria feito tão somente de axiomas ou aplicação de leis encadeadas como dedutivamente proposto pelo modelo formal-legalista.

A característica base do modelo de comportamento judicial do realismo jurídico é que elementos extrajurídicos, especialmente de ordem política e filosófica, compõem a decisão judicial. Assim, a atividade do magistrado está associada a um ativismo judicial e ideológico.

Karl Llewellyn⁶³, ao observar o comportamento judicial, segundo a concepção realista, classificou a teoria dos precedentes em duas espécies: a restrita, aplicável aos casos em que não se deseja aplicar o precedente, e a perspectiva ampla, para as situações em que o magistrado achar útil a aplicação de jurisprudência. Segundo este autor, as decisões judiciais não são limitadas pelo Direito, mas sim pelas ideologias daquele que julga.

Nesse sentido, as limitações jurídicas servem apenas para racionalizar e legitimar a sentença do juiz. O juiz primeiramente decide conforme as suas ideologias filosóficas e políticas para depois escolher os elementos jurídicos e qual teoria dos precedentes irá utilizar no caso concreto (restrita ou ampla).

O movimento *Critical Legal Studies*, uma visão contemporânea decorrente do realismo jurídico, tem como um de seus adeptos Roberto Mangabeira Unger⁶⁴. Esta espécie de comportamento judicial tem fortes influências do realismo jurídico, caracterizando o direito

⁶² No original: “ The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics”. HOLMES, JR, Oliver Wendell. **The Common Law**. Versão Eletrônica. Projeto Gutenberg. New York: Dover, 1963, p. 10.

⁶³ LLEWELLYN, Karl Nickerson. **Jurisprudence: Realism in Theory and Practice**. New Jersey: University of Chicago Press, 2008.

⁶⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. New York: Verso, 2015.

como algo indeterminado. Este conteúdo vago do direito permite criar margens de atuação dos magistrados para manipular as decisões em qualquer sentido, considerando ainda alguns adeptos que seria basicamente para justificar interesses elitistas. Para os *crits*, partidários do *Critical Legal Studies*, direito é igual à política, razão pela qual o engajamento político no direito deve ser intensificado⁶⁵.

É possível perceber a importância da visão mais radical do realismo jurídico e do *Critical Legal Studies*, pois a partir dessas concepções foi possível superar o movimento do formalismo jurídico para trazer à discussão os aspectos extrajurídicos que influenciam o direito.

As críticas a estas concepções de comportamento judicial fruto do realismo jurídico são, principalmente, em considerar o direito como algo indefinido. Estes padrões de atuação jurídica atribuem um papel exageradamente discricionário aos magistrados. O direito acaba sendo subjugado, relegado a segundo plano no processo de tomada de decisão. As posturas provenientes do realismo jurídico esquecem que a maioria das ações que tramitam no Judiciário são resolvidas pelo método da subsunção. Os casos difíceis, em que são necessários maiores sopesamento de valores e princípios, apesar de serem aqueles com maior impacto perante a opinião pública, são casos quantitativamente menores.

Em razão dos excessos de discricionariedade judicial deste modelo, seguiu-se uma tentativa de abordagem com maiores limites à atuação judicial. Uma concepção intermediária entre o Legalismo e o Realismo Jurídico: a Leitura Moral da Constituição.

3.3 Leitura Moral da Constituição

A Leitura Moral da Constituição propõe que o aplicador do direito interprete as normas jurídicas abstratas com base nos princípios morais que estão nelas inseridos⁶⁶. Ronald Dworkin afirma que o direito é composto de regras, princípios e políticas. Os princípios

⁶⁵ ROSENFELD, Michael. The Rule of Law, and the legitimacy of Constitutional Democracy. Cardozo Law School, Working Paper Series N. 36, mar. 2001. SSRN. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=262350. Acesso em 10 jun 2021.

⁶⁶ “Assim, um juiz que segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso concreto recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição. Mas, ainda assim, deve decidir muitos casos com base em fundamentos políticos, pois, nesses casos, os princípios morais contrários diretamente em questão são, cada um deles, compatíveis com a legislação”. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 16.

teriam a função de auxiliar o juiz na tomada de decisão nos casos difíceis, que não são regulados expressamente por uma lei específica.

Dworkin refuta as ideias provenientes do realismo jurídico, o qual tentou criar uma sinonímia entre Direito e Política. Apesar da autonomia destes ramos, o autor não contesta que existem interações entre os sistemas jurídico e político.

Segundo Ronald Dworkin, o ordenamento jurídico não é inteiramente abstrato, bem como o processo de tomada de decisão pelo julgador não pode ser excessivamente discricionário, sob pena de cometimento de arbítrios. A Constituição acaba exercendo um papel limitador das influências políticas na decisão judicial por meio da leitura moral.

O julgador diante dos *hard cases* deve fazer uma investigação dos valores presentes na Constituição e na comunidade. A visão particular do juiz não deve se confundir com os princípios estabelecidos em uma sociedade. Não existe uma absoluta discricionariedade do julgador para decidir qual valor deve prevalecer, mas deve haver uma correlação com os princípios comunitários e aqueles presentes no ordenamento jurídico.

A metáfora do “romance em cadeia”⁶⁷ leciona que o jurista deve atuar como um literário que escreve uma história já inicialmente escrita por outrem. Para que a crônica obtenha coerência e lógica é necessário um olhar para o passado e assim desenvolver o tema para o futuro. O aplicador do direito deve portar-se como se houvesse uma única resposta correta, mesmo ciente de que esta solução não é absoluta e imutável.

Dworkin afirma que existe uma predisposição de juízes conservadores proferirem decisões conservadoras, enquanto magistrados com inclinações liberais teriam a tendência de produzir sentenças de cunho liberal⁶⁸. Desta forma, o autor reconhece que os juízes não são neutros e os princípios morais permitem que distintos aplicadores do direito façam diferentes releituras.

Constata-se que a ideia da Leitura Moral da Constituição proposta por Ronald Dworkin trouxe grandes colaborações ao Direito, pois tentou teorizar as relações entre Direito e Política, ao mesmo tempo em que criticou o excesso de subjetivismo e discricionariedade que o realismo jurídico propunha.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3.

3.4 Pragmatismo Jurídico

Este modelo de comportamento judicial tem como um de seus adeptos Richard Posner⁶⁹. Para o pragmatismo jurídico, a decisão judicial deve buscar a solução mais razoável considerando caso concreto. Na busca desta razoabilidade, é primordial que o julgador realize uma análise dos efeitos sistêmicos decorrentes da prolação da sentença, ou seja, deve o magistrado ponderar quais as consequências ocorreram diante de cada possível remédio que possa ser adotado⁷⁰:

... pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do ‘caráter local’ do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da intangibilidade da ‘verdade’, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos⁷¹.

O aplicador do direito privilegia a experiência prática cultural, econômica, histórica, política e social. A decisão judicial, para o pragmatismo jurídico, está sempre aberta às modificações contextuais, rejeitando qualquer ideia abstrata, atemporal, estática, imutável ou perpétua. E uma das suas principais características é o olhar *pro futuro*, ou seja, procura uma antecipação prognóstica consequencialista na busca da decisão que possa ser a mais razoável.

A metodologia utilizada pelo juiz pragmático tem como base a “adjudicação pragmática”. A observância da teoria dos precedentes é uma necessidade (e não um dever ético) e as investigações empíricas prevalecem diante de teorias morais e políticas abstratas. Preliminarmente, realiza-se uma interpretação sistêmica e teleológica para descobrir a finalidade da norma. Em seguida escolher-se-á a alternativa que atenda aos fins da lei e seja

⁶⁹ Cumpre salientar que Posner chegou a defender o pragmatismo sob a inspiração do eficientismo da Escola de Chicago, na qual a eficiência econômica é tratada como critério ético para o Direito. SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB**, Ano 1 (2012), n.º 1, p. 436. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5468044/mod_resource/content/1/5.%20SALAMA.%20Hist%C3%Bria%20do%20decl%C3%ADnio%20e%20queda%20do%20eficientismo%20em%20Posner.pdf. Acesso em 17 mar. 2021.

⁷⁰ O modelo de abordagem do pragmatismo jurídico, nesse sentido, pode ser “entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”. POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 357-358.

⁷¹ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 621-622.

razoável, considerando as circunstâncias do caso concreto. Para isso, o aplicador do direito deve fazer o sopesamento das vantagens e desvantagens. Carece ser feito um juízo valorativo conglobante, ou seja, que vai além da análise das consequências específicas da decisão para ponderar o material jurídico vigente, salvaguardar o Estado de Direito e as influências de fatores extrajurídicos⁷².

No pragmatismo jurídico, o Direito exerce um papel instrumentalista⁷³ para resolver os conflitos de uma comunidade. O julgador, ao enunciar a sua decisão, deve estar atento para que novos conflitos não advenham da sua sentença. Isso não significa que a interpretação do direito deva ser puramente consequencialista, pois o direito precisa respeitar os valores presentes na Constituição.

O consequencialismo presente no pragmatismo jurídico é um recurso de verificação de possibilidades. O sopesamento das alternativas deve ser feito para garantir o resultado mais razoável possível. Este modelo defende a limitação da discricionariedade judicial, mas não a elimina.

A visão pragmatista refuta a ideia do realismo jurídico de equiparação entre direito e política e assim não deve o juiz possuir o mesmo nível de discricionariedade que o legislador. No entanto, esta abordagem declara que existem semelhanças na atuação do juiz e do político. Posner pondera que não se deve criar expectativas excessivas em relação ao pragmatismo jurídico⁷⁴, pois existem circunstâncias em que as consequências são valoradas de formas distintas por diferentes julgadores. A finalidade deste padrão de atuação judicial reside em buscar a solução mais razoável para os interesses constantes no litígio.

3.5 Padrão Atitudinal

O modelo atitudinal tem como inspiração as lições enunciadas pelo realismo jurídico. Neste padrão de comportamento judicial a ideologia dos juízes influencia diretamente no processo de tomada de decisão. Segundo seus adeptos, o texto da lei, em inúmeras oportunidades, é impreciso, abstrato e polissemântico. Esta indeterminação presente nas

⁷² POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38-47.

⁷³ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como meta teoria normativa da decisão judicial. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 185-187.

⁷⁴ POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 249.

legislações criam espaços de abertura para que as influências ideológicas dos juízes predominem no processo de tomada de decisão judicial. Para os atitudinalistas, o estudo do comportamento dos juízes serve como indicação para seus posicionamentos em decisões futuras.

Charles Herman Pritchett⁷⁵ é apontado como precursor nessa forma de pesquisa do comportamento judicial. Apesar de não ter desenvolvido uma teoria, Pritchett estudou os votos divergentes e convergentes dos juízes da Suprema Corte norte-americana, entre 1937 e 1947, de maneira crítica e analítica, sistematizando-os em ideologias.

As pesquisas atitudinalistas costumam classificar as preferências políticas de maneira matemática. Na década de 1960, Glendon Schubert⁷⁶ foi o primeiro a tentar teorizar o comportamento judicial com base em um modelo atitudinal. Schubert, ao estudar os votos dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, criou uma escala de vieses políticos que variava do extremo liberal ao veemente conservador. Cada juiz estaria inserido em um ponto ideal nessa escala. Assim seria possível fazer previsões, a partir das preferências ideológicas, sobre como seriam os votos dos magistrados em casos futuros.

Em 1993, Segal e Spaeth⁷⁷ desenvolveram um estudo do modelo atitudinal em que seria possível prever os votos dos juízes da Suprema Corte Americana com base nos fatos e nas ideologias deles. Segundo os autores, o direito seria utilizado para ocultar as verdadeiras razões presentes nas convicções políticas de cada julgador. As decisões divergentes proferidas por diferentes juízes da Corte Magna estadunidense desmistificam a falácia da neutralidade e imparcialidade dos julgamentos.

No ano de 2002⁷⁸, Segal e Spaeth revisaram a sua pesquisa inserindo elementos da Ciência Política, Economia e Psicologia, bem como mantiveram as associações às ideias basilares do realismo jurídico. A conclusão dos autores ratificou os resultados anteriores: juízes decidem conforme suas inclinações ideológicas e o direito seria utilizado apenas para racionalizar a fundamentação da decisão *a posteriori*, omitindo as reais justificativas.

⁷⁵ PRITCHETT, Charles Herman. *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947*. New York: The MacMillan Company, 1948, p. 308-319. **Law Indiana**. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3795&context=ilj>. Acesso em 22 mar 2021.

⁷⁶ SCHUBERT, Glendon. **The Judicial Mind: attitudes & ideologies of Supreme Court Justices 1946-1963**. Evanston: Northwestern University Press, 1965.

⁷⁷ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

⁷⁸ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002.

O modelo atitudinal do comportamento judicial é decorrência parcial da teoria da escolha racional⁷⁹. Conforme esta doutrina, os sujeitos políticos tomam decisões racionais lastreadas em suas preferências ideológicas com o fim de maximizar as utilidades de seus interesses. Destarte, juízes são atores políticos racionais que atuam de forma deliberada para potencializar os resultados de um interesse específico.

Cumprido ressaltar, no entanto, que Segal e Spaeth criticam a teoria da escolha racional por esta permitir que o aplicador do direito recorra a qualquer interesse geral para construir a solução do caso concreto⁸⁰. O modelo atitudinal, na concepção dos autores, defende a visão de que os juízes possuem, não somente inclinações pessoais, como também profissionais, empenho na observância do Estado de Direito e pela vontade de potencializar suas ideologias políticas, sendo este o objetivo principal segundo Epstein, Knight e Martin⁸¹.

Segundo Segal e Spaeth existem razões para que os juízes da Suprema Corte possam atuar com maior liberdade, dentre elas: a existência de garantias institucionais conferidas aos magistrados; a ausência de controle por parte da opinião pública e dos demais Poderes; a possibilidade de livremente controlar a agenda dos julgados; a impossibilidade de revisão de suas decisões e a falta de ambição dos *justices* por uma ascensão profissional. Percebe-se que o modelo atitudinal não ignora a influência do direito, mas acredita que estes são insuficientes diante das posições ideológicas dos julgadores.

O modelo atitudinal trouxe contribuições empíricas⁸² para o estudo do comportamento judicial. Entretanto, não esclareceu por quais motivos a ideologia dos juízes exerce um papel relevante em determinados julgados.

⁷⁹ FERREJOHN, John. E PASQUINO, Pasquale. A Teoria da Escolha Racional na Ciência Política: Conceitos de Racionalidade em teoria política. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol 16 n.45. fevereiro 2001. **Scielo**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/hGtJL4TztNbKmTR9HgQswZQ/?lang=pt>. Acesso em 11 jun 2021.

⁸⁰ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. New York: Cambridge University Press, 1993. p. 111.

⁸¹ EPSTEIN, Lee et al., The Supreme Court as A Strategic National Policymaker, 50 *Emory Law Journal*, 583-611, 2001. **Duke Law Scholarship Repository**. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6090&context=faculty_scholarship. Acesso em 11 jun de 2021.

⁸² Um exemplo disso está no desenvolvimento de um sistema de pontuação de ideologia, Segal-Cover scores, em que os autores estudaram as publicações em jornais dos juízes da Suprema Corte no período antecedente à sua nomeação e aplicaram pontuações de ideologia. Posteriormente Segal e Cover estudaram as decisões divergentes proferidas pela Suprema Corte norte-americana entre os anos de 1953 a 1988 e descobriram que a ideologia dos juízes se aplicava em 80% dos casos de liberdades civis. SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices. *The American Political Science Review*, vol. 83, n. 2, junho de 1989, p. 557-565. **JSTOR**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1962405>. Acesso em 11 jun 2021.

Uma das críticas em desfavor do modelo atitudinal seria a excessiva valorização da influência política em desfavor do direito. Apesar de os estudos atitudinais terem comprovado que as teorias normativas não conseguem prescrever limitações jurídicas para impedir a atuação das ideologias políticas no processo de tomada de decisão do aplicador do direito, nota-se um certo grau de irrelevância que este modelo comportamental trata os controles judiciais.

O modelo atitudinal ignora o papel descritivo do ordenamento jurídico. As preferências políticas pessoais dos magistrados, fartamente exacerbadas neste padrão do comportamento judicial, não explicam por que a maioria das decisões dos tribunais são unânimes e coesas.

A conexão entre os fundamentos utilizados em uma sentença e as convicções sócio-políticas do magistrado não significa que sempre as decisões serão pautadas por critérios ideológicos. Como afirma Frank Cross⁸³: “em termos estatísticos, uma questão jurídica pode ser altamente colinear com uma questão política”. Assim ocorre uma interdependência entre os sistemas jurídico e político, os quais não podem ser interpretados de maneira isolada ou limitada.

As preferências políticas pessoais dos magistrados devem ser fatores de influência no processo de tomada de decisão, entretanto não podem ser vistas como algo superior ao ordenamento jurídico, considerando o caráter da imparcialidade jurídica, a qual não se confunde com neutralidade. A imparcialidade é um pressuposto de validade processual, sendo uma garantia aos cidadãos contra eventuais arbitrariedades dos juízes para que estes não façam distinção entre os sujeitos de um processo. Neutralidade judicial é a ideia de que o magistrado deve evitar qualquer valoração ideológica e subjetiva, o que é impossível considerando a condição humana, social e política de qualquer julgador.

Nos *hard cases*, em que é corriqueiro a presença de uma carga moral ideológica mais acentuada, é inegável a influência dos fatores políticos nas sentenças prolatadas pelos magistrados. Todavia, o sistema político não se apresenta como único elemento extrajurídico capaz de influenciar o processo de tomada de decisão em virtude da existência do Estado de Direito e sua força normativa.

⁸³ CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. **HeinOnline**. 92 Northwestern University Law Review, pp 251-326. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/illlr92&div=12&id=&page=>. Acesso em 16 maio 2021.

A metodologia de pesquisa utilizada pelos atitudinalistas parte da coleta das decisões não unânimes. Entretanto, a maioria dos casos presentes no Judiciário são casos comuns sem grande carga ideológica em que as limitações normativas do Direito conseguem preponderar na fundamentação da decisão. Posner, nesse sentido, afirma:

A preocupação tradicional dos atitudinalistas com casos politicamente carregados decididos pela Suprema Corte cria uma impressão exagerada da permeação do julgamento americano pela política. A maioria dos casos decididos pelos Tribunais Americanos não são politicamente carregados nem decididos na Suprema Corte. E usar o partido político do presidente em exercício como procurador das inclinações políticas da Justiça implica enganosamente que a política partidária permeia a tomada de decisão da Suprema Corte.⁸⁴

Verifica-se que os casos de decisão não unânimes constituem, em verdade, a exceção dos julgados proferidos pelo Judiciário. Esta constatação implica na afirmação de que os modelos jurídicos normativo-prescritivo conseguem resolver a maioria das lides interpostas no Judiciário atendendo às limitações judiciais expressamente conferidas nos textos legais.

A fórmula de aferição dos votos dos magistrados utilizada pelos atitudinalistas consegue examinar determinados comportamentos, mas não suas razões. Os resultados de uma decisão e os motivos que a determinaram não são necessariamente exatos. Assim, critica-se o modelo atitudinal, pois este faria uma análise dos resultados de maneira descontextualizada dos motivos que fundamentam a decisão. O exame quantitativo dos resultados é importante método, contudo faz-se necessária ainda a verificação qualitativa das fundamentações.

Outro ponto a ser considerado está no fato de que as coincidências entre as preferências políticas pessoais do magistrado e o resultado de uma decisão judicial não comprovam de maneira absoluta que as preferências políticas pessoais são os únicos fatores de influência na sentença. Além das ingerências políticas, outros fatores subjetivos podem contribuir no processo de tomada de decisão, a exemplo do empenho profissional, aumento de poder, manutenção de reputação, diminuição da carga de trabalho, dentre outros.

Demonstra-se radical a visão monolítica proposta pelo modelo atitudinal de que os magistrados estão extremamente preocupados com os efeitos políticos. Supondo que a

⁸⁴ POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 27-28.

afirmação anterior estivesse verdadeira, as balizas do Estado Democrático de Direito estariam severamente danificadas. A possibilidade de *backlash*⁸⁵ contra as decisões proferidas pelo Judiciário evidenciam que nem sempre os juízes estão preocupados com os aspectos políticos de suas decisões e que existe uma deferência aos limites jurídicos constantes no ordenamento jurídico.

3.6 Comportamento Estratégico

O modelo estratégico tem seus princípios na teoria da escolha racional e utiliza de métodos baseados na teoria dos jogos. Possui similaridades com o padrão atitudinal, pois considera que o magistrado no processo de tomada de decisão realiza as suas preferências políticas pessoais⁸⁶ e que o Direito atua como fator limitador das influências ideológicas.

É possível afirmar que este standard de comportamento judicial está situado de maneira intermediária entre o legalismo e o modelo atitudinal. A ideia presente no modelo formalista de que o Direito consegue limitar as influências extrajurídicas da decisão judicial é refutada na visão estratégica. Por outro lado, a concepção radical dos atitudinalistas que o magistrado possui a finalidade radical de concretizar suas preferências políticas pessoais a todo custo não é ratificada. Enquanto no modelo atitudinal o comportamento dos juízes ocorreria de forma direta e sincera com suas ideologias, no modelo estratégico a atuação do julgador é mais sofisticada, prudente ou indireta.

Walter Francis Murphy realizou um estudo sobre as concepções ideológicas dos *justices*. O autor traçou um paralelo entre agentes políticos e a mentalidade dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Uma das conclusões de seu livro é a de que no processo de tomada de decisão, os magistrados efetuam uma análise estratégica do caso concretos e sopesando as possíveis ideologias e reações dos interessados:

Sob as condições deste modelo, um juiz orientado politicamente deve estar preparado para sopesar os custos e benefícios relativos que irão resultar de suas

⁸⁵ *Backlash* segundo a doutrina norte-americana se apresenta quando o Poder Público se pronuncia a respeito de questões controversas e este posicionamento não é bem recebido pelo corpo social.

⁸⁶ EPSTEIN, Lee et al., *The Supreme Court as A Strategic National Policymaker*, 50 *Emory Law Journal*, 583-611, 2001, p. 592. **Duke Law Scholarship Repository**. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6090&context=faculty_scholarship. Acesso em 11 jun. de 2021.

decisões formais e de seus esforços informais de influência. Deve ele considerar que, em virtude de suas decisões, alguns litigantes, bem como alguns interesses sociais, poderão sofrer perdas a partir de suas decisões, levando-a a pagar pelos custos que sustentam tais interesses. [...] Desde que, em matérias importantes, alguns ou a maioria de seus colegas estão aptos a ter fortes sentimentos individuais, deve estar preparado para pagar os custos de suas decisões – custos computados em tempo e energia, mas também em credibilidade, prestígio e em capital de barganha⁸⁷.

Assim, as relevantes organizações de poder condicionam as decisões judiciais que afetam políticas públicas. Para que o magistrado consiga realizar as suas preferências ideológicas, preliminarmente, terá que realizar suposições estratégicas sobre os demais pontos de vista de outros sujeitos políticos influentes.

No mesmo sentido, Lee Epstein e Jack Knight refutam as ideias atitudinais de que o magistrado atua tão somente com a finalidade precípua para a realização de suas ideologias políticas. Para os autores, a decisão judicial é elaborada de maneira estratégica: o juiz, conforme o contexto institucional que está inserido, avalia as preferências dos sujeitos envolvidos e realiza um juízo prospectivo de quais seriam as prováveis escolhas destes. Epstein e Knight afirmam que “*most important is that law, as it is generated by the Supreme Court, is the long-term product of short-term strategic decision making*”⁸⁸, ou seja, o Direito seria, na visão do Supremo Tribunal, o resultado em um longo prazo das decisões estratégicas de curto prazo.

Em sentido amplo, o modelo de comportamento estratégico seria um instrumento deliberado para a melhor realização de qualquer fim pretendido, considerando os demais atores envolvidos e suas possíveis escolhas.

O modelo estratégico em sentido estrito afirma que os magistrados almejam objetivos político-jurídicos: fundamentam suas decisões de maneira tática, considerando as contingências institucionais que os circundam, para que o Direito reflita, de alguma maneira, suas predileções político-ideológicas em um longo prazo. Este padrão comportamental é também denominado de modelo político-positivo⁸⁹.

⁸⁷ MURPHY, Walter Francis. **Elements of judicial strategy**. Chicago: University of Chicago Press, 1964, p. 35.

⁸⁸ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington, D.C.: Washington University CQ Press, 1998, p. xiii.

⁸⁹ Gomes Neto, José Mário Wanderley. Como Decidem Os Juízes? Comparando Os Modelos Formais Explicativos Do Comportamento Judicial. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n.1, p. 228-255, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/372/485>. Acesso em 06 jun 2021.

A análise do comportamento judicial sob a perspectiva estratégica, apesar de muitas vezes não ser exata, permite aos juízes uma visão prospectiva das possíveis reações dos demais atores políticos. As formas de comportamento estratégico podem ser feitas considerando aspectos intracorte e extracorte⁹⁰.

Na análise das estratégias intracorte, o aplicador do direito considera os aspectos internos do Judiciário e Tribunais para que prevaleça a visão que considera ideal. Um exemplo dessa questão reside na pauta de julgamentos do Supremo⁹¹, a qual configura um dos momentos principais de exercício de poder e análise estratégica.

A visão extracorte avalia que o comportamento estratégico do julgador ocorre na análise da influência de outros sujeitos políticos relevantes não pertencentes aos quadros do Judiciário ou da opinião pública. Nesse sentido, destaca-se, nos Estados Unidos, as pesquisas de Robert Dahl⁹², o qual realizou um estudo sobre como as transições sucessivas das maiorias legislativas no Congresso e as coalizões daí advindas interferiam no comportamento dos juízes da Corte Americana.

Em trabalho realizado por Amaral-Garcia⁹³, foi possível verificar como o tribunal Constitucional Português, tradicionalmente influenciado pelos valores de *civil law* e pelo formalismo-legalista kelseniano, foi afetado por fatores extrajurídicos, especialmente os de caráter econômico-financeiro, para prolatar decisões de controle de constitucionalidade variantes após o período da crise econômica global de 2008.

No mesmo sentido, Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira⁹⁴ destacam que durante o período da Presidência do STF exercido por Nelson Jobim (2004 a 2006), este preferia

⁹⁰ NOVELINO, Marcelo. **A Influência de Fatores Extrajurídicos nas Decisões do STF**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 63-64.

⁹¹ No Brasil, a definição da pauta é atribuição discricionária do Presidente do STF, conforme estipulado no artigo 13, III do Regimento Interno do Supremo.

⁹² DAHL, Robert Alan. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, v6, 1957. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/60188505fb790b33c3d33a61/t/6049c2bd69f212651b53aab3/1615446718720/DahlDecisionMaking.pdf>. Acesso em 05 jun. 2021.

⁹³ AMARAL-GARCIA, S. GAROUPA, N.; GREMBI, V. Judicial independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The case of Portugal. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 6, n. 2, 2009, p. 381-404. School of Law. Texas A&M University. Disponível em: <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1622&context=facscholar>. Acesso em 4 jun. 2021.

⁹⁴ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 87, p. 429-469, 2013. Scielo. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/bb8SYmw8QW3bspQZLGBkQ3p/?lang=pt#:~:text=ARTIGOS-,O%20STF%20e%20a%20agenda%20p%C3%BAblica%20nacional,outro%20desconhecido%20a%20supremo%20protagonista%3F&text=As%20rela%C3%A7%C3%B5es%20entre%20o%20Supremo,dia%20a%20dia%20dos%20cidad%C3%A3os>. Acesso em 08 jun. 2021.

pautar os julgamentos “que corresponderiam ao momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública”, tendência que foi seguida pelos seus sucessores. Para Falcão, a Corte brasileira é um tribunal político, e não jurídico, pois possui posturas flexíveis para concordar e discordar dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), além de controlar o tempo de anuir e divergir de um determinado tema. A atuação extracorte objetiva evitar a superação legislativa da jurisprudência ou de instâncias superiores do Judiciário⁹⁵ ou *backlash*. Nesse sentido, Lawrence Baum afirma:

O juiz estratégico deve enfrentar a tarefa de prever as reações públicas às decisões do Tribunal, uma tarefa que tem suas próprias complexidades. Um exemplo é o juiz que acredita que o Tribunal põe em risco o apoio público ao Tribunal e, em última análise, a sua capacidade de obter aceitação para as suas políticas ao tomar decisões que entram em conflito com as opiniões da maioria do público. Se este juiz contemplar a votação de um resultado que provavelmente será impopular, o juiz deve estimar quanto apoio público seria perdido como resultado dessa decisão e, por sua vez, quanto essa perda de apoio afetaria a eficácia do Tribunal como realizador de políticas públicas. Esse efeito estimado teria então de ser comparado com o benefício estimado para os objetivos da política de justiça da decisão em questão.⁹⁶

Segundo Baum, os juízes empenham-se na produção de “boas políticas públicas”. Entretanto, a delimitação do que seriam “boas políticas públicas” é feita segundo as consequências para a Corte (intracorte) e para o Estado (extracorte). Assim, ao avaliar o juízo probabilístico deve não somente analisar os fatores endógenos como exógenos às cortes para conseguir auferir o resultado político-jurídico pretendido.

Particularmente na atuação extracorte as concepções que o julgador terá serão aquelas com maior nível de enviesamento devido à complexidade de contingências, se comparado somente com a concepção intracorte⁹⁷. Entretanto, apesar de os magistrados não conseguirem exercer assertivamente o papel do “juiz Hércules”, como proposto por Dworkin, estas

⁹⁵ McNollgast afirmou que uma eventual coalizão política de magistrados de juízos hierarquicamente inferiores poderia ocasionar a mudança de entendimento das instâncias superiores do Judiciário, em razão do temor do aumento de recursos. McNOLLGAST. *Politics and the courts: A positive theory of judicial doctrine and the rule of law*. **South California Law Review**, 68, 1631. 1994. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/62565193.pdf>. Acesso em 01 jun 2021.

⁹⁶ BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 17.

⁹⁷ “Um magistrado orientado politicamente pode ter que fazer avaliações frequentes e cuidadosas das estruturas de poder, uma vez que estas são dinâmicas e não estáticas”. MURPHY, Walter Francis. **Elements of judicial strategy**. Chicago: University of Chicago Press, 1964, p. 31.

influências extrajurídicas sistêmicas possuem inegável contribuição para o estudo do comportamento judicial.

Para o modelo estratégico, nem sempre o aplicador do Direito decidirá conforme as suas preferências, podendo existir situações em que o juiz decidirá de maneira tática afastando-se parcialmente de suas inclinações pessoais, como afirma Lawrence Baum:

... eles [os juízes estratégicos] não fazem simplesmente a coisa certa como a veem, como votar na política de liberdade de expressão mais desejável. Em vez disso, buscam o triunfo da coisa certa na decisão do tribunal e, mais importante, na política pública como um todo. Por essa razão, sempre que os juízes estratégicos escolhem entre cursos alternativos de ação, eles pensam à frente nas consequências prospectivas e escolhem o caminho que mais contribui para o avanço de seus objetivos a longo prazo. Para alcançar esse resultado, os juízes podem votar e escrever opiniões que diferem de suas próprias concepções sobre a coisa certa. (...) Se o objetivo de uma juíza de apelação é promover a liberdade de expressão tanto quanto possível, ela pode tomar uma posição mais moderada em um caso particular, a fim de obter o apoio da maioria para uma decisão pró-liberdade de expressão de seu tribunal. O juiz também pode tentar evitar uma decisão que provoque o Congresso a promulgar uma legislação que limite a liberdade de expressão.⁹⁸

Esta forma de comportamento do juiz estratégico é o que Novelino⁹⁹ chamou de atuação estratégica competitiva, a qual se contrapõe à concepção cooperativa. Esta - comum nos casos de alta carga axiológica passíveis da ocorrência de superação legislativa ou *backlash* - ocorre quando os membros do tribunal se unem para elaborar a decisão de uma maneira estratégica a produzir uma decisão viável institucionalmente.

A partir desta perspectiva cooperativa, Epstein¹⁰⁰ desenvolveu a ideia de “aversão à divergência”, em que analisou o aumento quantitativo de sentenças por unanimidade. Segundo o autor, a divergência no tribunal trazia custos institucionais ao Tribunal e aos magistrados, principalmente em desfavor das opiniões divergentes que foram superadas pela maioria.

⁹⁸ BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences**: A perspective on judicial behavior. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 6.

⁹⁹ NOVELINO, Marcelo. **A Influência de Fatores Extrajurídicos nas Decisões do STF**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 64.

¹⁰⁰ EPSTEIN, L.; LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. **Journal of Legal Analysis**, v. 3, n. 1, 2011, p. 101-137. The University of Chicago. The Law School. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/626/. Acesso em 28 maio 2021.

É necessário salientar que a proposta realista do modelo estratégico traz alguns inconvenientes, a começar da ausência de parâmetros para fixar quando e como os magistrados modificarão seu comportamento, ou seja, demonstra-se ineficaz em elucidar os aspectos substanciais.

A explicação dos diversos fatores de influência que tangenciam a lide e aspectos subjetivos dos juízes denotam a complexidade que este padrão comportamental possui, demonstrando-se um trabalho hercúleo no estudo das estratégias viáveis. A maioria das ações presentes no Judiciário são de causas com baixa complexidade política ideológica, o que faz com que o modelo estratégico também não corresponda com a realidade. Corriqueiramente o comportamento racional proposto no modelo formal-legalista corresponde às preferências sinceras dos julgadores.

Dentre os críticos do comportamento estratégico, Howard Gillman¹⁰¹ afirma que se uma atuação judicial é estratégica pela simples ponderação dos aspectos prospectivos e consequencialistas de outros sujeitos interessados no processo, então todos os julgamentos serão de alguma forma estratégicos¹⁰². Pondera ainda este autor que o fato de a decisão judicial não querer entrar em conflito com demais poderes não pode ser interpretado necessariamente como um comportamento político estratégico. Os atores institucionais de qualquer dos poderes não podem ter suas relações vistas tão somente de maneira competitiva.

Gillman¹⁰³ considera inclusive que a atuação estratégica do aplicador do direito pode ser um produto das forças institucionais, ou seja, a organização do ordenamento jurídico e suas instituições pode ser um vetor inicial para que o magistrado atue de maneira estratégica. Logo o comportamento estrategista não decorreria originalmente das preferências subjetivas do juiz, mas sim das ferramentas que o próprio sistema jurídico disponibiliza.

¹⁰¹ GILLMAN, Howard. Placing judicial motives in context: A Response to Lee Epstein and Jack Knight. **Law and Courts**. Vol. 7, n.2, p 12. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/60188505fb790b33c3d33a61/t/6050e383d9ab2b7087ae5ba3/1615913860618/newinstit.pdf>. Acesso em 14 maio 2021.

¹⁰² Segal responde às críticas de Gillman afirmando que o modelo de comportamento estratégico funcionaria de maneira perfeita, pois seria possível constatar quando a Suprema Corte profere uma decisão em sintonia com os posicionamentos políticos predominantes no Congresso ocorreria uma postura dialogal e deferente entre os Poderes. Caso o Judiciário decida em sentido contrário ocorreria a tentativa estratégica do Tribunal em tentar mudar as preferências dos parlamentares. SEGAL, Jeffrey A. *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marxist Model*. **Supreme Court decision-making: New Institutional approaches**. GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. The University of Chicago Press: Chicago, 1999, p. 243.

¹⁰³ GILLMAN, Howard. The Court as an idea, not a building (or a game): Interpretative Institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making. **Supreme Court decision-making: New Institutional approaches**. GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. The University of Chicago Press: Chicago, 1999, p. 75.

Lawrence Baum¹⁰⁴, por fim, afirma que a concepção estrategista ignora o aspecto humano dos juízes, ao afirmar que os objetivos do comportamento judicial estratégico são estritamente político-jurídicos racionais. O aumento do prestígio perante os colegas e à opinião pública, a diminuição da carga de trabalho, o interesse no aumento do poder também são fatores de influência que em diversas oportunidades estarão presentes no processo de tomada de decisão judicial.

3.7 Concepções Neoinstitucionalistas e os Processos Estruturantes

As concepções neoinstitucionalistas do comportamento judicial buscam verificar o papel que as instituições e a política exercem no processo de tomada de decisão judicial. Este modelo teórico pressupõe que o ordenamento jurídico e as instituições controlam o indivíduos e suas condutas. Assim as instituições acabariam exercendo um papel central nos resultados políticos e, por conseguinte, na forma como os magistrados deliberam.

James G. March e Johan P. Olsen, em 1984¹⁰⁵, afirmaram que existe um movimento cíclico de influências recíprocas entre instituições e indivíduos: as instituições regulam os comportamentos das pessoas, enquanto que os interesses das pessoas acabam reordenando as instituições. O exame das decisões políticas deve ser feito a partir de como as estruturas institucionais são organizadas, bem como a forma como as próprias deliberações políticas influenciam na reorganização das instituições sociais.

Assim como os sujeitos políticos influenciam a tomada de decisão, a organização das estruturas institucionais também influenciam no processo de tomada de decisão, devendo ser avaliadas de uma maneira independente da mesma forma como os atores políticos relevantes.

No âmbito dos Tribunais, a concepção neoinstitucionalista pesquisa como a organização das instituições judiciárias podem afetar no comportamento dos magistrados. Desta forma, as investigações partem da análise de contextos culturais, sociais e políticos no processo de tomada de decisão.

¹⁰⁴ BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences**: A perspective on judicial behavior. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 14-15.

¹⁰⁵ MARCH, James G. OLSEN, Johan P. The New institutionalism: organizational factors in political life. **The American Political Science Review**, vol. 78, n. 3, pp. 734-749. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1961840>. Acesso em 18 jun 2021.

Assim, os neoinstitucionalistas¹⁰⁶ refutam as ideias radicais do atitudinalistas de que o comportamento dos juizes seriam tão somente para a realização de fins políticos, pois o Judiciário é controlado não somente pelo Direito como pelas interações institucionais políticas de maior relevo, conforme anota Cornell Clayton:

Normas como as mencionadas acima sugerem que o Tribunal se dispôs a ver a lei como um processo político constitutivo em que as posições relativas e as visões substantivas de outros atores políticos não são apenas barreiras para a promoção de preferências específicas, mas são elas próprias a base de resultados jurídicos. Nesse sentido, o Tribunal está engajado em um diálogo constitutivo com outros poderes e atores políticos sobre o significado do direito (ver Fisher 1988). Consequentemente, qualquer compreensão da tomada de decisão judicial como uma resposta às instituições jurídicas exigiria atenção ao padrão de relações institucionais dentro do regime político existente¹⁰⁷.

Assim, para o autor a análise do comportamento judicial e das Cortes de Justiça decorre necessariamente da análise interinstitucional. Percebe-se nas colocações de Clayton que o modelo de abordagem neoinstitucional possui uma das características essenciais que os processos estruturantes contemplam: o diálogo constitutivo com outros poderes.

A abordagem neoinstitucionalista considera que a decisão judicial é um ato político, pois o próprio direito é fruto da construção de valores políticos. Se as legislações gerais e abstratas são permeadas de ideologias, a decisão judicial, sendo fundamentada em lei, será necessariamente influenciada por fatores políticos.

Alguns adeptos desta concepção de comportamento judicial utilizam como principal forma metodológica o estudo da evolução histórica das instituições: método histórico-interpretativo¹⁰⁸. Este pressupõe que a evolução social desenvolve e modifica o sistema político e as instituições. Compreender o passado permite entender como as práticas e estruturas das instituições foram formadas e os motivos como agem na atualidade, ou seja,

¹⁰⁶ FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, 2005, pp 257-337. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/30503832_The_Politics_of_Judicial_Review. Acesso em 13 jun 2021.

¹⁰⁷ CLAYTON, Cornell W. Supreme Court and political jurisprudence: New and old institutionalism. **Supreme Court decision-making: New institutionalist approaches**. GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 37.

¹⁰⁸ SCHMIDT, Vivien A. Talking ideas and discourse seriously: explaining change through discursive institutionalism as the fourth 'new institutionalism'. *European Political Science Review*, vol. 2, ed. 1, mar 2010, pp. 1-25. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-political-science-review/article/abs/taking-ideas-and-discours-e-seriously-explaining-change-through-discursive-institutionalism-as-the-fourth-new-institutionalism/52E2EB2B9A70D72CEB63CAA0E3B9F516>. Acesso em 18 jan. 2021.

trabalham com a ideia de que os acontecimentos de curto prazo decorrem dos fatos de longo prazo.

Apesar da importância da análise histórica das instituições, é necessário cuidado, pois o progresso das sociedades e instituições não ocorre de maneira uniforme. Momentos de rupturas, eclosão do Poder Constituinte, dentre outros fatores podem influenciar de maneira significativa na evolução histórica das instituições¹⁰⁹. Além disso, o método histórico-interpretativo neoinstitucional menospreza outros fatores de influência como as convicções pessoais, religiosas, políticas e senso de responsabilidade profissional do magistrado. Gillman propõe uma concepção que preza pela afirmação dos valores políticos dominantes das instituições, afirmando:

Para ser mais específico, de uma perspectiva interpretativista, o que torna algo uma instituição reconhecível é uma missão - um propósito identificável ou um objetivo normativo compartilhado que, em um determinado momento histórico em um contexto particular, torna-se rotinizado dentro de uma forma corporativa identificável como resultado de os esforços de certos grupos de pessoas¹¹⁰.

Ao pressupor que a missão política institucional do Judiciário é a realização da justiça, esta ideia fomenta a atitude não somente dos juizes como dos demais atores políticos que interagirem com aqueles. Assim, a ideia dos objetivos institucionais em um Tribunal estimula os juizes a uma autoanálise sobre o senso de responsabilidade profissional, criando um filtro nas ingerências de interesses insubsistentes com as funções organizacionais, e permite uma melhor compreensão sobre o seu papel na interação com outras associações e sujeitos políticos.

Por fim, cumpre colocar neste trabalho a abordagem institucionalista proposta por Stephen Feldman¹¹¹ e a teoria interpretativa-estrutural. O autor utiliza a metáfora de

¹⁰⁹ ETHEREDGE, Lloyd S. The case of the unreturned cafeteria trays. **American Political Science Association**. International and Pan-American Copyright Conventions, 1976. Disponível em: <http://www.policyscience.net/ws/case.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹¹⁰ GILLMAN, Howard. The Court as an idea, not a building (or a game): Interpretative Institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making. **Supreme Court decision-making: New Institutional approaches**. GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. The University of Chicago Press: Chicago, 1999, p. 79.

¹¹¹ FELDMAN, Stephen Matthew. Rule of Law or the Rule of Politics? Harmonizing the Internal and External Views of Supreme Court Decision Making. **Law & Social Inquiry**, vol. 30. JSTOR. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4092669>. Acesso em 25 jun. 2021.

“horizontes interpretativos” de Gadamer¹¹² para explicar as limitações da interpretação jurídica. Para Stephen, a interpretação jurídica é necessariamente contingencial e condicionada pela evolução histórica das tradições comunitárias. Todo intérprete está situado em uma determinada posição estrutural no seio social, a qual fará parte do contexto da interpretação. Assim existem momentos em que a posição estrutural fará com que a interpretação seja ampliada ou reduzida.

Segundo Feldman os vetores culturais, políticos e sociais influem diretamente no processo de tomada de decisão judicial. As instituições concorrem para que as predileções ideológicas dos magistrados harmonizem-se com as instâncias interpretativas.

Destarte, a teoria interpretativa-estrutural potencializa a correlação entre direito e política. As ideologias dos magistrados estão inseridas implicitamente nas decisões judiciais, o que deduz que a política integra necessariamente o direito. Todavia, a manifestação política judicial não deve se confundir com qualquer expressão política irrestrita. As ideologias e instituições políticas, segundo a perspectiva neoinstitucional, tem seus limites controlados pelas instituições jurídicas - a exemplo da doutrina e jurisprudência - para prevalecer o Estado Democrático de Direito.

A abordagem do comportamento judicial neoinstitucionalista é aquela que melhor se adequa e legitima os processos estruturantes. A crítica decorrente da dificuldade política resulta de uma análise formal-legalista. Apesar deste critério solucionar com auxílio de uma metodologia racional a maioria das ações judiciais em trâmite, este modelo demonstra-se ultrapassado para aplicação dos casos difíceis. Conforme a explanação dos modelos de abordagem do comportamento judicial, o legalismo já foi superado por outros padrões de tomada de decisão. Assim não devem prosperar as críticas aos processos estruturantes que sejam baseadas exclusivamente em argumentos formalistas.

No modelo de comportamento judicial proposto pela perspectiva neoinstitucionalista, elementos culturais, políticos e sociais são considerados na tomada de decisão. Estes fatores de influência devem ser considerados nos processos estruturantes, pois os litígios estruturais, de caráter policêntrico, necessitam de uma análise conglobante de seus problemas de grande complexidade para ser possível elaborar uma reforma estrutural capaz de superar o estado de violação de direitos e conformar os valores presentes na Constituição.

¹¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1999.

O neoinstitucionalismo enaltece a democracia dialogal entre os Poderes do Estado. Como se verá adiante, nos processos estruturantes a postura do magistrado é similar à postura de um árbitro que busca cooperação das partes para uma solução negocial. O princípio da subsidiariedade do processo estruturante enfatiza a necessidade de o Judiciário somente agir quando as políticas públicas falharem, como também preconiza que as medidas judiciais coercitivas devem ser a *ultima ratio*, devendo priorizar soluções elaboradas em conjunto com os demais poderes.

O padrão de atuação judicial neoinstitucionalista considera que a decisão judicial também é uma decisão política. Desta forma este modelo não cria uma assimetria entre os Poderes do Estado, em que somente Executivo e Legislativo seriam os únicos competentes para proferirem decisões políticas.

A concepção neoinstitucionalista evidencia a como fator de influência a missão que as instituições carregam consigo. Os processos estruturantes em uma perspectiva institucional objetivam realizar uma das missões do Judiciário: a conformação de valores públicos e a concretização de direitos fundamentais.

Por fim, a teoria interpretativa-estruturante presente na perspectiva neoinstitucional permite que as decisões políticas sejam adaptadas às contingências. Do mesmo modo, os processos estruturantes proferem determinações com interferências políticas para obter maior eficiência na execução da reforma estrutural. O método tentativa-erro-acerto presente nas decisões em cascata dos processos estruturantes exige que o juiz possua maior flexibilidade na interpretação das situações concretas durante a execução da reorganização das instituições.

O processo exerce a função primordial de instrumento para conseguir lidar com os problemas humanos. Técnica processual e tutela dos direitos devem estar em harmonia. Assim, mais relevante que analisar os institutos internos da legislação adjetiva é verificar como estes se correlacionam diante do caso concreto, mediante uma interpretação à luz da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais. Na contemporaneidade não há mais que se vislumbrar uma interpretação eremítica de regras sem considerar os valores públicos.

Desta forma, percebe-se, com base em uma perspectiva de comportamento judicial neoinstitucionalista, que os processos estruturantes são instrumentos legítimos para a execução de reformas estruturais e conformação de políticas públicas em uma nova forma de atuação a ser tomada pelo Poder Judiciário.

3.8 Legitimidade do Judiciário nos Processos Estruturantes

A sociedade moderna é marcada por ocorrência de conflitos cada vez mais complexos, o que Mauro Cappelletti¹¹³ denominou violações de massa. Atentados a valores coletivos e aos direitos fundamentais são a tônica do Judiciário atualmente, lides essas as quais o processo civil tradicional bipolar não consegue resolver com eficiência.

A concepção republicana de separação dos poderes tem como um de seus principais influenciadores Montesquieu durante o início do Estado Liberal Clássico. Contudo, o mito da igualdade formal foi sendo posto à prova à medida que as diversas classes sociais viam-se prejudicadas em razão das desigualdades econômicas. Estas proporcionaram o surgimento de grandes instituições, a exemplo de sindicatos e associações, que passaram a reivindicar direitos e assim dar início ao Estado Social e à implementação de direitos sociais voltados à satisfação de valores coletivos.

O paradigma da legitimidade do Judiciário em proferir transformações orgânicas decorre assim do conflito entre o princípio da separação de poderes e o temor ao arbítrio judicial. Jobim e Squadri¹¹⁴ afirmam que esta contradição é apenas virtual, pois estão pautados no objetivo de estabelecer uma ordem jurídica com base no Estado Democrático de Direito e no processo justo:

Embora não haja divergência pela doutrina quanto à presença da garantia ao processo justo na Constituição Federal pátria, existe um dissenso em relação à concepção do publicismo, sendo ora atribuído como um perfil processual paternalista o qual retira poderes das partes e os transfere ao juiz, ora como um perfil perquiridor do processo justo, que tem o juiz como aliado das partes na busca da solução do conflito. Portanto, há um componente em comum entre aqueles que defendem o garantismo e o aparente antagonismo. O processo justo. No entanto, o que caracterizaria este novo publicismo, rival ao garantismo, mas também pautado no processo justo, seria a superação do formalismo para o alcance da efetividade da tutela do direito. Neste caso, o que impede o autoritarismo do juiz na condução do processo é o controle de sua atividade que deve ser exercido a partir da sua justificação, ou seja, mediante a fundamentação racional da decisão judicial.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. **Revista de Processo**, v. 2, n.5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 1977, p. 130.

¹¹⁴ JOBIM, Marco Félix; SQUADRI, Ana Carolina. O publicismo e o Privatismo no processo estrutural.: O papel do juiz e a audiência pública. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 840-841.

É necessário assim revisar as concepções de separação de poderes conforme o contexto social. Nesse sentido Bruce Ackerman¹¹⁵ afirma que “Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório”.

Sintetizando as críticas em desfavor do Judiciário proferir decisões em temas sobre políticas públicas e processos estruturantes: (I) vedação da atuação do Judiciário nas atribuições do Executivo, Legislativo e observância do princípio republicano da separação de poderes; (II) inexperiência do Judiciário no desempenho de políticas públicas e falta de conhecimento técnico; (III) necessidade de ponderar as políticas já existentes; (IV) a inevitabilidade de averiguar os custos de implementação das medidas e sua adequação ao orçamento público; (V) para elaborar a reforma não basta medidas judiciais, sendo imprescindível ainda outras mudanças sociais, a exemplo da cultura.

A primeira objeção, segundo Hermes Zaneti Júnior¹¹⁶, tem origem na teoria da separação dos poderes brasileira não ser uma teoria pura de separação originada na Europa. A ascensão do neoconstitucionalismo trouxe a ideia de que cabe ao Judiciário promover valores democráticos, especialmente diante da omissão dos demais Poderes.

O argumento que defende a não intervenção do Judiciário nas instituições possui contornos econômicos liberais. Gustavo Osna¹¹⁷ lembra da crise do *subprime* originada nos bancos norte-americanos ocorreu em razão da não intervenção judicial sobre os conglomerados financeiros que seriam “grandes demais para quebrar”. Essa postura omissiva dos agentes públicos redundou em diversas ações desviantes que levaram ao desequilíbrio econômico de 2008. Desta forma, a legitimidade do Judiciário para reestruturar as instituições decorre de uma necessidade de tentar manter equilibrado os diversos sistemas sociais e assim proporcionar uma macrojustiça.

¹¹⁵ ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 265, p. 13–23, 2014. DOI: 10.12660/rda.v265.2014.18909. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909>. Acesso em: 22 out. 2020.

¹¹⁶ ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional.. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 41-45. Disponível em: https://www.academia.edu/17353285/A_Teoria_da_Separa%C3%A7%C3%A3o_de_Poderes_e_o_Estado_Democr%C3%A1tico_Constitucional_Fun%C3%A7%C3%B5es_de_Governo_e_Fun%C3%A7%C3%B5es_de_Garantia. Acesso em 22 nov. 2021.

¹¹⁷ OSNA, Gustavo. Nem tudo, nem nada - Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 463- 489.

A interferência do Judiciário em políticas públicas para a promoção de uma reforma sistêmica deve ser feita de maneira subsidiária, pontual e fundamentada em aspectos técnicos. O mero argumento de violação do princípio da separação dos poderes não pode servir de alibi à manutenção de estado de coisas inconstitucionais. Nesse sentido Vanessa Araújo¹¹⁸ destaca:

Se, por um lado, a Constituição traça a “engenharia tripartite do exercício do poder”, por outro lado, quiçá, o principal, ela traça a engenharia multidimensional dos direitos fundamentais”, a qual deve ser mantida pelos “poderes” do Estado de forma harmônica a fim de atingir o equilíbrio da sociedade.

A falta de conhecimento técnico, nos processos estruturantes, pode ser superada pelos meios alternativos à abertura dialogal, como a intervenção do *amicus curiae* e realização de audiências públicas. No mesmo sentido, a criação de juízos especializados para o tratamento das matérias, a exemplo de Câmaras nos Tribunais Federais, dará maior expertise aos julgadores, como já apontaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹¹⁹.

Os processos estruturantes assim representam a “terceira onda renovatória do acesso à justiça”, a qual visa adaptar o processo civil ao litígio. Além disso, as medidas orgânicas implementadas pelo juízo com o foco na superação do estado de inconformidade com os valores públicos constitucionais, na busca da solução integral do mérito, denota, em verdade, o amplo acesso à justiça¹²⁰.

Owen Fiss, ao defender a legitimidade do Judiciário para decidir sobre políticas públicas por meio dos processos estruturantes, afirma que o adequado seria que as questões individuais fossem decididas por arbitragem ou mediação, enquanto aquele poder está eminentemente voltado à consolidação de princípios constitucionais:

... a função do juiz deve ser entendida em termo totalmente diferentes: trata-se de um funcionário público; pago pelos cofres públicos; escolhido não pelas partes, mas pelo povo ou por seus representantes; autorizado pelos órgãos políticos a criar e

¹¹⁸ ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas de. A sentença estruturante e o pleno acesso à justiça: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p.1151.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 33-51.

¹²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 26.

implementar normas sociais amplas e, talvez, até mesmo, a reestruturar instituições, como uma forma, consoante sugerir, de dar um significado aos valores públicos.¹²¹

O papel do Poder Judiciário é limitado pela Constituição, sendo uma das atribuições dos tribunais a concretização de valores públicos fundamentais, desde que respeitados diálogos interinstitucionais previamente.

A promoção do neoconstitucionalismo, a Constituição analítica com amplo rol de direitos fundamentais, as deficiências e a crise de representatividade dos poderes Legislativo e Executivo promoveram uma transformação nas finalidades sociais do processo civil. O Judiciário agora possui o papel de suprir as deficiências institucionais dos demais poderes. É o que Dierle Nunes¹²² chama de “modelo de socialização processual”.

Fundamental estar atento para não acreditar que o ativismo judicial desmedido é a panaceia da sociedade. Nunes¹²³ destaca ainda ser preciso estar atento para não transformar o magistrado em um “engenheiro social” ou outra figura onipotente, acima dos demais Poderes. Por certo, isso seria perigoso ao equilíbrio dos poderes do Estado Democrático de Direito.

Jordão Violin¹²⁴ destaca que esta intervenção judicial teve origem em 1938, na Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *United States vs Carolene Products*. Na nota de rodapé n.º 4 da decisão foi elaborada a “teoria da falha legislativa”. Segundo esta tese, a função jurisdicional seria subordinada à legislativa, ressalvado nas hipóteses de falha ou inadequação dos processos legislativos. Nestas hipóteses estaria o Judiciário autorizado a exercer uma função procedimental, assegurando às minorias a participação no processo legislativo. A teoria da falha legislativa, no entanto, foi superada. Atualmente destaca-se o modelo experimentalista de Sabel e Simon, assim relatado por Nunes¹²⁵:

¹²¹ FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição constitucional e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

¹²² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

¹²³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

¹²⁴ VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo e Protagonismo Judiciário**. O controle de decisões políticas mediante ações coletivas. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 68. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25505/DISSERTACAO%20COMPLETA%20JORDAO%20VIOLIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23 set. 2021.

¹²⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

Tal perspectiva do experimentalismo proposto pelos professores de Harvard Sabel e Simon combina, assim, normas mais flexíveis e provisórias com procedimentos para a 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. Na maioria dos casos as decisões expressam objetivos que as partes pretendem alcançar, ao mesmo tempo em que, especifica parâmetros e procedimentos para monitorar a performance das instituições atingidas pela decisão. O desempenho das instituições é medido em relação à expectativa das partes, bem como em comparação às demais instituições.

Constata-se que o modelo experimentalista tem enfoque na comparticipação dos sujeitos envolvidos no conflito. Essa ideia de participação ampliada está associada à ideia de contraditório substancial e da necessidade do poder de influência das partes no convencimento do magistrado. Desta forma, é possível vislumbrar um equilíbrio na atuação das partes, evitando sobrecarga de responsabilidade. A decisão judicial deixa de ser solipsista e passa a ser resultado de uma atuação coordenada e interinstitucional.

A reforma estrutural não é um projeto simples de ser executado dadas as suas realidades fáticas. Requer ainda uma visão vanguardista do Judiciário perante a sociedade, como destaca Vitorelli¹²⁶ sobre as dificuldades a serem enfrentadas:

Em síntese, a reforma estrutural mostra a necessidade de se encarar três duras realidades: a primeira, de que os juízes emitem mais juízos de índole legislativa do que gostariam de admitir e do que a teoria da separação dos poderes gostaria de permitir. A segunda, de que todos os valores constitucionais estão concretamente sujeitos a limitações e, por mais que retoricamente reputados importantes, os juízes estão dispostos a admitir resultados que contradizem seu próprio discurso. A terceira, de que, por mais desconfortáveis que as duas primeiras constatações pareçam, não há outra forma de agir quando circunstâncias fáticas se impõem. A reforma estrutural mostra que os absolutos precisam ser "equiparados com limites elásticos", ou serão simplesmente inexequíveis.

Assim como a democracia possui seus paradigmas, a atuação dos Poderes por vezes parece soar contraditória. No entanto, para resguardar valores públicos constitucionais é preciso superar entendimentos meramente formalistas para que os direitos e garantias fundamentais sejam concretizados.

¹²⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. 3ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 436.

A visão neoinstitucionalista do Direito permite essa adaptação à complexa realidade social, a qual, devido aos múltiplos problemas sociais, requer que os Poderes atuem de forma ativa para resguardar o Estado Social Democrático de Direito. O Judiciário assim, ante a inércia do Executivo e do Legislativo, possui legitimidade subsidiária para a promoção de direitos ligados à concretização de políticas públicas e obediência à Constituição Federal, fazendo desta uma verdade viva.

4. OS EMPECILHOS PROCEDIMENTAIS E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS HETERODOXOS

Tradicionalmente o processo civil brasileiro, pautado em uma lógica bipolar autor/réu, é guiado por uma rigidez do princípio da demanda (art. 128 do CPC/1973), da correspondência entre os pedidos e a decisão (art. 460 do CPC/1973). Como destaca Abram Chayes¹²⁷, neste modelo o processo não se adapta às exigências materiais do caso, mas as partes que precisam se ajustar ao procedimento rígido. Entretanto, este padrão processual não é apto a responder de maneira adequada as lides hipercomplexas presentes nos processos estruturantes provenientes da ínfima efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social.

As inúmeras ações individuais ajuizadas por entidades de proteção dos direitos coletivos com o fim de assegurar direito à saúde, como leitos de hospitais, concessão de medicamentos, realização de cirurgias, dentre outros. No mesmo sentido é possível perceber quando se trata de direito à educação quanto à busca de vagas em creches e escolas públicas, bem como demandas para a melhoria do sistema penitenciário, a exemplo da ADPF de n.º 347 de 2015 demonstram o problema da falta de concretização dos direitos fundamentais sociais.

A necessidade material de reconstrução do processo civil brasileiro não advém dos processos estruturantes. A transformação social do último século causada pela evolução industrial e crescimento da sociedade de massa impulsionou os primeiros institutos do processo coletivo, o qual pode ser visto com uma primeira fase de transformação da legislação adjetiva brasileira.

A demanda individual geralmente é mais célere e com maior probabilidade de ser julgada procedente no mérito, pois geralmente possui repercussão financeira menor. Entretanto, esta espécie de processo prejudica a qualidade e economicidade da prestação jurisdicional, dificulta a isonomia com a possibilidade de decisões contraditórias entre os diversos juízos e não traz uma resolução conglobante do problema.

¹²⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 89, p. 1282, May 1976. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340256>. Acesso em 22 set 2021.

4.1 Evolução das ações coletivas e sua adaptabilidade ao direito material

O ajuizamento de ações para a conformação de direito público pelo cidadão não é novidade, especialmente considerando a previsão constitucional da ação popular no artigo 5.º, LXXIII e na Lei n.º 4.717 de 1965. Este remédio presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934 possibilita ao cidadão questionar atos danosos ao Patrimônio público, histórico, cultural e meio ambiente causados pela Administração Pública. A ação popular é um instrumento judicial que adentra a diversos temas afetos às questões políticas de interesse comum da coletividade.

A evolução das leis e a transformação do processo civil brasileiro redundou no advento da Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Estes, com a ação popular, são considerados como a tríade do microsistema de tutela de interesses coletivos do ordenamento jurídico nacional.

A Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei n.º 11.101 de 2005) é outro exemplo de legislação que enuncia a necessidade de um processo atrelado à tutela do direito material no caso concreto. Esta lei representa tem suas bases éticas no princípio da solidariedade, com a finalidade de solucionar a crise econômico-financeira empresarial para a preservação dos negócios sociais, fomentando a atividade empresarial, o trabalho humano e a continuidade das relações laborais para cancelar a função social da empresa.

Na recuperação judicial, o efeito “*pro futuro*” das decisões do juízo recuperacional está evidente: a finalidade da lei é traçar um plano para adimplemento das obrigações por parte do empresário que está passando por uma crise financeira em sua atividade. Assim é possível vislumbrar a manutenção do empreendimento econômico. A pluralidade e o diálogo entre as partes também está positivado na legislação.

A falência, caso não existisse tratamento diferenciado para esta situação, provavelmente os credores com maiores condições técnicas e financeiras de uma empresa insolvente seriam os com maior probabilidade de ter suas obrigações adimplidas, enquanto credores com menores condições não teriam as mesmas chances de adimplemento. Assim, apesar de não ser um processo estrutural, a Lei de Falência e recuperação de empresas, especialmente o seu artigo 99, permite ao juiz a adoção de medidas estruturais. No mesmo sentido são as decisões do CADE, que costumeiramente ordena reestruturação de empresas com o fim de proteção do mercado e a prática lícita da livre concorrência.

4.2 Características dos litígios estruturais

A Constituição Democrática de 1988 e o protagonismo judicial brasileiro vem ganhando espaço no debate jurídico-político gerando a necessidade de revisão de diversos institutos jurídicos, dentre eles, os de natureza processual civil. Flexibilidade e consensualidade são as pedras de toque do processo estrutural e que estão presentes no Código de Processo Civil de 2015.

Como destaca Fredie Didier¹²⁸, no modelo processual civil brasileiro não há um sistema processual puro dispositivo ou inquisitorial, mas um arquétipo produzido para a resolução de conflitos de forma cooperativa, mesclando ambos os princípios. Padrão este que Dierle Nunes¹²⁹ denomina de “comp participativo”.

Como destacam Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi¹³⁰, “Comparticipação, cooperação e consensualidade (convencionalidade) se incorporam de modo inequívoco às bases do modelo de organização processual vigente”. O estudo dessa abertura e flexibilidade do processo aos litígios estruturais requer, preliminarmente, a investigação das características primordiais dessa espécie de lide capaz de fixar de forma prática instrumentos eficazes a serem utilizados nos processos orgânicos.

4.2.1 Complexidade e Policentria

A policentria reside na característica de que na tutela estrutural não há apenas a presença de interesses unitários de partes antagônicas, mas sim uma série de categorias de bens jurídicos a serem tutelados na lide, o que denota a complexidade de temas centrais a serem resolvidos. Em virtude das múltiplas causas, a responsabilização do eventual causador do problema fica em segundo plano: o escopo do processo estrutural reside em fornecer

¹²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, 2011. Disponível em https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf. Acesso em 22 set 2021.

¹²⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

¹³⁰ RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos processuais com mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, 782.

medidas restaurativas para desfazer a situação ilícita ou o dano. Nesse sentido, Marcella Pereira Ferraro¹³¹ afirma que:

... as violações estruturais de direitos contam com uma abstrativização da figura do agente da prática ilícita (globalmente considerada), e, mais do que isso, considerando que não se trata de algo pontual e marcado no tempo, mas de uma condição que acaba por perdurar, torna-se difícil ponderar a contribuição de cada sujeito envolvido. O importante passa a ser não tanto o sujeito A ou B que praticou a conduta, mas o ilícito ou o dano em si (foco no resultado).

A complexidade, segundo Melanie Mitchell¹³², tem como pilar a ideia de sistemas das ciências naturais: neles inexistem um comando central. Os diversos núcleos interesses estão presentes no mesmo tempo e espaço. A intercomunicação entre os subgrupos de diferentes categorias dá origem a comportamentos coletivos complexos.

A diferenciação entre os sistemas e as diversas variáveis existentes na comunicação entre eles pode dar origem a distintas condutas. Estes comportamentos não conseguem ser previstos com a simples análise individualizada dos sistemas envolvidos ou de seus acoplamentos estruturais. É possível que a reação consequência gerada em razão do intercâmbio de dois subgrupos díspares produza um efeito que afetará uma terceira agremiação antes não prevista. Afirma Mitchell que a consequência em razão dessa possibilidade de constantes interações e efeitos desorganizados entre os sistemas faz com que os organismos se organizem de maneira livre e espontânea para a manutenção da estabilidade de todos eles. Há aqui uma ideia darwiniana de sobrevivência diante do conflito. Destarte, infere-se que a policentría decorre da imprevisibilidade das "reações" ou *feedbacks* diante de novos estímulos que retiram a estabilidade dos sistemas sociais.

Diante desse ambiente caótico, imagina-se que a complexidade não terá capacidade de retornar à estabilidade pela atuação solipsista de um único agente. O que é usualmente observado é a atividade coletiva, sem um sistema coordenador de ações para equilibrar o sistema, que em verdade pode resultar em mais problemas. Assim, defende-se a necessidade

¹³¹ FERRARO, Marcella Pereira. Do Processo bipolar a um processo coletivo estrutural. **UFPR**, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 01 de abril de 2021.

¹³² MITCHELL, Melanie. **Complexity: A guided tour**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

de intervenção de um ente externo à lide que ordena as ações para ser possível vislumbrar um retorno dos ao equilíbrio das ordenações.

É pertinente a observação de Marco Antônio Rodrigues¹³³ ao afirmar a existência de processos individuais que tratam de políticas públicas e, dessa forma, também serão de natureza policêntrica em razão da possibilidade da sua decisão irradiar efeitos para toda a coletividade, a exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Assim, estes processos apesar de formalmente individuais devem ser tratados como processos estruturantes devido à natureza material do litígio.

Trazendo esse raciocínio para os processos estruturantes, constata-se que o grande problema da execução das reformas orgânicas por parte do Judiciário é de natureza material: como o Poder Judiciário implementará medidas estruturantes? Quais seus efeitos? Existe segurança jurídica nos processos estruturantes?

O quesito a se considerar como legitimidade para ingresso no litígio não é apenas de ordem formal, mas de ordem material¹³⁴. A ideia basilar é dar a oportunidade para todas as partes afetadas direta ou indiretamente pelo litígio estrutural adentrarem ao processo, assim como permitir o ingresso daqueles capazes de elaborar medidas eficientes para a reforma estrutural ou dos dotados de expertise em alguns dos assuntos que tangenciam a lide.

A participação ampliada dos sujeitos interessados na lide estrutural será um dos aspectos de garantia de legitimidade do Judiciário na execução das medidas estruturantes. É fundamental que ela ocorra, pois, normalmente, a resposta a problemas complexos não resulta de soluções simples. A interação entre os diversos valores difusos presentes em uma sociedade requer diálogo e coordenação entre os sujeitos e terceiros interessados no processo estrutural.

Em razão da imprevisibilidade das consequências das medidas estruturantes que vão sendo implementadas de maneira paulatina, a intervenção jurisdicional acaba sendo feita de maneira progressiva. Esta atuação perene faz-se necessária para que o julgador consiga

¹³³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016., p. 261-262.

¹³⁴ STURM, Susan P. A Normative Theory of Public Law Remedies. **The Georgetown Law Journal**, vol. 79, 1991, pp. 1355-1446. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1110/. Acesso em 01 de abr. de 2021.

antever de algum modo as possíveis consequências, especialmente aquelas que afetem terceiros de boa-fé.

Seja por questões de ordem técnica, seja pelas limitações que a função jurisdicional carrega consigo para a garantia de imparcialidade e demais princípios institucionais, nos processos estruturantes a atividade do órgão jurisdicional tenderá a ser prioritariamente mediadora e fiscalizadora, relegando em segundo plano o seu poder extroverso.

4.2.2 Multipolaridade

A noção de multipolaridade está correlacionada à ideia de litígios policêntricos: aqueles que possuem diversos centros de disputas com relevância jurídica para o processo. Essa característica revela os inúmeros titulares de direitos afetados pelo problema estrutural. Entretanto, a multipolaridade não pode ser confundida com a pluralidade de partes tradicional, pois no primeiro os interesses estão imbricados:

Na estrutura da teia de aranha, a reivindicação de cada parte em conflito estará conectada às demais por meio de múltiplos cruzamentos ou centros de confluência dentro de uma mesma rede. (...) A decisão judicial poderia ser representada, então, como o exercício de uma tensão que afetará toda a rede e, portanto, em cada um desses pontos de conexão.¹³⁵

A metáfora da teia de aranha está relacionada à interconexão entre a malha de fios e seus impactos diretos e indiretos. O aumento de pressão em um fio resulta na alteração do estado de equilíbrio da malha e assim surge a necessidade de redistribuição das pressões.

Assim, as medidas proferidas em benefício de um dos sujeitos pode afetar, positiva ou negativamente, o direito fundamental de outro sujeito do processo. Destarte, as medidas proferidas em benefício de um dos sujeitos pode afetar, positiva ou negativamente, o direito fundamental de outro sujeito presente ou não na demanda orgânica.

¹³⁵ PUGA, Mariela. El Litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, 2014, pp. 41-82, Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf. Acesso em 31 de mar. de 2021.

A multipolaridade apresenta-se como uma cumulação subjetiva diferente do litisconsórcio. Enquanto neste há uma convergência de interesses em um dos pólos da relação processual, aquele constata-se a existência de vários núcleos de interesses não justapostos que precisam ser tratados de maneira autônoma.

Cumprido frisar que não é possível confundir a ideia de multipolaridade com litígios estruturais. Em regra, todo litígio estrutural é multipolar, mas o contrário é falso. A multipolaridade é um fenômeno que é possível constatar de forma corriqueira no processo civil tradicional, a exemplo da denunciação da lide¹³⁶ e dos embargos de terceiro¹³⁷.

Para melhor vislumbrar a ideia de multipolaridade nos litígios estruturais é imprescindível rememorar as noções de complexidade, por intermédio de exemplos que tenham como reformular o debate sobre políticas públicas. Nas causas que versam sobre a concessão de medicamentos no Sistema Único de Saúde é possível detectar alguns núcleos de interesses divergentes: (a) o interesse financeiro e orçamentário dos entes federais; (b) o interesse dos pacientes que estão necessitando do remédio para exercer o seu direito fundamental à vida digna, plena e saudável; (c) a indústria farmacêutica, que possui o intuito de ganhar maior mercado de consumo para seus produtos; (d) outros pacientes que não necessitam desta medicação, mas sim de outra droga que não é fornecida pelo SUS e que pretende que esta seja fornecida e não aquela.

A questão que se apresenta diante dessa cumulação subjetiva e diversidade de interesses divergentes está na garantia do direito do contraditório substancial, ou seja, do direito à efetiva participação das partes no processo para a formação da convicção judicial. Deve existir uma proporcionalidade na participação das partes para que eventuais interesses não se sobreponham a outras de maneira desarrazoada, exigindo assim que o magistrado possua uma visão do todo para poder analisar as singularidades do caso concreto.

¹³⁶ Na denunciação da lide existe a relação autor *versus* réu, bem como, a depender de quem realiza a denúncia podem denunciante e denunciado se reunir contra autor ou réu.

¹³⁷ Na execução a existência de embargos de terceiro acrescenta uma nova disputa na relação, em que o exequente e executado poderão fazer oposição aos interesses do embargante que está tendo objeto constricto em uma disputa que teoricamente não seria de sua responsabilidade.

4.2.3. *Recomposição Institucional*

Segundo esta característica, para que os sistemas afetados pelos problemas estruturais retornem ao estado de equilíbrio, é necessário reorganizar os arcabouços institucionais que inibem a concretização de direitos ou valores públicos constitucionalmente relevantes.

Esta qualidade é fruto dos estudos de Owen Fiss sobre a atuação jurisdicional no caso de segregação racial estadunidense já abordado em linhas anteriores. Segundo o jurista norte-americano¹³⁸, a ameaça a valores públicos fundamentais ocorre não somente mediante condutas individualizadas, como também por arranjos institucionais de larga escala. Para que a Constituição e os direitos fundamentais sejam exercidos em sua plenitude é necessária uma recomposição das estruturas das organizações. Destarte, o exercício proativo da atividade jurisdicional seria capaz de concretizar valores constitucionais.

Hovenkamp¹³⁹ declara que as instituições são agrupamento de normas, formais ou informais, que estabelecem como as deliberações são efetuadas em uma organização. No caso do segregacionismo racial no ensino norte-americano estampado no caso *Brown v. Board Of Education*, mais que um costume da sociedade preconceituosa, a política do *separate but equal* fomentava a adoção de práticas de segregação racial.

Nota-se, contudo, que mesmo com a resposta do Judiciário em desfavor da legislação segregacionista, a sociedade estadunidense não aceitou de imediato a mudança de práticas sociais em favor da igualdade racial, em razão da cultura arraigada na sociedade ocasionando, em alguns casos, *backlash*. Desta forma, é possível constatar a relevância que as instituições sociais informais, a exemplo dos costumes, por vezes não se apresentam de maneira visível ao se propor uma solução tradicional pelo processo judicial.

Percebe-se com isto que para que uma reforma estrutural aconteça não basta apenas a imposição vertical de mudanças legislativas ou institutos jurídicos formais. É primordial a reconstrução cultural de valores preponderantes em uma sociedade para que o litígio estrutural seja implementado com eficácia. Decisões em cascata implementadas de maneira paulatina podem impulsionar doses homeopáticas de uma transformação da cultura de uma dada comunidade.

¹³⁸ FISS, Owen. **The Law as it could be**. New York: New York University Press, 2003.

¹³⁹ HOVENKAMP, Herbert. Coase, Institutionalism, and the Origins of Law and Economics. *In: Indiana Law Journal*. v. 86. Bloomington: Indiana University, 2011. Disponível em: https://ilj.law.indiana.edu/articles/86/86_2_Hovenkamp.pdf. Acesso em 03 de abr. de 2022.

A consequência disto é que a ideia de razoável duração do processo acaba sendo relativizada de forma endoprocessual e extraprocessual: no primeiro caso, a necessidade de diversos provimentos jurisdicionais em cadeia acaba dilatando o íterim processual; extraprocessualmente, uma reforma estrutural nunca será idêntica a outra dada as condições de tempo, lugar e sociedade, fazendo com que cada processo estrutural aconteça em diferentes ritmos e velocidades.

4.2.4 *Prospectividade*

Verifica-se que a atividade jurisdicional, ao buscar realização uma recomposição institucional com o fim de mudar a realidade fática de determinadas organizações, deixa em segundo plano a sua atribuição restaurativa para atuar prioritariamente de forma prospectiva.

O modelo litigioso tradicional é composto de partes contrapostas e um juiz que definirá as partes vencedoras e sucumbentes. A doutrina clássica entende que, após solucionada a lide, ocorreria o retorno à pacificação dos conflitos. Esta visão reducionista, no entanto, está em desacordo com os princípios enunciados pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual consagra o dever não somente das partes, mas de todos aqueles que compõem o processo da importância da mediação dos conflitos. É ingênuo e banaliza o papel restaurativo do Judiciário acreditar que a resolutividade de um conflito está apenas na prolação de uma sentença definitiva.

Estes problemas são acentuados quando está em questão o Estado, de um lado, e grupo de vulneráveis, do outro, buscando a efetivação de políticas públicas decorrentes de problemas enraizados na estrutura orgânica de diversas instituições. Nesse sentido afirma Owen Fiss¹⁴⁰:

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam afetadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça

¹⁴⁰ FISS, Owen. As formas de justiça. **Academia Edu**. Disponível em: https://www.academia.edu/4966553/As_formas_de_justi%C3%A7a_Owen_Fiss. Acesso em 28 abril de 2021.

imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.

É fundamental que o magistrado investigue os reais problemas presentes no litígio estrutural para poder entender qual é a mudança necessária e assim traçar diretrizes, de forma progressiva, para que o bem jurídico tutelado em voga tenha uma proteção satisfatória e seja mais adequado à realidade da comunidade.

O olhar “*pro futuro*” decorre do protagonismo judicial já enraizado em diversos países democráticos do Ocidente, conforme apontam Salama e Pargendler¹⁴¹. A superação do modelo abstencionista liberal por um Estado Prestacional está em harmonia com a ideia de um Judiciário proativo na concretização de direitos fundamentais e valores públicos constitucionais. Desta forma, o produto desta atuação requer um olhar estratégico contínuo para o futuro.

Para que a jurisdição exerça seu poder de defesa dos valores constitucionais, é necessário de instrumentos adequados. Quando a violação de direitos fundamentais ocorre em larga escala ou a um determinado grupo de sujeitos, é fundamental a realização de mudanças estruturais. Contudo, essas reformas orgânicas muitas vezes devem ser realizadas nos Poderes responsáveis pela execução de políticas públicas. Então para que a jurisdição consiga garantir e implementar esses direitos, torna-se inevitável adentrar em atribuições de competências políticas. Sérgio Cruz Arenhart¹⁴² afirma que os processos estruturantes:

... objetiva-se decisões que almejam a alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial.

O processo estrutural busca solucionar litígios multipolares decorrentes de problemas conjunturais que não foram adequadamente solucionados pelos demais agentes estatais, o que implica em uma releitura dos princípios da separação dos poderes e dos limites da atuação

¹⁴¹ SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e Consequência: em busca de um discurso sobre o método. In: SALAMA, Bruno. **Estudos em Direito & Economia**. Curitiba: EVG, 2017, p. 202 - 247.

¹⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1052.

jurisdicional. O Judiciário é acionado para reorganizar a estrutura burocrática de um ente público ou privado que direta ou indiretamente viola direitos em massa. A reforma estrutural implementada pelo juiz ocorrerá com a elaboração e execução de um plano ao longo de um considerável período.

Outro efeito decorrente da visão prospectiva do processo estrutural é a implementação do método "tentativa e erro", conforme apontam Arenhart, Osna e Jobim¹⁴³:

Em síntese, a questão é entendida com clareza ao notar-se que, em muitas oportunidades, sua atuação pode se iniciar de imediato, mas vislumbrar resultados futuros. Assim, diante da impossibilidade de absoluto controle sobre esse fator, justifica-se a constante reanálise e reavaliação dos impactos colhidos pela atividade jurisdicional.

Assim, infere-se que o processo estrutural possui o objetivo de obstar condutas futuras lesivas ao direito fundamental objeto do litígio, bem como propicia o efetivo acesso à justiça. O processo civil tradicional binário possui uma preocupação em definir os sujeitos do processo, os terceiros e os mecanismos de intervenção de terceiros para ser possível identificar aqueles atingidos pela decisão de caráter imutável. Desta forma, dado que existe uma fluidez na delimitação dos legitimados à participação dos processos estruturantes, graças à representação processual, há de se pensar em uma coisa julgada "líquida". Assim as decisões estruturantes caracterizam-se por um movimento pendular ou pelo método de tentativa e erro.

4.3 Medidas extrajudiciais consensuais e fomento às reformas estruturais

A Lei n.º 7.347 de 1985, que trata da Ação Civil Pública, trouxe ao Ministério Público um importante instrumento que facilita a realização de acordos extrajudiciais evitando-se a judicialização de uma lide: o inquérito civil.

Este instrumento foi concebido originalmente, conforme os artigos 8.º ao 10.º da retromencionada lei, para a colheita de informações que pudessem embasar futura Ação Civil

¹⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 90.

Pública. A sua regulamentação encontra-se na Resolução n.º 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Tradicionalmente, existindo informações suficientes no inquérito civil que constatarem a existência de um ilícito ocorreria o ajuizamento da Ação Civil Pública. Caso contrário, arquivamento da peça investigativa. Ocorre que neste íterim de apuração dos fatos, é corriqueiro os membros do Ministério Público estarem em constante diálogo institucional com os gestores responsáveis pela elaboração de políticas públicas.

Os membros do *Parquet*, todavia, observaram que diante de algumas determinadas espécies de litígios seria mais proveitoso fazer (I) procedimentos administrativos (PA), (II) recomendações aos gestores ou (III) firmar compromissos de ajustamento de conduta para mudar de forma mais célere e eficaz alguns problemas conjunturais. O Ministério Público, dessa forma, acaba atuando como agente catalisador de medidas estruturantes pela via do consenso, em razão de esses gestores terem o interesse de não sofrerem represálias pela via judicial.

O procedimento administrativo, regulamentado pelo artigo 8.º e seguintes da Resolução n.º 174/2017 do CNMP, é um instrumento menos rígido que o inquérito civil e capaz de ser utilizado para fiscalizar o cumprimento de termos de ajustamento de conduta, políticas públicas, instituições e demais atividades não sujeitas a inquérito civil.

Diferentemente do inquérito civil, não há no procedimento administrativo uma relação binária entre lícito e ilícito. Não há investigação, de natureza cível ou criminal, proporcionando um ambiente com maior propensão à celebração de acordos.

O rito do procedimento administrativo é similar a de um inquérito civil. Entretanto, não há aqui a figura de um réu que está sendo investigado por algum ilícito. Reuniões com os gestores para colheita de informações, apresentação de documentos e notas técnicas para o conhecimento da situação-problema alvo são comuns. Desse modo revela-se importante instrumento para a realização de reformas estruturais.

Há a possibilidade de celebração de acordos com força de título executivo extrajudicial (art. 784, IV CPC/2015) entre as autoridades e o *Parquet*, o que poderá trazer mais elementos para a decisão judicial em caso de descumprimento injustificado do acordo em uma eventual judicialização do conflito.

Outro instrumento são as recomendações ministeriais. Estes são documentos unilaterais simples que, diferentemente do Termo de Ajuste de Compromisso, não dependem de concordância do gestor da instituição que se pretende reformar e não necessita de homologação judicial.

Estão positivadas no artigo 6.º, XX da Lei Complementar n.º 75 de 1993 e regulamentadas na Resolução n.º 164 de 2017 do CNMP e visa primordialmente apontar falhas de serviços públicos fixando prazo razoável para a sua reorganização. Observa-se, desse modo, a possibilidade de utilização das recomendações para concretizar transformações sistêmicas.

Um de seus benefícios é evitar em futuras ações a alegação de ignorância do estado de desconformidade de situação violadora de direitos. Desta forma, os administradores públicos se vêem compelidos minimamente a cumprir a recomendação ou argumentar com o Promotor de Justiça sobre eventuais equívocos, sob pena de ser processado futuramente.

Há aqui uma ameaça velada do Ministério Público às autoridades competentes. Assim o Parquet faz com que os encarregados voltem suas atenções para um determinado problema, saindo do estado de inércia seja para corrigir a situação violadora, seja para fundamentar possíveis impedimentos de ordem material.

Apesar de ser possível vislumbrar algumas críticas sobre esta ferramenta à disposição do Ministério Público ser utilizada como “Administração Pública do medo”¹⁴⁴ no caso de o gestor não adotar as medidas indicadas, as recomendações podem servir como pontos de impulso para a remoção de obstáculos de uma reforma estrutural, seja em um inquérito civil, seja em um Procedimento Administrativo.

É possível que o administrador de boa-fé queira implementar mudanças com base nas recomendações ministeriais. Entretanto, em razão da realidade contingencial e da estrutura burocrática institucional pode estas transformações não serem viáveis. Deste modo, é substancial o diálogo interinstitucional entre o Ministério Público e o gestor público para que

¹⁴⁴ Segundo Fabrício Mota e Irene Patrícia Nohara, a “Administração Pública do medo” é uma situação que tem acontecido de maneira corriqueira no Brasil em razão do aumento de processos que visam a responsabilização de gestores públicos, fazendo com que estes agentes comecem a ficar com receio de executar políticas públicas e atos de administração, em razão da possibilidade de serem condenados futuramente por órgãos de controle. MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

o primeiro tome mais informações da realidade vigente e assim evite futuras responsabilizações.

Provavelmente as mudanças estruturais apontadas pelas recomendações não serão suficientes para promover uma reforma estrutural, em razão da complexidade e policentría dos litígios estruturais. Contudo, se usadas de maneira estratégica, podem impulsionar a criação de um ambiente de negociação entre o Ministério Público e os gestores para a promoção de melhorias nas políticas públicas futuras.

O compromisso ou termo de ajustamento de conduta (TAC), capitulado no art. 5.º da Lei de Ação Civil Pública, é um acordo celebrado entre as partes e tem força de como título executivo, segundo o §6º do referido dispositivo. Este instrumento compromissório está sedimentado nos pilares de cooperação e consensualidade entre as partes. Em razão do seu caráter extrajudicial e pré-processual é possível aos sujeitos que celebram o acordo tenha mais flexibilidade na fixação dos termos das ações que se pretendem corrigir.

Dentre as críticas ao compromisso de ajustamento de conduta está a falta de estímulos processuais para a celebração destas negociações. A morosidade da tramitação processual, o baixo custo financeiro para as partes litigantes na Ação Civil Pública e, muitas vezes, as condenações relativamente insignificantes acabam frustrando as expectativas em torno da celebração de um pacto eficiente entre o Ministério Público e as demais partes litigantes. Nesse sentido destaca Edilson Vitorelli¹⁴⁵:

Logo, o que falta no Brasil não é “cultura de acordo”. É um contexto processual em que o acordo seja a melhor solução. Essa análise é válida para qualquer tipo de acordo, em qualquer tipo de processo. Mas ela é ainda mais válida quando se considera um acordo em um litígio estrutural. Usualmente, o gestor da instituição que se pretende reformar não tem nada a ganhar ou a perder com o acordo ou o prolongamento do litígio. As instituições são, em regra, grandes organismos, com complexos métodos burocráticos de decisão. Não há uma identificação imediata entre o gestor e o Estado, nem entre uma grande corporação e seus CEOs. Tanto o gestor público quanto o privado são motivados a tomar decisões favoráveis no curto prazo, deixando para seus sucessores o problema de lidar com as consequências nefastas. Essa é uma manifestação do problema de agência (*agency problem*), bastante estudado pela análise econômica do Direito. Com isso, gestores públicos e privados não são estimulados a celebrar acordos complexos, preferindo deixar para o futuro a solução de problemas intrincados.

¹⁴⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 163.

Outro problema da celebração de compromisso de ajustamento de conduta é o de muitos dos obstáculos, que precisam ser retificados, não dependem do empenho de um único agente, mas sim de uma coletividade de sujeitos com propósitos ora confluentes, ora conflitantes.

A dificuldade em realizar uma reforma sistêmica que, por vezes, pode ocasionar tão somente algumas mudanças pontuais na estrutura burocrática violadora de direitos, provoca um sentimento de frustração nos sujeitos do processo estrutural. A necessidade de alteração de estado de fato e de direito, não somente dos sujeitos imediatos do processo, como também de agentes externos, representa uma adversidade sob aspecto psicológico.

Desse modo, a multipolaridade também pode ser vista como um ponto de desestímulo à celebração de termos de ajustamento de conduta. Somado a múltiplas interferências capazes de impactar na celebração do acordo, é possível que apenas parte dos agentes da lide sintam-se interessados na celebração do TAC e somente estes ficarão vinculados, o que prejudicará a eficiência da transformação sistêmica eficiente almejada.

Outra ideia em desfavor da celebração do termo de ajustamento de conduta seria de que, ao invés dele estimular mudanças orgânicas eficientes nas estruturas burocráticas institucionais violadoras de direito, ele teria o fim apenas de evitar uma decisão judicial pior para o ofensor.

Há entendimentos, ainda, no sentido de que o compromisso de ajustamento de conduta não ocorreria concessões mútuas e assim não teria natureza negocial, considerando ainda a indisponibilidade e inegociabilidade da tutela coletiva do litígio estrutural. Entretanto, parece errôneo este entendimento, dado que acordos devidamente fundamentados em direitos materiais, por mais que ocorram em litígios coletivos, são legítimos.

Entende-se que a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta é hábil a estimular gestores à concretização de mudanças de forma menos burocrática sem os riscos de uma eventual responsabilização por ilícitos administrativos. Reuniões entre os sujeitos litigantes atingidos pelo problema estrutura estimula o diálogo interinstitucional e diminui os custos de eventuais erros na tomada de decisão por parte do administrador das instituições alvos das reformas orgânicas.

Assim, o TAC pode ser compreendido como catalisador para o gestor em termo de *compliance*, cultura institucional, visibilidade externa e pela possibilidade de adiar eventuais

decisões judiciais complexas e coercitivas, seja de maneira provisória ou definitiva, como aponta Edilson Vitorelli¹⁴⁶.

Não se quer, entretanto, afirmar que o termo de ajustamento de conduta seja a panaceia dos problemas conjunturais brasileiros. Contudo, demonstra-se uma alternativa com potencial para solucionar alguns problemas enraizados na sociedade ao invés de aguardar a atuação dos demais atores políticos ou agir de maneira desorganizada e não isonômica por intermédio de ações individuais com sacrifício do bem coletivo.

A celebração desses acordos, assim como no processo judicial estruturante, deve ser aberta à participação popular. Realização de reuniões e audiências públicas com terceiros interessados é crucial para entender os distúrbios sociais em conflito. A abertura à participação dos cidadãos nesta fase irá variar segundo o problema em debate: litígios de natureza mais técnica terão menor penetração à participação de terceiros, se comparado a litígios mais afetos às questões voltadas para programas sociais.

Realizada as negociações entre os sujeitos do litígio estrutural, ainda que de maneira parcial, a cada nova etapa da realização da reforma orgânica em sede extrajudicial, as tratativas e justificativas das medidas adotadas devem estar à disposição da sociedade, especialmente dos indivíduos e subgrupos mais atingidos.

O termo de ajustamento de conduta em sede de pleito sistêmico deve encontrar um ponto de equilíbrio: imperativo o suficiente para concretizar melhorias na situação violadora de direitos e flexível a ponto de se adaptar a futuras contingências. Assim o controle de resultados deve ter primazia sobre o gerenciamento dos meios, ou seja, deve existir uma hierarquização clara das metas e dos indicadores de resultados para se poder avaliar periodicamente a reforma estrutural.

Nesse sentido, Edilson Vitorelli¹⁴⁷ afirma que o artigo 22 da Lei n.º 13.019/2014 possui parâmetros que podem ser utilizados por analogia na elaboração de cláusulas de um acordo estrutural e resume em 7 diretrizes para a elaboração de um TAC para litígios estruturais:

¹⁴⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 180-182.

¹⁴⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 194-195.

- 1) Diagnóstico da realidade que será objeto das atividades, devendo ser demonstrado o nexa entre essa realidade e as atividades ou metas a serem atingidas;
- 2) Hierarquização clara entre as metas, com uma definição, ainda que passível de modificação posterior, daquelas que deverão ser consideradas prioritárias e, por isso, realizadas antes, e, se for o caso, em detrimento das outras. O excesso de metas e a falta de prioridades são causas da não implementação ou má implementação de diversos acordos. O litígio estrutural é um litígio irradiado e é importante que as metas sejam hierarquizadas de modo a atender, prioritária e antecipadamente, aos subgrupos mais afetados, ainda que à custa de outros subgrupos, também lesados, mas de maneira menos significativa;
- 3) Descrição pormenorizada de metas, quantitativas e mensuráveis, a serem atingidas, bem como de atividades a serem executadas. Deve estar claro, preciso e detalhado o que se pretende realizar ou obter, bem como quais serão os meios utilizados para tanto;
- 4) Previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos;
- 5) Forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas;
- 6) Definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas, incluindo verificações intermediárias e final;
- 7) Prazos de análise da prestação de contas, com o encaminhamento de recomendações de aperfeiçoamento, no curso da execução.

Para que o pacto possa ter eficiência é necessário criar sistemas de governança com ajuda de comitês formados de maneira plural, permitindo a participação de diversas classes de grupos atingidos pelo litígio estrutural, bem como para avaliar o cumprimento das medidas implementadas. A composição com a participação de representantes de órgãos públicos especializados podem impulsionar o maior intercâmbio de informações para a realização das medidas estruturantes e tentar minorar as possibilidades de captura para a consecução de interesses diversos da reforma orgânica.

Uma das vantagens da não judicialização dos litígios estruturais, especialmente na celebração de reformas orgânicas recorrendo a medidas extrajudiciais como o compromisso de ajustamento de conduta é a flexibilidade do acordo permitindo a revisão do plano de maneira periódica. Para ser avaliada a necessidade de reformulação das execuções de medidas corretivas sistêmicas é imprescindível avaliar a situação, o que pode ser feito mediante relatórios periódicos de desempenho.

Elaboração de relatórios periódicos é uma necessidade para se avaliar o cumprimento das metas estabelecidas no TAC. Vitorelli¹⁴⁸ ressalta que os acordos estruturais não são cumpridos ou descumpridos de maneira imediata, pois requerem uma série de medidas para se constatar a sua observância ou inobservância. Desta forma, o referido doutrinador afirma que uma estratégia metodológica eficiente para o acompanhamento do cumprimento das metas do acordo estrutural está na Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual traz gatilhos de alerta quando uma situação crítica está sendo descumprida.

A reavaliação não pode ser ilimitada, pois se tornaria improdutiva àquele que está celebrando o acordo. É preciso que exista um equilíbrio para contemplar a flexibilidade de eventuais reformulações necessárias à adaptação das contingências da reforma estrutural, como também de cláusulas objetivas a acionar gatilhos de revisão.

Os pontos de maiores questionamentos quanto a processos estruturantes é saber quando deve ser o seu fim. Políticas públicas são normalmente compostas por obrigações de fazer, as quais não são avaliadas apenas pelo critério quantitativo como também qualitativo. À medida que a reforma estrutural avança, novas necessidades vão surgindo e os remédios implementados vão se tornando obsoletos com o passar do tempo. Assim as cláusulas de um compromisso de readequação de ações estrutural devem conter de maneira específica e objetiva os pontos 6 e 7 das diretrizes supramencionadas, evitando cláusulas gerais e abertas para que a reforma estrutural aconteça *ad infinitum*. Destarte, é possível verificar que no ordenamento jurídico brasileiro já existem alguns mecanismos extrajudiciais que favorecem o início de maneira mais consensual a celebração de negociações para a realização de mudanças estruturais.

Estes instrumentos heterodoxos de resolução de conflitos potencializam o encontro de pontos comuns à complexidade e multipolaridade dos litígios estruturais, com a possibilidade de ser mais efetiva que uma decisão imperativa judicial morosa e ruim para os envolvidos no conflito. No mesmo sentido, permite que soluções, ainda que parciais, sejam adotadas, as quais poderão servir de parâmetro para que o magistrado fiscalize a situação de violação de direitos e concretização da reforma estrutural, no caso de posterior judicialização. Ressalte-se, contudo, que conforme as críticas aos instrumentos apontados, nem sempre os acordos serão celebrados ou firmados a contento de forma a superar, de fato, o estado de coisas inconstitucionais, fazendo-se necessária a judicialização da lide.

¹⁴⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 207.

5. ANÁLISE DO PROCESSO ESTRUTURANTE SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Hodiernamente não há mais que se falar de uma técnica processual desvinculada da tutela dos direitos e os valores públicos insculpidos na Constituição Federal. Destacam Arenhart, Osna e Jobim que o “o processo não é um dado, mas um construído”¹⁴⁹, ou seja, o resultado de uma demanda judicial depende dos problemas e da realidade fática e contingencial que a circunda.

O processo desvinculado da tutela do direito material deve ser retratado apenas como reminiscência histórica. Afirma Marinoni¹⁵⁰ que a técnica processual está intrinsecamente ligada à tutela de direito, devendo este moldar o processo. Desta forma, no presente tópico faz-se o estudo dos principais elementos do processo civil adaptados aos processos estruturantes.

5.1. Legitimidade, representação processual e abertura dialogal com a comunidade

Os processos estruturantes não surgem de maneira abrupta. Se algum sujeito litigante está pensando nessa possibilidade instrumental é provável que já existam elementos de informação, como inquérito civil ou termo de ajustamento de conduta, que fundamentarão a petição inicial.

A exordial, tradicionalmente, visa delimitar os elementos de demanda: partes, causa de pedir e pedido, conforme enuncia Calmon de Passos¹⁵¹. Uma das principais dificuldades iniciais da demanda estrutural está em balizar os sujeitos litigantes. Em razão da multipolaridade, fluidez e mutabilidade do litígio, diversos subgrupos são atingidos de formas distintas. O processo civil tradicional é marcado por uma lógica binária de dois pólos opostos bem definidos, enquanto a realidade do litígio estrutural é mais complexa em razão dos diversos pólos e centros de interesses (policentria).

¹⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 13.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 100 -101.

¹⁵¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III, p. 186.

Destarte, para que o processo estruturante possua o mínimo de coesão e estabilidade é necessário delinear, preliminar e minimamente, quais agremiações serão impactadas pelas decisões. Arenhart inclusive tece críticas sobre como o processo coletivo no Brasil faz o filtro de legitimidade nessas espécies procedimentais:

É curioso notar como o processo coletivo - e particularmente, o processo coletivo brasileiro - “abstrai” as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela coletiva culmina por “pessoalizar” os direitos individuais de massa e os direitos metaindividuais, de certa forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais.¹⁵²

Susan Sturm¹⁵³ afirma que o modelo tradicional de participação no processo limita a atuação das partes por intermédio de um advogado, impedindo a comunicação efetiva do julgador com os reais atores da lide. Em se tratando de processos estruturantes é necessário pensar as formas de participação e representação adequada, não somente para dar legitimidade à decisão judicial, como também qualificar o debate e entregar um resultado apropriado à realidade violadora de direitos que se quer combater.

A legitimação nos processos coletivos advinda da lei é fictícia e passível de críticas. Normalmente a representação é atribuída a instituições distanciadas da realidade do conflito (como Defensoria Pública, entes federados, Ministério Público), o que pode causar em intervenções judiciais ineficazes na reforma orgânica pretendida.

Antes de pensar nos representantes, para que o processo judicial nessas espécies de demandas possua caráter democrático, minimizando as críticas sobre a legitimidade da intervenção judicial, é necessário fixar algum critério para estabelecer quem são os sujeitos iniciais da demanda estruturante. Contudo, não existem instrumentos legais no ordenamento jurídico brasileiro que potencializam o ingresso popular em uma demanda judicial. Destarte, é fundamental perquirir se os métodos existentes são capazes de representar qualitativamente os interesses das pessoas atingidas no processo estrutural.

¹⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In: processos estruturantes*. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org). 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 1074.

¹⁵³ STURM, Susan P. A Normative Theory of Public Law Remedies. *The Georgetown Law Journal*, vol. 79, 1991. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1110/ . Acesso em 01 de abr. de 2021. p. 1394.

As ações coletivas, conforme a classificação do Código de Defesa do Consumidor, trazem uma classificação segundo o dano coletivo provocado em: difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁵⁴.

Assim, a primeira referência para tentar averiguar a legitimidade de participação dos sujeitos em um processo estrutural seria analisar se o grau de impacto das medidas estruturantes, consoante o contexto da lide e o pedido estrutural. Entretanto, em razão da natureza irradiada dos litígios estruturais, a indeterminabilidade de pessoas que podem vir a ser atingidas pelos provimentos judiciais pode ser incalculável.

Como esta tarefa de delimitar os sujeitos afetados pelo processo estrutural pode ser difícil para o autor do processo estrutural, é necessário criar mecanismos para otimizar esta questão. Edilson Vitorelli¹⁵⁵ propõe que um método qualificado para esta seleção é o espectro de participação pública (IAP2)¹⁵⁶, elaborado pela *International Association For Public Participation*. Esta técnica é composta de cinco etapas e tem o objetivo de descentralizar o poder do órgão decisório para a sociedade.

A primeira etapa do espectro é a realização de audiências públicas de caráter informativo. O objetivo delas é fazer com que os grupos eventualmente atingidos pelo problema estrutural tomem conhecimento do problema e do ajuizamento da demanda que se pretende inicialmente. Assim, será iminente a ocorrência de debates sobre alternativas para sanar o estado de violação de direitos fundamentais em questão.

A segunda fase do espectro de participação pública é a consulta do público. Esta visa obter retornos, *feedback* dos sujeitos atingidos, e compreender as expectativas sociais. Há a possibilidade de utilizar as “escutas sociais” ou grupos focais¹⁵⁷, de caráter informativo e não deliberativo, para colher as impressões dos participantes do litígio.

¹⁵⁴ Art. 81 do CDC.

¹⁵⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p.266.

¹⁵⁶ **ASSOCIAÇÃO Internacional para a Participação Pública**. Disponível em: <https://www.iap2.org/mpage/Home> . Acesso em: 23 maio. 2022.

¹⁵⁷ Grupos focais é uma técnica de pesquisa qualitativa realizada recorrendo a entrevistas de membros de um mesmo subgrupo impactado. Os entrevistados não se conhecem, mas possuem uma certa homogeneidade de pensamentos para que juntos consigam debater o tema fazendo uso de perguntas gerais e específicas para a colheita de resultados que possam expressar a opinião daquele agrupamento social. ASCHIDAMINI, Ione Maria; SAUPE, Rosita. GRUPO FOCAL ESTRATÉGIA METODOLÓGICA QUALITATIVA: UM ENSAIO TEÓRICO. **Cogitare Enfermagem**, [S.l.], v. 9, n. 1, jun. 2004. ISSN 2176-9133. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/1700> . Acesso em: 23 maio 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/ce.v9i1.1700>.

O terceiro estágio busca a participação conjunta entre os indivíduos atingidos e o representante do grupo. A finalidade dessa reunião é a colheita de opiniões do público com auxílio de formulários. Há uma quantidade maior de dados a serem analisados e filtrados sendo necessário que os modelos de pesquisa sejam mais específicos, conforme as investigações realizadas nas fases anteriores na busca de diálogo qualificado.

O quarto estágio é marcado pela primeira tentativa de busca de um consenso no grupo. Com o conhecimento adquirido nas fases anteriores, realizam-se audiências públicas para perquirir qual a solução preferida dentre as alternativas negociadas preliminarmente.

A fase conclusiva do espectro de participação pública está no empoderamento colocando a decisão nas mãos do público mediante votações. Entretanto, é necessário no encerramento desta etapa que a opção vencedora não viole o direito das minorias dos subgrupos atingidos. Desta forma, com o protocolo de participação pública é possível compreender as questões fáticas e jurídicas presentes na lide estrutural, bem como averiguar os primeiros sujeitos impactados pela demanda.

É necessário advertir, contudo, que a abertura dialógica não deve ser reduzida apenas ao início da demanda. As medidas judiciais progressivas serão implementadas de maneira paulatina e podem afetar terceiros ainda não previstos quando do ajuizamento da demanda. Logo, a participação democrática deve ser flexível e latente. Desse modo, compreende-se que o juiz não terá como fixar um marco temporal para oitiva dos cidadãos. Ao contrário, a cada decisão nova determinação o magistrado deve avaliar os prováveis impactos de sua decisão e averiguar se não é o momento para a oitiva e participação popular.

A lógica do processo civil tradicional, quanto a estabilização dos elementos subjetivos da demanda, será fluida e potencial diante de um processo de caráter orgânico e sistêmico: não se pode desconsiderar a necessidade de oitiva futura de outras classes, principalmente daquelas pessoas afetadas pela providência judicial e que são discordantes dela.

O modelo de participação ampliada, contudo, não pode ser forma única de gestão dos interesses na demanda. Provavelmente a participação direta dos envolvidos é aquela que melhor aproxima o processo da realidade a ser combatida, proporcionando maior legitimidade da intervenção judicial. Todavia não há como mensurar se o interesse de todo o grupo está presente na ação, bem como não há como saber se aqueles envolvidos diretamente

representam os interesses dos que não estão atuando. Desse modo, há necessidade de fazer uma mescla entre a participação direta e instrumentos de representação.

5.1.1 O Problema da Representação Qualificada

Em razão da complexidade e multipolaridade, os processos estruturantes são marcados por diversas possibilidades de soluções legítimas e, por vezes, antagônicas. Para Arenhart, Osna e Jobim¹⁵⁸, é comum que exista uma concordância dos sujeitos litigantes quanto a constatação de um estado de inconstitucionalidade fruto do problema estrutural. Todavia, o que é mais suscetível à discussão são as formas como o conflito pode ser solucionado.

Costumeiramente, os processos estruturantes envolvem questões sociais e de concretização de políticas públicas. Assim é comum que eles sejam substancialmente multitudinários, difusos e com diversos núcleos de interesse que orbitam as possibilidades de solução da lide. Desta forma, para que o Judiciário não exorbite de suas funções e profira decisões legítimas, é fundamental que o juiz utilize mecanismos de participação ampliada na demanda orgânica.

É relevante ponderar, contudo, que a participação desmedida de sujeitos pode levar a um paradigma: a atuação cidadã de forma direta é pressuposto do Estado Democrático de Direito, que feita sem limites irá impactar na efetividade da concretização de políticas públicas sociais. A não existência de um filtro de participação e representação nos processos estruturantes pode redundar na participação de *outsiders* que queiram defender vantagens particulares sob o falso argumento proteção do interesse público.

Assim, na contemporaneidade em que os problemas são amplificados em uma sociedade multitudinária e plural, a representação demonstra-se como um instrumento necessário não somente nas manifestações públicas, como também no âmbito judicial, especialmente nos processos coletivos. A participação popular nas decisões pública é a tônica de um processo democrático, como destacam Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Lígia Maria Silva Melo de Casimiro¹⁵⁹:

¹⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 96.

¹⁵⁹ CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de ; MACHADO, Raquel. C. Ramos. Democracia participativa na gestão pública eficiente da cidade / Participatory democracy in efficient public management of the city. A&C. **Revista De Direito Administrativo & Constitucional**, v. 78, p. 115-136, 2019.

É certo que a democracia representativa, com a escolha de governantes, não substitui a democracia direta, transferida para a população a gestão imediata da cidade, mas uma maior interação deve ser buscada. A classe política é importante gestora do interesse público, além de existirem razões técnicas e administrativas a justificarem que escolhas sejam feitas, em muitas hipóteses, pelo Executivo, mas tais políticas devem, na máxima medida possível, aproveitar e acolher o anseio da população. Na prática, pouco se tem feito para dar efetiva voz à população e acolher suas manifestações. Considerando o amplo espectro ofertado pela democracia participativa (que mescla técnicas da democracia indireta, com formas de democracia direta), tem-se utilizado insuficientemente de técnicas a favor do administrado, e as que se tem utilizado, muitas vezes, ganham contornos vazios, como é o caso da realização de audiências em que a manifestação popular não é sequer ponderada.

Logo verifica-se que a representação demonstra-se como um filtro selecionando as hipóteses de participação ampliada para a efetivação do processo de tomada de decisão. Edilson Vitorelli¹⁶⁰ enuncia algumas garantias processuais constitucionais para a continência das hipóteses de atuação dos titulares de direitos litigiosos nos processos estruturantes:

... a) decorre da natureza da relação jurídica litigiosa, a qual impede ou dificulta a efetiva tutela dos direitos violados de modo participativo; b) a participação é restrita na proporção necessária para garantir a efetividade da tutela; e, c) os representados têm efetivas oportunidades de participação, em momentos de avaliação antecipatória e retrospectiva, estruturados com o objetivo de propiciar o diálogo entre os representados e destes para com o representante.

O processo coletivo brasileiro, todavia, optou por um sistema de representação processual firmado na lei¹⁶¹. É comum que o microsistema coletivo nacional contemple como legitimadas instituições públicas que seriam dotadas de uma “pseudo onisciência” capaz de representar com perfeição os diversos conflitos sociais. Visão esta muitas vezes não correspondente com a realidade e com as expectativas das comunidades envolvidas no litígio estrutural. Assim o critério de legitimação legalista, em verdade, aproxima a demanda coletiva a um processo individual com legitimidade extraordinária. É fundamental analisar as formas como são nomeados os delegados nas ações orgânicas.

¹⁶⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 318.

¹⁶¹ A exemplo do art. 5º da Lei da Ação Civil Público, Lei n.º 7.347/85 e art. do Código de Defesa do Consumidor, que são considerados por parte da doutrina como as leis centrais do microsistema de tutela coletiva do direito brasileiro.

Um primeiro mecanismo para buscar um representante adequado está na escolha da própria comunidade, o que pode ser extraído no direito de consulta da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) com status supralegal no Brasil pelo Decreto n.º 5.051/04. Órgãos comunitários temáticos e específicos, a exemplo de ouvidorias e conselhos comunitários que tenham como suas premissas a teoria do agir comunicativo de Habermas¹⁶², podem ser instrumentos de delegação com menor déficit de legitimidade e atenuação da dificuldade contramajoritária.

O ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, não possui um mecanismo de controle de representatividade exposto e consolidado. Observa-se primeiramente que existem alguns dispositivos legais que controlam a representatividade com base em requisitos mínimos capazes de criar um vínculo de interesse jurídico virtual entre a atividade desenvolvida pelo ente representante e o objeto do litígio. Nesse sentido é possível destacar o artigo 82, inciso III do Código de Defesa do Consumidor e do rol de legitimados para a Ação Civil Pública (art. 5.º da Lei n.º 7.347/85).

A jurisprudência pátria percebendo situações em que a lei não contemplou a representatividade de forma adequada, com fundamento em critérios de equidade e analogia, passou a flexibilizar a atuação de determinadas instituições na representação de sujeitos em demandas coletivas. Um exemplo disso é a atuação da Defensoria Pública como *custus vulnerabilis*¹⁶³. Observa-se, desse modo, que a jurisprudência tem passado por um momento de transição, saindo da rigidez do critério legal de representação para padrões flexíveis de legitimidade nas ações coletivas. Ideia essa em consonância com os postulados dos processos estruturantes. Desta forma, é imprescindível a criação de mecanismos alternativos adequados e temperados de participação popular por meio da representação processual, os quais são garantias do devido processo legal.

Na Argentina, alguns projetos de lei sugerem eleições como método de representação. Contudo, a maior popularidade de uma pessoa não implica necessariamente na qualidade da representação dos interesses daqueles que o elegeram, a exemplo da crise de

¹⁶² HABERMAS. Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 v. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁶³ A Defensoria Pública atuará como *custos vulnerabilis* nas causas em que reconhecer que, ainda que não haja um interesse direto, existe um interesse indireto para a defesa dos vulneráveis ou de tutela de direitos humanos. Nessas situações verifica-se que a participação da Defensoria Pública é relevante para resguardar o progresso jurídico-social do Estado Democrático de Direito.

representatividade política dos poderes presente em vários países. Edilson Vitorelli¹⁶⁴ propõe uma “teoria do processo estrutural embasada na complementaridade entre participação e representação”.

Não está aqui a se discutir a legitimidade formal dos critérios legais de representação, mas sim o seu aspecto material, ou seja, se o representante consegue atuar de maneira eficaz a representar o interesse da coletividade diante das diversas possibilidades de conflitos e soluções presentes no litígio estruturante.

Assim, nos processos estruturantes, não há como se delimitar um esquema rígido de representação adequada, devendo ser averiguado pelo magistrado no caso concreto. É relevante ponderar o quanto os delegados podem buscar interesses particulares ao invés dos ambições do grupo. Desse modo, o critério a ser utilizado pelo magistrado, conforme destaca Arenhart¹⁶⁵, deverá ser o princípio do “não prejuízo”: a atuação do representante não pode frustrar as legítimas expectativas de seus representados.

A flexibilidade está ainda no transcurso procedimental: é possível que um representante seja adequado no início do processo, mas com a implementação das medidas judiciais seus interesses sejam conformados não havendo mais a necessidade da sua presença na demanda.

Segundo Vitorelli¹⁶⁶, a representação é um vínculo entre representante e representados. O mandatário deve estar atento aos interesses potenciais dos ausentes à demanda que possam sofrer danos futuros. A delegação eficaz deve ser um misto entre a teoria do mandato e a teoria da independência, permitindo que o porta-voz, por vezes decida questões que divirjam do interesse da maioria em razão do respeito à minoria, mas que possa ser vista como um ponto de equilíbrio entre os sujeitos atingidos em uma perspectiva conglobante.

Há de se questionar ainda, uma vez escolhido o representante, quais seriam os limites da atuação do representante em um litígio estrutural, em que diversos subgrupos são atingidos de maneiras distintas. A possibilidade de pedidos antagônicos é algo intrínseco a esta realidade, sendo essencial indagar os limites dos poderes do representante.

¹⁶⁴ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo dos direitos aos litígios coletivos**. 2. ed. São Paulo: RT 2019.

¹⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In **processos estruturantes**. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org). 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 1090.

¹⁶⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 307-329.

Em razão das diversas hipóteses e pedidos que podem surgir durante a elaboração da reforma estrutural e, visando racionalizar e otimizar a representação, é imprescindível superar a ideia da teoria do mandato: o representante como mero porta-voz dos representados não será eficiente diante da complexidade do litígio estrutural. A representação simultânea deve ser feita com parcimônia, pois a excessiva fragmentação dos representantes pode reduzir a probabilidade de soluções efetivas e negociadas.

O representante do subgrupo deve manter instrumentos de diálogo com os sujeitos atingidos pelos provimentos judiciais em todo o transcurso da promoção do litígio orgânico. Os mandatários devem notificar constantemente os mandantes das deliberações, sempre que possível, como método de garantir a justaposição entre os interesses e aquilo que de fato é executado. Aqui nasce a ideia de diálogo em “*town meeting*”. Aplicativos para *smartphones*, a exemplo de *whatsapp* e *telegram*, podem ser ferramentas interessantes para este fim.

As decisões em cascata produzirão efeitos que podem não ser conhecidos desde a propositura da lide. Então seria correto afirmar que o representante não pode defender os interesses dos futuros impactados pelos provimentos judiciais? É legítimo que o representante expresse tão somente os interesses dos subgrupos mais atuantes em detrimento dos demais?

Para reduzir as probabilidades de defeito da representação é substancial que ocorra o que Iris Marion Young¹⁶⁷ denomina de ciclo de antecipação de ações futuras, uma espécie de avaliação prévia dos interesses dos sujeitos atingidos, associada a uma prestação de contas do representante para seus representados das decisões tomadas de forma fundamentada. Nesse sentido afirma Edilson Vitorelli¹⁶⁸:

Representação é uma atividade que pressupõe juízo de valores por parte do representante, perdendo qualquer sentido caso se considere que ele tem a prerrogativa de afirmar verdades em nome de terceiros, ou, em outro extremo, fazer, em seu nome, escolhas completamente voluntaristas. Por excluir verdades absolutas e voluntarismos injustificados, a representação deve ser construída como relação, que pressupõe diálogo entre os envolvidos para a construção de uma verdade possível.

¹⁶⁷ YOUNG, Iris Marion. representação política, identidade e minorias. Trad. Alexandre Morales. **Revista Lua Nova**, v.67, p. 139-190, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/346M4vFfVzg6JFk8VZnWVvC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 22 maio 2022.

¹⁶⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 318.

Em razão da multipolaridade do litígio estrutural é fundamental compreender que muitas vezes a decisão do representante entrará em conflito com interesses de subgrupos da classe representada. O representante, em sua autonomia, teria maior liberdade de se contrapor aos interesses dos grupos periféricos: (a) com menor impacto das decisões, privilegiando as metas das vítimas que estão mais centralizadas e próximas do núcleo central da lide estrutural; (b) quando o representante entender que os interesses gerais dos grupos representados estão dissociados das opiniões pontuais, desde que tenha seja prévia e suficientemente esclarecido das alternativas e possíveis consequências dos pedidos.

Eventuais pedidos contrapostos aos interesses de determinados subgrupos podem provocar a fuga da representação. É possível vislumbrar algumas desvantagens diante da possibilidade de ocorrência desse fato, conforme destaca Edilson Vitorelli¹⁶⁹:

... 1) reduz significativamente o interesse do causador do desastre em chegar a um acordo coletivo; 2) desmobiliza a pressão pública sobre o causador do desastre para tomar providências para mitigar os danos; 3) cria sobre os atingidos um modelo de atendimento “*in-or-out*”: ou se aceita o acordo, ou precisará agir sozinho, em juízo; 4) inviabiliza o debate sobre a qualidade das condições do acordo, uma vez que ele é entregue ao público já finalizado; 5) extrai a resolução do problema do âmbito da crítica pública, uma vez que os acordos individuais são sigilosos.

Diante desse cenário, David Shapiro¹⁷⁰ propõe que o representante esteja situado em uma posição intermediária entre a teoria do mandato e a teoria da autonomia. O representante possui autonomia relativizada para avaliar os valores envolvidos na lide, devendo fazer um juízo de ponderação segundo os possíveis resultados do processo e o quanto a participação contribuirá na concretização da reforma estrutural. Nos casos de mais de uma alternativa, proposições majoritárias que não suprimam os direitos das minorias podem ser escolhidas de forma majoritária pelo grupo.

Em razão da natureza fluida dessa representação, são cruciais alternativas prévias e suficientemente esclarecidas, fundamentadas nos subgrupos envolvidos. Realizada a tomada da decisão pelo representante é inescusável a existência de mecanismos de controle judicial. É possível extrair um poder-dever do magistrado de fiscalização ativa *ex officio*, dinâmica e

¹⁶⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 322.

¹⁷⁰ SHAPIRO, David L. Some thoughts on intervention before courts, agencies, and arbitrators. **Harvard Law Review**. v. 81, n. 4, p. 721 - 772, 1968. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1339526> . Acesso em 11 de jun de 2022.

casuística da representatividade adequada material e formal durante todo o transcurso do processo estruturante. Para Cássio Scarpinella Bueno¹⁷¹, a não observância da representatividade adequada seria passível de desconstituir a coisa julgada material.

Os processos estruturantes, pelo seu caráter democrático, não podem se resumir à participação direta e à representação por terceiros. É substancial pensar em outros meios alternativos que sirvam de instrumentos à abertura dialógica e democrática das demandas orgânicas que sejam efetivos à concretização de direitos.

5.1.2 Meios Alternativos à abertura dialogal

Por mais que a representação seja adequada, para que a decisão estruturante revista-se de legitimidade, é conveniente que o magistrado crie mecanismos de participação alternativos capazes de equilibrar os interesses dos múltiplos sujeitos litigantes, como realização de audiências públicas, reuniões setoriais e intervenção de *amicus curiae*.

As audiências públicas se popularizaram no Brasil a partir da década de 1990 como instrumentos de participação democrática. Entretanto, em razão da sociedade heterogênea como a brasileira, estudos¹⁷² demonstram que as audiências públicas não são suficientes para verificar com presteza as opiniões dos interessados, causando, por vezes, mais prejuízos que benefícios. Assim é necessário ter um olhar pragmático para não superestimar as audiências públicas.

A audiência pública, principalmente quando o objetivo não fica bem delimitado, acaba exercendo um papel meramente formal: o Estado cria um instrumento para dar conotação de aparente legitimidade. A ideia do cidadão ser ouvido diante dos baixos índices de comparecimento e representatividade, em verdade, retroalimenta um sentimento social de inefetividade das audiências públicas.

¹⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v.82, 1996, p. 92-151. Disponível em: <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em 19 mar 2022.

¹⁷² DUARTE, Gabriela Miranda. **Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?** 2017. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf. Acesso em 14 fev 2022.

Desta forma, enfatiza-se a necessidade de uma audiência pública preliminar e pré-processual, como a realizada no espectro de participação da *International Association For Public Participation*, de caráter informativo e não deliberativo com o fim de otimizar os trabalhos de escuta popular realizados em fase processual.

Meios eletrônicos de informação podem ser utilizados para dar maior celeridade às informações dos subgrupos atingidos para que a audiência pública endoprocessual produza resultados qualitativos para a demanda estrutural. Pequenas enquetes eletrônicas, como as consultas realizadas pelos sites da Câmara e do Senado, conseguem fomentar debates na internet e futuras participações em audiências públicas.

A audiência pública endoprocessual deve ser pensada como um processo coordenado, e não hierarquizado. A participação física do tomador de decisão é algo primordial para que os participantes da escuta popular não se sintam frustrados, bem como as eventuais deliberações ou conclusões da reunião pública devem ser pautadas com base nas necessidades concretas e sociais da demanda estrutural. Parâmetros técnico-legais devem ter caráter secundário nesta fase.

À medida que o processo estrutural vai se desenvolvendo, os debates tendem a girar em torno de assuntos mais técnicos. Assim, será natural que audiências públicas posteriores sejam mais setoriais e com sujeitos mais qualificados principalmente por meio da participação de representantes adequados à demanda.

Outro instrumento relevante para as demandas sistêmicas é a admissão de *amicus curiae*, já expressamente capitulado no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015, que permite a participação de um terceiro descompromissado com os pólos da demanda, mas que tenha um interesse institucional na colaboração da solução do litígio.

Destacam Arenhart, Osna e Jobim¹⁷³ que o critério para a admissão do “amigo da corte” na demanda deve ser uma “proporcionalidade panprocessual”, ou seja, uma análise do custo-benefício da participação do *amicus curiae* em relação ao tempo que será demandado para que não comprometa a celeridade dos processos estruturantes para os demais sujeitos litigantes.

¹⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 120.

Em razão da natureza fluida e mutável dos litígios estruturais e da necessidade de provimentos em cascata pelo método de tentativa e erro, parece uma consequência inevitável que a abertura dialógica deve ser dinâmica e flexível no processo, ou seja, não há como se fixar um marco procedimental ou temporal de participação de interessados. Esta ideia é o que Hermes Zaneti Júnior e Cláudio Madureira¹⁷⁴ entendem por ser um “contínuo dever de diálogo”, o quais podem ser extraídos dos princípios de contraditório substancial e da cooperação das partes no processo, já capitaneados no CPC/2015.

É possível extrair ainda deste dever, como decorrência lógica da abertura dialogal que não seria viável um processo estrutural de natureza sigilosa, como aponta Marcella Pereira Ferraro¹⁷⁵. É possível que eventuais documentos possam vir a permanecer com o acesso mitigado conforme as hipóteses arroladas no artigo 189 do CPC/15. Entretanto, o sigilo desses dados não pode se estender a todo o processo, já que o objeto da demanda estrutural, usualmente, impacta a coletividade de maneira significativa demandando que todos tenham acesso às informações e questionamentos que circundam a lide.

Desta forma conclui-se que a mescla de metodologias de participação e representação dos interesses dos litígios orgânicos denota-se como melhor opção para os processos estruturantes. Rodrigues e Varela¹⁷⁶ destacam:

Neste momento, considerar a existência de etapas e níveis de representação pode contribuir para que a um tempo, a ampliação da legitimação permita atingir-se a ampliação dos efeitos da coisa julgada, sem que com isso tenhamos uma ruptura com as regras e os aspectos teóricos que guarnecem os institutos da tutela coletiva de direitos para o desenvolvimento de uma teoria brasileira das medidas estruturantes na perspectiva do processo constitucional.

Quando a lide tiver origem em grupos menores, a participação direta deverá ser a sua máxima. Todavia, quando a infinidade de vítimas do estado de coisas inconstitucional

¹⁷⁴ MADUREIRA, Cláudio. ZANETI JR., Hermes. processos estruturantes e Formalismo-Valorativo. *In*. SICA, Heitor. CABRAL, Antonio. SEDLACEK, Frederico. ZANETI JR., Hermes (Org.). **Temas de Direito Processual Civil Contemporâneo**. Serra: Editora Milfontes, 2019.

¹⁷⁵ FERRARO, Marcella Pereira. Litígios Estruturais: algumas implicações da publicidade no Processo. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, 757-778.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As Structural Injunctions e o direito processual brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, 752.

comprometer a celeridade e eficiência da demanda, os mecanismos de representação adequada devem ser utilizados. Esse controle deve ser exercido por uma postura ativa do magistrado.

Em temas de maior detalhes técnicos, os meios alternativos de participação, como *amicus curiae* e audiências públicas devem ser priorizadas para equilibrar a presença dos múltiplos interesses. O princípio do contraditório substancial deve ser fortalecido, à luz da multipolaridade e policentria dos litígios estruturais.

Outra alternativa é a contratação de assessorias técnicas independentes que fomentem a comunicação do grupo com os sujeitos do processo, produzindo informações que subsidiem a decisão do magistrado. Segundo Vitorelli e Barros¹⁷⁷, esses instrumentos podem corrigir a assimetria técnica entre os litigantes, introduzindo uma dialeticidade de outras áreas que tangenciam o problema, fazendo com que outros interesses não previstos preliminarmente participem das discussões na busca de alternativas de transformação equilibrada para todos.

As informações trazidas pelas assessorias técnicas independentes podem ainda ser um filtro para que o juiz avalie em que medida é relevante a participação direta ou representativa de determinados subgrupos. No mesmo sentido, pode servir como norte para que o magistrado aprecie até que momento existe o diálogo construtivo entre os litigantes estruturais.

O magistrado deve estar atento para que a atuação dos litigantes ou de seus representantes não seja meramente abstrata, genérica e simbólica com o objetivo apenas de servir de destaque para lideranças políticas ou organizações sociais. É dever do juiz fazer essa constante fiscalização da representatividade adequada.

A participação ampliada dos diversos atores envolvidos no conflito permite o debate plural e democrático. Tem potencial para catalisar mudanças culturais da realidade violadoras de direitos fundamentais e, assim, reduzir a possibilidade de *backlash* quando da implementação das medidas judiciais.

O processo estrutural deve ser visto como uma ampla arena de debate democrático. Se o Judiciário interferir nas políticas públicas deve a este poder se aproximar do habitat em que

¹⁷⁷ VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de atuação interativa em litígios complexos**. Salvador: Juspodivm, 2022.

naturalmente essas questões são discutidas, emulando o poder Legislativo, sem descuidar dos direitos e garantias fundamentais, por vezes esquecidos pelos atores políticos.

5.2 Petição inicial e a flexibilização do princípio da adstrição

Em razão das características *sui generis* presentes nos litígios orgânicos, é necessário revisar alguns conceitos do processo civil tradicional para adequá-los a esta realidade, a exemplo do princípio da adstrição e os pedidos formulados na petição inicial da demanda estrutural.

O processo civil nasce historicamente para tratar dos interesses privados, dando-se às partes litigantes a autonomia para escolher os limites de uma demanda, o que é traduzido como princípio da adstrição, da congruência ou correlação (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*). É possível extrair esse princípio da leitura dos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil de 2015. Além disso, a legislação adjetiva expressamente determina que o pedido de uma ação deve ser certo (art. 322) e determinado (art. 324).

O magistrado está habitualmente condicionado aos pedidos estipulado pelas partes para que a sua atuação não possa comprometer a sua imparcialidade e assim proceder um julgamento isonômico. Ocorre que estes postulados devem ser interpretados de maneira relativa, e não como verdades conforme os ideais do neoprocessualismo. Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁷⁸ inclusive enuncia algumas situações em que este princípio é mitigado pelo poder de o magistrado conhecer determinadas matérias de ofício:

... (a) objeções de direito material (por exemplo inconstitucionalidade da norma); (b) objeções de direito processual (por exemplo condições da ação e pressupostos processuais); e (c) exceções de direito material que a lei expressamente admita o conhecimento de ofício pelo juiz (por exemplo prescrição).

O processo civil não tutela tão somente os direitos disponíveis, atuando principalmente com direitos indisponíveis. Desta forma, a histórica *summa divisio* não deve ser vista de maneira estanque. A propriedade privada não é mais somente para a defesa do

¹⁷⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 236.

interesse privado, mas é flexibilizada com a necessidade de cumprimento da função social. Os tributos não podem ter efeitos confiscatórios, devendo respeitar o patrimônio mínimo vital dos indivíduos. Destarte, os instrumentos processuais são utilizados contemporaneamente para a tutela seja de demandas privadas com reflexos públicos, seja demandas públicas com reflexos privados. E os litígios estruturais estão inseridos nessa zona cinzenta, conforme destacam Arenhart, Osna e Jobim¹⁷⁹:

E a constatação parece ressoar de modo firme no campo dos processos estruturantes. a verdade, elas não apenas não se limitam à esfera pública ou à esfera privada, mas também surgem usualmente como efeito da própria fluidez hoje existente entre essas duas áreas; é exatamente pela dispersão dos valores comunitários que os provimentos estruturantes, em inúmeras oportunidades, tornam-se essenciais.

O abrandamento do princípio da demanda e da adstrição provém do direito à tutela jurisdicional adequada e da primazia da decisão de mérito, conforme o artigo 4.º do CPC/15. A fluidez ocorre no pedido imediato, ou seja, a tutela jurisdicional deve ser adaptada à realidade vivida. Esta flexibilização do princípio da demanda é perceptível por meio das disposições legais quanto à obrigação de fazer e não fazer (art. 497 combinado com art. 536 e 498 CPC), que existem desde o Código de Processo Civil de 1973 e restou ampliado na atual legislação adjetiva. Nestas circunstâncias o juiz, para garantir o resultado prático equivalente, pode determinar medidas que julgar necessárias, inclusive de ofício, para que a obrigação principal possa ser adimplida (artigo 139, IV do CPC/15). O pedido mediato, ou seja, o bem da vida pretendido deve ser expresso, certo e determinado.

O pedido da lide estrutural deve ser interpretado da forma mais ampla possível. Nesse sentido, o parágrafo 1.º do artigo 324 excepciona as situações em que se admite pedido genérico. Em todas essas oportunidades, é possível entender que a lide orgânica está nela inserida: (a) a reforma estrutural, dada a suas características, é maior e mais complexa que uma ação universal (art. 342, §1º, I CPC); (b) em razão da multipolaridade, para que a decisão sistêmica tenha legitimidade, será necessário garantir um contraditório substancial. Logo, não é possível mensurar em pedidos estanques as consequências do ato, pois será necessário escutar as partes previamente (art. 324, §1º, II e III CPC).

¹⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 141-142.

O pedido de recomposição institucional necessariamente deverá estar em harmonia com o direito material litigioso. O processo deve servir de instrumento para a realização do direito material pretendido, e não o contrário. Matheus Galdino¹⁸⁰ afirma que nos processos estruturantes, ao contrário da relação de causalidade existente no processo tradicional, há um nexó teleológico entre os elementos da petição inicial:

Casos há em que os fatos jurídicos (causa de pedir remota) se constituem em um estado de coisas (estados fáticos), envolvendo assim uma situação contínua no tempo. Em alguns desses casos, a eficácia jurídica decorrente das violações ou ameaças provocadas por tal estado de coisas (causa de pedir próxima) não permite um pedido mediato passível de ser imediatamente efetivado, mas apenas após o alcance de um estado de coisas futuro. Um outro fato passa a ter relevância jurídica para o processo, e não é uma causa de pedir remota (ocorrida), mas um estado de coisas futuro (a ocorrer). Em tais casos, via de regra, não há indicação do tempo, modo, e grau de alcance de tal estado de coisas futuro, exigindo um processo com uma cognição adequada para estabelecê-los e uma execução adequada para efetivá-los. Tal estado de coisas futuro passa a ser assim o objeto mediato de um processo, o processo estrutural.

O processo estrutural é caracterizado pela implementação gradual de provimentos jurisdicionais segundo a realidade subjacente à demanda. A lide estrutural por ser multipolar e complexa não pode estar vinculada de maneira absoluta a um único pedido pronto e acabado. Desta forma, os limites do pedido estrutural deverão ser necessariamente flexíveis em razão do direito material envolvido. A determinação do pedido estrutural será determinada basicamente pelo (I) resultado pretendido e por (II) marcos temporais de cumprimento na implementação da reorganização institucional, para a reforma estrutural não perdurar *ad eternum*.

O resultado pretendido é a realização de uma reforma estrutural. Esta basicamente pode ser: (a) elaborada pelo autor; (b) realizada por um terceiro imparcial ou por um interventor judicial, ou (c) proposta pelo réu.

Quando há elementos técnicos, o pedido terá maior probabilidade de ser certo e determinado, o que pode diminuir a resistência dos sujeitos litigantes quanto à realização da transformação. Entretanto, a autonomia institucional será reduzida (podendo gerar transtornos na execução por parte do réu).

¹⁸⁰ GALDINO, Matheus Souza. A competência adequada nos Processos Estruturais e o direito brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 916-917.

Outro problema decorrente da pré-determinação do pedido da reforma estrutural é a sua especificidade. É possível o surgimento de outras demandas ao longo da reforma estrutural que requeiram atenção por outros meios que não foram contemplados na inicial. Desta forma, o pedido do resultado pretendido no processo estrutural deve ser o mais amplo possível, conforme a previsão do §2º do artigo 322, 341, III e 489, §3º CPC/2015.

A abertura e flexibilidade dos pedidos realizados no decorrer da demanda estrutural não obsta o direito de defesa, o qual será reforçado pelo princípio do contraditório substancial e pela vedação à decisão surpresa, expressos nos artigos 9 e 10 do CPC/15.

Assim, o pedido na petição inicial terá a finalidade de traçar as diretrizes da reforma estrutural pretendida. E durante o processo medidas mais específicas e ajustadas às necessidades do caso concreto serão elaboradas e um plano de reforma estrutural. Edilson Vitorelli¹⁸¹ enfatiza a possibilidade de desenvolvimento de um plano elaborado por um terceiro imparcial ou intervenção judicial.

O terceiro imparcial atuaria nos moldes de um *special master* do direito norte-americano, atuando como um auxiliar do juízo como um perito (art. 466 do CPC). A figura do interventor, ou *special master*, já é prevista no ordenamento jurídico brasileiro na Lei de Defesa da Concorrência (art. 102 a 111 da Lei n.º 12.529/2011) para acompanhamento de medidas judiciais específicas que se dilatam no tempo. Pode o interventor praticar e ordenar atos necessários à execução, apresentar relatórios periódicos em juízo e denunciar irregularidades ao juiz. Entretanto, essa alternativa deve ser vista de forma secundária.

Existem problemas de custos (déficit orçamentário), *accountability* (como criar mecanismos de controle de qualidade do trabalho exercido) e a possibilidade de o réu virar um adversário e impedir ou atrapalhar a execução dos remédios jurisdicionais. Desse modo, entende-se que o magistrado deve dar primazia para o diálogo interinstitucional preservando, ao máximo possível, as autonomias institucionais e impor somente medidas imperativas em caráter estritamente subsidiário. Owen Fiss e Judith Resnik¹⁸² são reticentes quanto à elaboração do plano por esta via, porquanto em razão das possibilidades de o terceiro extrapolar as competências sem ter idêntica responsabilidade e responsividade quanto um

¹⁸¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 283-292.

¹⁸² FISS, Owen; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives: an introduction to Procedure**. Nova York: Foundation Press, 2003, p. 361-363.

magistrado. Seria inclusive passível de críticas quanto à legitimidade democrática desse terceiro no processo estrutural.

O interventor judicial é a medida mais drástica dentre as possibilidades, aproximando-se da figura do *receiver* do direito norte-americano, em que o juiz nomeia uma pessoa que assumirá todos os poderes para implementar a reforma estrutural, reduzindo os problemas de *accountability*, se comparado com terceiro imparcial. Essa possibilidade aumenta as críticas em torno da interferência do Poder Judiciário em políticas públicas. Além disso, uma eventual falha na reforma orgânica poderia catalisar um sentimento social de que a ineficiência decorre da participação do interventor, e não do problema crônico fruto da lide.

Assim, o pedido que transpõe maiores vantagens para a sua concretização seria aquele proposto pelo próprio réu, pois preserva a autonomia institucional reduzindo as críticas em torno da demanda estrutural. Além disso, o gestor comprometido com a causa será aquele que tem maior número de informações suficientes e adequadas para o enfrentamento da realidade fática da lide. A desvantagem decorre da necessidade de criar mais mecanismo de controle da sua atuação para que o réu não proponha medidas ineficientes.

As metas para a execução dos provimentos jurisdicionais não podem ser exíguas e devem possuir prazo dilatatório capaz de proporcionar as recomposições institucionais necessárias para a concretização dos valores públicos constitucionais tutelados. Edilson Vitorelli¹⁸³ propõe alguns parâmetros que devem estar inseridos no plano de reforma institucional:

...1) buscar o estabelecimento e a hierarquização de prioridades de atuação, prestigiando o atendimento mais imediato às situações mais severamente comprometidas; 2) buscar a definição de cronograma de execução de curto, médio e longo prazo para as atividades; 3) definir, caso se trate de órgão público, mecanismos para que o custeio das atividades se mantenha disponível; 4) firmar uma metodologia de acompanhamento do cumprimento das metas definidas, com apresentação periódica de relatórios, indicadores de resultados e providências em caso de descumprimento.

Como a reforma estrutural ocorre de maneira paulatina, o provável é que pequenas mini reformas ocorram no processo estrutural. Assim seria possível realizar uma ordem

¹⁸³ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 284.

preferencial do plano de elaboração da transformação orgânica: (1) o pedido de plano realizado pelo autor deve ser o mais genérico possível, de forma a não engessar eventuais necessidades de adaptações de novas soluções ao caso. Informações técnicas já existentes devem ser utilizadas como vetores de um grau mínimo de determinabilidade do pedido; (2) deve-se priorizar a realização de uma reforma estrutural realizada pelo próprio réu, com o fim de preservar a sua autonomia institucional, diminuindo os custos de erro de decisão judicial; (3) permanecendo-se o réu omissor ou não realizada as medidas de maneira eficiente, com base em metas previamente fixadas, subsidiariamente deve-se utilizar da possibilidade de nomeação de um interventor judicial para buscar remediar os problemas de maior urgência de curto prazo; (4) sanados os problemas de maior severidade, os planos de médio e longo prazo podem ser designados para terceiros imparciais permitindo-se a cada minirreforma a possibilidade de devolução palatina do controle aos gestores públicos.

O pedido estrutural deve ser interpretado da maneira mais ampla e flexível para poder se adequar à realidade fática. Desse modo, será natural perceber as constantes mudanças fáticas que tangenciam os múltiplos centros de conflitos. O processo estrutural existe uma contínua atuação sistêmica das instituições capazes de fazer, refazer e ajustar as injunções judiciais que são proferidas de maneira paulatina. Desta forma, não há como fixar de maneira estanque um marco entre a fase de conhecimento e a fase de execução nesta categoria de demanda, em razão das mudanças circunstanciais.

É comum nessas ações, devido a inúmeras decisões proferidas, novos problemas sejam visualizados somente no transcurso da demanda. Existindo a possibilidade de solucionar essas pequenas celeumas por baixo custo na reforma estrutural, esta oportunidade deve ser concretizada. Desse modo, deve-se flexibilizar também as noções de estabilização da demanda e de coisa julgada no processo estrutural. Nesse sentido Thaís Viana¹⁸⁴ afirma:

... o gênero das estabilidades processuais vem progressivamente se aproximando da compreensão objetiva de segurança jurídica enquanto “continuidade”, que substitui a rigidez do paradigma da imutabilidade, por uma permissibilidade da mudança, a partir de uma lógica de redução dos impactos e transições suaves, a viabilizar “[...] maior racionalização da quebra de estabilidade, não só por prever requisitos restritos para a ruptura (que envolverão exigências argumentativas mais facilmente testáveis),

¹⁸⁴ VIANA, Thaís Costa Teixeira. Os processos estruturantes entre a máxima do interesse público e o paradigma de flexibilidade processuais: reflexões sobre o contraste à luz do regime de estabilidades processuais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, 1108.

mas também por ser acompanhado de mecanismos compensatórios para adaptação à mudança.

A ideia de estabilidade processual é revista nos processos estruturantes. Ela é o resultado do experimentalismo do método “tentativa e erro” promovido de forma gradual para a promoção efetiva dos valores públicos constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais.

Ideia esta que não é nenhuma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, conforme pode-se extrair do artigo 10 da Lei n.º 13.300/2016, Lei do Mandado de Injunção: “*Sem prejuízo dos efeitos produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito*”. Esta ferramenta legal, representa a adequação dos instrumentos processuais às necessidades de concretização dos direitos fundamentais.

Argumentos contrários a esta maleabilidade da estabilidade da demanda afirmam que esta postura traz onerosidade excessiva para a defesa do réu. Entretanto, estas ideias não devem prosperar. A cada novo pedido deve-se garantir o contraditório substancial ao réu, devendo este se manifestar sobre os novos requerimentos formulados pelo autor. O tempo necessário para a resposta do requerido, em verdade, tem mais probabilidade de trazer prejuízos às vítimas do litígio estrutural do que propriamente ao réu. Assim, o único infortúnio ao reclamado é a apresentação de uma defesa temporalmente além das demais sobre o fato novo.

Fazendo um sopesamento entre os processos estruturantes e a infinidade de ações individuais, observa-se que esta maleabilidade dos processos orgânicos proporcionam mais vantagens do que prejuízos ao réu. Porquanto além de concretizar direitos fundamentais às vítimas do evento, permite que as políticas públicas sejam implementadas de forma progressiva, ordenada e com diálogo interinstitucional, ao invés de uma decisão única, imperativa e imediata.

Uma vez elaborado o plano estrutural e estabelecidas suas metas de pequeno, médio e longo prazo, é pertinente que o magistrado fixe mecanismos de controle de resultados dos provimentos jurisdicionais. Assim será possível avaliar aquilo que está sendo eficiente, mantendo-o e aprimorando as demais injunções, bem como averiguando medidas ineficazes para promover as revisões contingenciais.

5.3 Recebimento da exordial e o convencimento do magistrado

A existência de litígio sistêmico não implica necessariamente a instauração de um processo judicial estrutural. O exemplo da falta de vagas em creches públicas, denota um problema corriqueiramente solucionado por processos individuais. Este problema orgânico com proposição de resolução pontual acaba onerando ainda mais os cofres públicos e causando mais malefícios e desigualdade, retirando a vaga daqueles que obedecem aos critérios regulamentares.

Há casos ainda de problemas estruturais que são litigados em processos coletivos que não trazem pedidos sistêmicos, a exemplo das indenizações por danos morais em razão da superlotação carcerária das penitenciárias brasileiras. Para que os processos judiciais estruturantes exerçam o papel defendido neste trabalho (concretizar os valores públicos fundamentais), mediante a reestruturação das instituições, é fundamental que os atores envolvidos na ação estejam dispostos a enfrentar o longo e complexo trâmite que lhe é peculiar.

A petição inicial com um pedido estrutural não significa necessariamente a ocorrência de um processo orgânico. O juiz pode não se convencer que a lide levada à juízo representa um problema desta natureza ou simplesmente pode determinar que as partes produzam as provas ou apresente um plano de reestruturação sem qualquer abertura dialogal com os demais sujeitos litigantes e julgar a lide ao final conforme a lógica do processo tradicional.

Constata-se, desta forma, que a importância da postura judicial supera a do mero tomador de decisão. Para que a reforma orgânica se concretize é substancial que o juiz conduza o processo judicial de maneira cooperativa e dialogal com os sujeitos litigantes no litígio estrutural. Desta forma, para que as ações sistêmicas alcancem a sua finalidade o magistrado deve ter uma atuação que fomente os instrumentos de resolução de conflitos de forma orgânica.

Fundamental que o julgador tenha ciência das dificuldades heurísticas¹⁸⁵ e dos vieses cognitivos ao lidar inicialmente com o requerimento orgânico. Edilson Vitorelli¹⁸⁶ aponta pelo

¹⁸⁵ Heurísticas são atalhos mentais que as pessoas utilizam para conhecer situações e auxiliar na tomada de suas decisões. Apesar da possibilidade de acerto, as heurísticas são passíveis de erros e desvios sistemáticos que redundam em tomada de decisões equivocadas, os quais são denominados de vies cognitivo.

¹⁸⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. 3ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 430-431.

menos dois fatores relacionados à heurística da ancoragem-ajustamento¹⁸⁷ correlacionados com o processo civil.

Primeiramente o juiz cotidianamente exerce uma atribuição passiva ao decidir a questão. Os processos estruturantes requerem do julgador uma postura proativa, por vezes similar aos atores políticos do Executivo e do Legislativo. Assim a complexidade dessa atribuição não seria nada agradável para o magistrado, o qual precisa lidar com diversas estruturas institucionais complexas e muitas vezes não dispostas a conciliar. Desse modo, o provável é que exista uma resistência do magistrado a iniciar uma reforma orgânica.

A quantidade de processos e trabalhos já existentes no Poder Judiciário faz com que o juiz opte por decisões individuais, privilegiando as soluções “a conta-gotas”, ao contrário de optar por uma alternativa sistêmica que perdurará por longo tempo. O magistrado ao receber uma ação como estrutural reconhece a complexidade do processo. Nesse sentido, Jay Tidmarsh e Roger Tranrud¹⁸⁸ afirmam que quando uma Corte reconhece um processo como complexo sua finalidade é publicizar uma postura inovadora da dinâmica processual. Segundo Hermes Zaneti Júnior¹⁸⁹ essa inovação decorre de uma perspectiva cíclica entre direito material e direito processual para a concretização de direitos.

O magistrado não poderá ficar amarrado aos ideais e metas quantitativas estabelecidos pelos Tribunais ou pelo CNJ: a eficiência nesta demanda deverá ser pautada prioritariamente por elementos qualitativos. A relação aqui não é de causalidade e sim teleológica, entre meios e fins.

A multipolaridade dos sujeitos litigantes associada ao caráter policêntrico da demanda estrutural enaltece a necessidade de uma condução dialogal do processo por parte do magistrado, o qual não deve se ater à lógica binomial tradicional e patrimonialista do processo civil.

Ressalte-se ainda o diálogo interinstitucional proposto pelo juiz, considerando a sua natureza essencialmente contramajoritária, deverá ser enaltificado principalmente quando a

¹⁸⁷ Heurística da ancoragem-ajustamento significa que as pessoas são mais propensas a tomar decisões com base nas noções iniciais que já têm sobre determinado fato para que permaneçam em sua zona de conforto. Assim, quanto mais complexa for a deliberação sobre um determinado tema, menor será a possibilidade dela ser acolhida.

¹⁸⁸ TIDMARSH, Jay; TRANGRUD, Roger H. **Complex litigation**: problems in advanced civil procedure. New York: Foundation Press, 2002. Disponível em <https://innopac.law.nd.edu/record=b1211506> . Acesso em 22 set 2021.

¹⁸⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional de justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58-61.

sentença atingir aqueles sujeitos que estão mais próximos dos epicentros do litígio estrutural. Em outras palavras, quanto mais próxima uma parte estiver de algum centro de interesse e de dano de uma demanda estrutural, maior será o dever do magistrado ouvi-la e garantir o contraditório substancial e o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

A postura do juiz deve ser condizente com o processo que será gerido. Como a ação estrutural não tem os pólos previamente determinados, mas sim é caracterizada pela multipolaridade e policentria, o magistrado exercerá uma figura central para onde todos os interesses convergirão. Desse modo há, que conduzir a demanda como uma reunião de cidadãos, ou o que Stephen Yeazell¹⁹⁰ denominou de “*town meeting*”.

O magistrado deve atuar de forma ativa, utilizando dos instrumentos de abertura democrática (como audiências públicas, reuniões setoriais, assistências técnicas independentes e *amicus curiae*) para proporcionar o diálogo entre os atores do litígio estrutural, bem como deve delimitar questões relevantes para a resolução do conflito. É baseado nesta postura ativa do julgador que será possível a fiscalização constante da representação adequada dos subgrupos afetados.

Há de se pensar ainda na possibilidade de ações individuais versarem sobre problemas estruturais. Para aquele que propõe a ação, é mais vantajoso a lide ser decidida individualizada, de maneira mais rápida e concreta para o julgamento de seu pleito único. Entretanto, essas demandas prejudicam a busca de uma solução orgânica, postergando o estado de inconstitucionalidade e de não concretização dos valores públicos fundamentais.

Por outro lado, acreditar em uma ética comunicativa dos profissionais do direito (em que estes operadores absteriam-se de propor ações individuais para não prejudicar a solução estrutural) parece distante da realidade. Proposição esta figura inexecutável em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Do mesmo modo, mas com fundamentação diversa está a proposta radical de Kazuo Watanabe¹⁹¹ de proibição completa de ações individuais.

Defende-se a criação de um “juízo universal estrutural”, o qual deveria receber, por prevenção, todas as demandas individuais conexas ao processo estrutural. Esta ideia,

¹⁹⁰ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School Case. **UCLA Law Review**. vol. 25, 1977, p. 244-260. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uclalr25&div=23&id=&page=>. Acesso em 5 jan. 2022.

¹⁹¹ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**, v. 31, n. 139, p. 28-35, 2006. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002297192>. Acesso em 3 jan 2022.

conforme aponta Antonio do Passo Cabral,¹⁹² implica em uma ressignificação do princípio do juiz natural. Este seria o juízo competente para, de maneira eficiente, decidir o litígio.

Usualmente as ações tratam de pedidos específicos em contextos que requerem a implementação de reestruturação das instituições. Nessa hipótese, o magistrado ao receber a ação individual de natureza estruturante pode intimar as partes para se manifestar sobre eventuais pedidos de tutela de urgência de caráter individual. Decisões provisórias com executividade imediata, conforme já positivado no parágrafo único do artigo 297 do Código de Processo Civil, permitem que medidas individuais urgentes sejam implementadas com maior brevidade sem perder eventualmente perder a harmonia com futuras determinações judiciais em cascata. Não havendo ainda juízo universal preventivo, é possível a intimação dos legitimados para as ações coletivas verifiquem se há interesse para o tratamento do problema orgânico, conforme estabelece o inciso X do artigo 139 do CPC.

Ao reunir as ações individuais em um “juízo universal estrutural” será possível ao magistrado utilizar das técnicas de julgamento de recurso repetitivo para a escolha de um caso-teste que poderá fundamentar um precedente vinculante. Esta decisão judicial, no que lhe concerne, servirá como norte balizador dos direitos das partes litigantes e assim potencializar futuros acordos durante a execução da reforma estrutural.

A postura judicial é deveras relevante no processo estrutural que o magistrado deve ainda tomar cuidado com a clareza comunicativa com as partes durante a tramitação da demanda. Omissão judicial pode induzir as partes a adoção de comportamentos não cooperativos ou tumultuar a reforma institucional. A comunicação clara, objetiva, direta e cooperativa do juiz com os sujeitos litigantes estimulará a autocomposição dos conflitos e evitará o abandono da causa e postergação dos problemas.

O processo estrutural em razão da sua multipolaridade é emaranhado de distintos pontos de vista. Durante a execução da reforma estrutural, é comum que o juiz profira diversas decisões parciais de mérito, as chamadas decisões em cascata. Para que a demanda atinja sua finalidade primordial de conformação dos valores públicos constitucionais é essencial que o juiz esteja comprometido na condução do processo, investigando os fatos de maneira aprofundada e proporcione uma solução viável e imparcial dentre as diversas visões parciais apresentadas a ele.

¹⁹² CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2021.

5.4 Autocomposição estrutural e a imperatividade jurisdicional

É provável que ao iniciar o processo judicial estrutural, os sujeitos litigantes já tenham tentado de alguma forma conciliar a lide, contudo sem sucesso, daí resultando a sua judicialização. O CPC/2015, em sua principiologia, adota um caráter primordial pela busca de autocomposição dos conflitos (art. 3.º), estímulos aos atos cooperativos (artigos 5.º e 6.º), diversos dispositivos que estimulam o exercício livre da vontade no processo¹⁹³ e cláusula geral de negociação processual atípica (art. 190).

Como destacam Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi¹⁹⁴ “O Estado-juiz tem seu papel redimensionado a uma dupla posição, de paridade na condução do diálogo e assimetria no momento da decisão, prestigiando-se o contraditório (diálogo) e a boa-fé das partes”. Desta forma o modelo participativo do processo fomenta a negociação dos atores processuais. Entretanto, os dispositivos norteadores do CPC/15 devem ser revisados para se adequar à realidade de um litígio estrutural.

É necessário questionar se conciliadores e mediadores seriam efetivos na condução de autocomposição dos conflitos em razão da complexidade e policentría dos litígios estruturais. Estes auxiliares da justiça estão preparados para lidar com diálogos que superam a relação inter partes bipolar do processo civil tradicional para a busca de uma relação cooperativa e dialogal interinstitucional?

Muitas vezes a celebração de Termos de Ajuste de Conduta perante outras instituições permanentes, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, são descumpridos por altas autoridades do Executivo. Há de se inquirir se de fato um juiz leigo ou conciliador conseguiria celebrar um acordo eficaz diante de um litígio estrutural, complexo e multipolar.

Sem querer menosprezar a capacidade de técnica de mediadores e conciliadores ou até preferir conclusões precipitadas e generalizantes de que nunca será possível a celebração eficaz de uma autocomposição no litígio estrutural, deve-se esclarecer alguns pontos.

¹⁹³ A exemplo da cláusula de eleição de foro (art. 63); calendarização processual (art. 191); renúncia ao prazo (art. 225); acordo para a suspensão de processo (art. 313, II); organização consensual do processo (art. 357, §2º); adiamento negociado da audiência (art. 362, I), convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §3º e 4º), escolha consensual do perito (art. 471), todos do CPC/15.

¹⁹⁴ RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos processuais com mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, 781.

Owen Fiss¹⁹⁵ é um crítico das soluções consensuais quando estas têm como cerne a resolução de problemas complexos. Segundo o professor norte-americano, a celebração de acordos por terceiros não dotados de autoridade muitas vezes são frutos de uma forma de coerção diante das partes mais frágeis na lide.

Nestas situações, as desigualdades fáticas não são consideradas, tratando os sujeitos com base em igualdade meramente formal. Em razão da assimetria de poder dos sujeitos, há uma falsa percepção de que os grupos estão tomando as decisões de maneira livre. Contudo, principalmente diante dos vulneráveis o provável é que aceitem um acordo ruim mais célere do que uma boa demanda que reestruture os valores públicos fundamentais.

A ausência da autoridade ou um acordo prematuro por um mediador ou conciliador, segundo Owen Fiss, nas lides complexas podem resultar em soluções insuficientes ou ineficazes forçando os sujeitos a retornarem ao Poder Judiciário para uma reapreciação dos termos. Afirma, por fim, ser comum que nessas situações autocompositivas os conciliadores busquem tão somente a pacificação social, é apenas uma das funções jurisdicionais, esquecendo-se do compromisso de conformação de valores constitucionais e concretização de direitos fundamentais que são primordiais para a conclusão de um litígio estrutural.

Não se quer tratar esse posicionamento de Fiss como única solução viável. Além disso, é possível pensar em uma hipótese de celebração de ajuste formal entre as partes litigantes diante de um conciliador ou mediador, principalmente quando o gestor público estiver cooperativo para solucionar o problema.

Julga-se que os problemas sistêmicos se prolongam no tempo e é possível que um juiz leigo consiga acordar as partes, por exemplo, quando ocorre uma mudança de gestores na instituição que se pretende recompor. Contudo, este não parece ser o cenário mais comum. O questionamento principal em torno destes auxiliares está em torno da imperatividade.

Se as partes litigantes já tentaram outros acordos perante o Ministério Público ou Defensoria Pública, o qual foi descumprido pela ausência de imperatividade, cumpririam agora o acordo diante de um conciliador ou mediador também sem força imperativa? A judicialização do litígio em verdade denota a necessidade de intervenção judicial em razão da ausência do Poder Extroverso dos sujeitos anteriores.

¹⁹⁵ FISS, Owen. Against settlement. *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, p. 1073-1090. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/againstsettlement.pdf>. Acesso em 9 mar. 2022.

Autoridades do alto escalão do Poder Executivo, em determinados casos, principalmente diante da inefetividade de políticas públicas, omitem-se e acabam não concretizando os valores públicos e direitos fundamentais dos cidadãos. O Judiciário, Poder do Estado, assim como o Executivo e o Legislativo, atua para equilibrar a relação de violação dos direitos e os atores políticos exercendo o papel contramajoritário.

Desta forma, entende-se que para a maior eficiência dos processos estruturantes a audiência de conciliação e mediação nas demandas orgânicas devem ser conduzidas prioritariamente por uma autoridade dotada de investidura e força imperativa de sua ordem.

A participação do juiz na condução das negociações judiciais e extrajudiciais proporciona que desde as etapas preliminares do procedimento o decisor já receba informações dos múltiplos interessados na demanda e, assim, ter mais elementos para proferir uma decisão justa para o caso concreto. Nesse sentido destaca Marco Rodrigues¹⁹⁶:

Tal qual em qualquer demanda, o magistrado tem de possibilitar o amplo direito de influência das partes em sua tomada de decisão. No entanto, nas demandas que de alguma forma controlam políticas públicas, tal exigência se amplia, impondo-se que o julgador busque um aprofundamento do diálogo, a fim de tomar conhecimento mais adequado da política pública envolvida e dos diversos aspectos que a cercam.

Outro argumento que sustenta essa necessidade é de que a conciliação é dotada do princípio da confidencialidade (art. 166 do Código de Processo Civil e art. 2.º, VII da Lei n.º 13.140/2015). Uma vez realizadas as primeiras negociações perante um auxiliar da justiça, estas informações não poderiam ser utilizadas pelo magistrado como elemento para embasar a decisão. A participação ampliada dos atores dos litígios estruturais não se ajusta ao sigilo das tratativas, bem como interfere na transparência e responsabilidade social de como as decisões foram tomadas.

A participação do magistrado na condução das tratativas é relevante ainda em razão dos limites das negociações dos direitos que admitem a autocomposição. Não existem delimitações claras sobre quais situações jurídicas materiais de índole coletiva são passíveis de acordo. O Código de Processo Civil de 1973 afirmava que era somente possível a

¹⁹⁶ RODRIGUES, Marco Antonio. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In CÂMARA, Alexandre Freitas; PIREZ, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 264.

autocomposição de direitos disponíveis. O CPC/15 trouxe uma expressão mais abrangente: “direitos que admitem autocomposição”. Destarte, a indisponibilidade, por si só, não impede a celebração de negociações de direitos coletivos. Cumpre destacar o posicionamento de Antonio do Passo Cabral¹⁹⁷, o qual propõe cinco parâmetros gerais e três específicos sobre os limites dos direitos que admitem a autocomposição.

Os de caráter mais generalista seriam (a) a ausência de reserva de lei; (b) vedação de acordos contrários aos paradigmas de cooperação e boa-fé; (c) isonomia entre os pactuantes; (d) foco no resultado da negociação; (e) sem transferência a terceiros ou ao Judiciário o impacto econômico da litigância. Entende-se que somente esta última característica não deve servir de padrão decisório, em razão de os litígios estruturais, especialmente naqueles que propõe a efetivação de políticas públicas e direitos sociais, usualmente atingirem algum terceiro em razão da multipolaridade e complexidade do litígio. Daí surge a importância da participação do magistrado nessas negociações para este conseguir traçar os limites toleráveis destes impactos à terceiros em obediência aos direitos e garantias fundamentais.

Os parâmetros do decisor no respeito aos direitos e garantias fundamentais estão nos standards específicos de Antonio do Passo Cabral: (a) identificação dos direitos fundamentais em litígio; (b) o negócio celebrado possui similitudes com outras hipóteses já regulamentadas no ordenamento jurídico; (c) controlar se a medida não atinge núcleo duro de algum direito fundamental.

Uma autocomposição por juiz leigo acaba atrasando a reforma estrutural. Inviabiliza que informações nela proferidas sejam trazidas a juízo. Esta possibilidade contraria a necessidade de constante busca de informações que o juiz deverá buscar, mediante seus poderes instrutórios, para poder implementar a reforma estrutural de maneira eficaz.

O magistrado, dotado de investidura, terá o poder-dever de fiscalizar com outras instituições permanentes como o Ministério Público e a Defensoria Pública, a adequada representação e equilíbrio das eventuais soluções negociadas, conforme defende Fernanda Tartuce¹⁹⁸. O juiz terá a atribuição de fiscalizar a adequada representatividade dos grupos afetados, verificando se a negociação corresponde de fato com a defesa e concretização dos direitos fundamentais.

¹⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 315-340.

¹⁹⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 89-91.

O contato da autoridade jurisdicional desde o começo com a demanda, ao invés de um juiz leigo, aproxima o magistrado das questões que circundam o litígio estrutural, garante o acesso a mais informações que facilitam na fundamentação e tomada de decisão, bem como estreita os laços do julgador com os atores do processo maximizando o aspecto humano necessariamente intrínseco a essa demanda.

Cumprir destacar o posicionamento de Edilson Vitorelli¹⁹⁹, o qual afirma que nessas situações a audiência terá uma natureza mista: autocomposição, instrução e decisão. Para o referido autor, as partes seriam intimadas para uma audiência mista de conciliação e instrução antes da apresentação da contestação, com fundamentação no artigo 139, V e VI do CPC.

Assim seria possível ao juiz a todo o momento buscar a autocomposição das partes e utilizar as informações da tentativa de acordo para subsidiar futuras deliberações do magistrado. Uma ideia muito próxima da principiologia já adotada nos Juizados Especiais, em que a qualquer tempo é ressaltado o caráter enfático da solução dos conflitos com a colheita de provas durante a instrução.

A participação direta do magistrado durante a conciliação é destacada por Vitorelli²⁰⁰ como elemento fomentador da autocomposição de conflitos pela figura do juiz e sua autoridade:

Quando o juiz participa de uma audiência e deixa claro os seus entendimentos sobre as provas e os argumentos apresentados, ele contribui para que a incerteza relativa às chances de sucesso da pretensão original seja diminuída, o que aproxima as previsões das partes, elevando as chances de consenso. Pode ser que o juiz o faça apenas com questões pontuais, e não com o pedido como um todo, já que a complexidade do litígio estrutural tornará difícil para o próprio magistrado prever o modo como proferirá a futura sentença. Mas isso permitirá que essas questões sejam objeto de acordos parciais e, com isso, reduzam a complexidade do litígio.

Observa-se que a existência de uma autoridade imparcial do magistrado, em verdade serve como instrumento catalisador dos acordos nos litígios estruturais, seja pelo caráter psicológico e imperativo da decisão judicial, seja por tornar mais claro às partes o entendimento do juiz. Assim potencializa as negociações, ainda que parciais, entre os atores

¹⁹⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 370-371.

²⁰⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 376.

da reforma sistêmica. Caso necessário, é possível que o juiz utilize de auxiliares que colaborem na negociação. Entretanto, defende-se que a participação direta do magistrado deve ser a prioridade. Destarte viabiliza-se a construção progressiva e prospectiva da reforma estrutural.

5.5 Instrução probatória

Ao contrário da lógica do processo civil tradicional, que busca elementos para a reconstrução de fatos passados para comprovar um dado fato ou relação jurídica anterior, a instrução probatória no processo estrutural é essencialmente prospectiva: não há a necessidade de comprovar um fato específico, mas uma apreciação conglobante de acontecimentos que evidenciam a violação de direitos.

Nas demandas estruturantes a instrução probatória estará dividida em uma primeira fase destinada à verificação de estado de desconformidade e prolação de uma decisão que estabelece a meta fim principiológica e generalista; e uma segunda etapa objetivando a implementação estabelecida na decisão estrutural de maneira específica aos tópicos enfrentados para a concretização da transformação pretendida. Em ambas as fases, além dos meios típicos de prova, outros meios de prova serão admitidos caracterizando pela atipicidade dos instrumentos probatórios, segundo o artigo 369 do CPC/15.

Alguns instrumentos já previstos no CPC de 2015 podem auxiliar na solução negociada dos litígios estruturais, bem como proporcionar maior celeridade da satisfação das decisões. A calendarização processual (art. 191) pode ser celebrada em qualquer fase processual e permite às partes estabelecerem uma data limite para realizar os atos processuais, bem como negociar lapso temporal proporcional para a execução das medidas estruturantes.

Outra ferramenta útil à efetividade do processo é a suspensão condicional (art. 313, II). Esse instrumento admite que os sujeitos litigantes possam avaliar com paciência as alternativas viáveis para uma solução negociada da demanda estrutural. Desse modo, diminui-se a probabilidade de preclusão temporal ou de praticar atos incompatíveis com a autocomposição.

Defende-se, contudo, que a limitação de 6 meses expressa no §4º do artigo 313 não seja aplicável nessa demanda. Visto que o magistrado participa dessas negociações é possível

que no caso concreto as partes precisem de maior prazo para analisar as intervenções necessárias para mudar a realidade inconstitucional vivida. Assim, entende-se que este dispositivo deve ser interpretado de forma que a cada 6 meses o juiz poderá intimar as partes para se manifestar sobre o andamento das tratativas. Estando o processo suspenso, mas estejam sendo implementadas medidas extrajudiciais negociadas estruturantes, nada impede que a suspensão continue por período maior para que assim não frustrate os resultados negociais que estão sendo alcançados. Somente no caso de inefetividade da suspensão avaliada ciclicamente em período máximo de 6(seis) meses poderia o juiz determinar o retorno da condução dos trabalhos processuais.

Negociações sobre prazos processuais (art. 222, §1º CPC/15) são fundamentais, especialmente considerando que os litígios orgânicos são multipolares e complexos, muitas vezes necessitando de realização de perícias complexas, de informações de diversas instituições e órgãos de controle para que o juiz esteja munido de informações necessários e suficientes para a prolação das decisões em cascata.

Audiência de saneamento e organização do processo (art. 357, §3º do CPC/15) mostra-se essencial para condução da ação estruturante. Nela será possível a delimitação consensual das questões de fato e de direito a serem enfrentadas. Assim a instrução probatória terá maior probabilidade de ser específica e adequada à resolução do conflito.

Ao contrário dos postulados tradicionais de inércia jurisdicional, o magistrado, atuando primordialmente como um administrador, deve agir de maneira ativa, catalisando a atuação cooperativa dos sujeitos litigantes em busca de soluções que possam progressivamente acabar com o estado de inconstitucionalidade. Essa atuação proativa do juiz implica necessariamente na flexibilização do regime de ônus da prova. Nesse sentido destacam Arenhart, Osna e Jobim²⁰¹:

Parece evidente que o instituto do ônus da prova tem muito pouca utilidade no campo desses processos, na medida em que o julgamento com base em presunção da existência ou da inexistência de um fato, neste específico ambiente, pode resultar em trágicas consequências. Supor que um fato existe ou não apenas porque algum sujeito específico não trouxe determinada prova convincente ao processo é, sem dúvida, muito pouco para a situação de complexidade que se desenha nos problemas estruturais. Por outro lado, o recurso ao ônus da prova - sobretudo enxergado da forma tradicional - pode mostrar-se cômodo para magistrados que não queiram

²⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 184-185.

envolver-se com a causa. Nos problemas estruturais, porém, essa postura é absolutamente intolerável, sobretudo porque o volume de provas a ser angariado e a sua heterogeneidade exigem um juiz sempre presente, capaz sobretudo de oferecer formas de organização e assimilação desses fatos todos.

A teoria da prova nos processos estruturantes partirá, mais uma vez, de uma postura proativa do juiz para exigir dos sujeitos litigantes elementos probatórios. Daí, mais uma vez, a enaltecer o relevante papel que o magistrado possui nessas demandas. Renova-se a ideia de amplos poderes instrutórios do julgador para utilizar diversos instrumentos típicos e atípicos para a maior colheita de informações relevantes para a formação do convencimento das medidas injuntivas.

A complexidade dos problemas que circunscrevem a lide estrutural, associada a policentría e multipolaridade faz com que inúmeros elementos de informação estejam passíveis de adentrar ao processo. É substancial que o juiz crie um filtro seletor das provas adequadas para a tomada de decisão da demanda orgânica. Assim, um pressuposto lógico decorrente da própria natureza do processo estrutural é de que o magistrado trabalhará com juízo de probabilidade, como provas estatísticas e provas indiciárias, ao invés de juízo de certeza.

A prova estatística é uma ferramenta conveniente para que o magistrado conheça a realidade social extraíndo padrões de conduta e falhas estruturais que se pretende transformar. Esta abertura consequentialista das decisões judiciais atualmente encontra-se positivada no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁰².

Observa-se que, em uma primeira fase, a prova indiciária estará vinculada a uma ideia tradicional de prova no processo civil para, por intermédio de elementos que tangenciam a questão central, trazer elementos para a construção de um raciocínio inferencial para a constatação do problema estrutural e da violação sistêmica a direitos fundamentais. Uma vez constatado o problema, o juiz passará a utilizar a prova indiciária como elemento de prospecção e eficácia das medidas injuntivas capaz de reestruturar a instituição ou política pública alvo do litígio.

²⁰² Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Humberto Ávila²⁰³ observa que a dedução necessita atender a padrões de suficiência de fundamentação lógica, ou seja, as premissas devem lastrear em alto grau as razões conclusivas, as quais serão mensuradas por um critério qualitativo de justificação segundo as máximas da experiência e presunções. Do mesmo modo, a ilação precisa estar vinculada suficientemente à probabilidade causal, ou seja, baseada em um alto grau de probabilidade que ocorrendo um fenômeno hipotético, um determinado efeito jurídico acontecerá por consequência. Ulisses Lopes de Sousa Júnior²⁰⁴ destaca:

... os dados estatísticos constituem ferramentas idôneas para diagnosticar a implementação de medidas estruturantes, afinal, medidas estruturantes seguem um modelo experimental. (...) Ademais, na fase de supervisão, a confecção de relatórios periódicos contendo dados sobre o percentual de cumprimento das medidas é imprescindível para que se verifique o acerto ou desacerto da decisão, bem como a necessidade de novo planejamento e nova estratégia.

A instrução poderá ser feita recorrendo a documentos, especialmente por aqueles instrumentos que estiveram presentes durante a realização do inquérito civil. O CPC de 2015 adotou a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, conforme o disposto no §1º do art. 373 permite de maneira mais flexível a inversão do ônus da prova. Assim, caberá ao autor comprovar os indícios do problema estrutural, enquanto o réu deverá demonstrar o devido funcionamento da instituição.

Nos litígios estruturais que tenham como objeto central a concretização de direitos sociais positivos, exigindo aplicação de cifras orçamentárias para a reforma orgânica, é comum que o argumento utilizado pelo réu seja o da inviabilidade financeira, não sendo este motivo plausível para a violação *ad eternum* de direitos fundamentais. Caberá ao requerido demonstrar em que medida o orçamento público está comprometido, bem como que apresente alternativas que possam dar impulso, ainda que de maneira gradativa, à reforma estrutural.

Defende-se que o argumento da falta de recursos financeiros, em verdade, justifica de maneira evidente a realização de uma reforma estrutural ao invés de inviabilizá-la. O comprometimento financeiro de uma política pública pode servir como fundamento para o

²⁰³ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: Standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, v. 43, n. 282, ago. 2018, p. 113-139. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/173394>. Acesso em 8 fev. 2022.

²⁰⁴ SOUZA JÚNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os Juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios - a prova estatística. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1130.

indeferimento de ordens individuais imediatas. Entretanto, não obstam a propositura de um plano de reestruturação de médio e longo prazo paulatino. Se faltam recursos financeiros para a implementação de políticas públicas, isso é sinal de que os poderes Executivo e Legislativo não estão desempenhando bem as suas atribuições de conformação de valores públicos constitucionais, exigindo, assim, a intervenção do Judiciário na concretização desses objetivos.

Outro questionamento passível de avaliação, uma vez fixadas as responsabilidades da reforma estrutural é investigar se as medidas jurisdicionais, essencialmente prospectivas, serão eficazes para proporcionar a reforma estrutural. A produção probatória nesse âmbito passará a ser essencialmente indiciária e estatística.

A processualística moderna não mais trabalha com a ideologia da verdade. Realidade esta que não deve diferir do processo estrutural. A Teoria da Redução do Módulo da Prova de Gerhard Walter²⁰⁵ permite que, em razão da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor (art. 373, II CPC), o julgador decida e implemente medidas jurisdicionais com base na experiência comum. Assim é possível que situações semelhantes justifiquem medidas semelhantes, ainda que o resultado delas não sejam necessariamente idênticos.

Além da prova indiciária, a prova estatística pode ser utilizada durante o processo estrutural. Problemas sobre a confiabilidade e abrangência da amostragem utilizada, metodologia utilizada e inferências realizadas a partir do resultado são pontos que influenciam nas distintas possibilidades de decisão do julgador.

Os dados estatísticos já são utilizados cotidianamente nos processos judiciais (a exemplo do exame de DNA e colheita de impressão digital). São importantes instrumentos probatórios para minimizar eventuais erros da decisão, ainda que admitidos como provas atípicas (art. 369 CPC) no ordenamento jurídico pátrio.

O magistrado durante a colheita da prova estatística, segundo Maurício Correia de Melo²⁰⁶, deverá atentar para a fiscalização de alguns pontos: (a) a amostragem foi adequadamente selecionada para representar o universo pretendido; (b) as perguntas são objetivas evitando enviesamento de respostas; (c) os dados levantados foram descritos de

²⁰⁵ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985.

²⁰⁶ MELLO, Maurício Correia de. A prova da discriminação por meio da estatística. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, DF, v. 15/18, n. 15/18, p. 157-164, 2006/2009. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/75840>. Acesso em 5 ago. 2022.

maneira precisa; (d) resultados são compreensíveis e espontâneos; (e) a pesquisa foi elaborada por agentes com expertise e (f) admitir eventuais probabilidade de erros.

Em razão da imprevisibilidade de como as medidas judiciais se comportarão nos sistemas e sub grupos sociais afetados, haverá a necessidade de constante revisão dos resultados. Assim afirma Arenhart, Osna e Jobim²⁰⁷:

As tutelas preventivas, então, são o domínio da probabilidade. As provas são realizadas para a obtenção de juízos de probabilidade e a própria decisão (ou, mais amplamente, a solução dada é calcada em mera probabilidade. Exigir juízos de certeza neste ambiente é exigir da situação mais do que ela pode oferecer e, portanto, é inviabilizar a atuação jurisdicional nesses casos. Considerando, no entanto, que a tutela preventiva é expressamente tutelada pela Constituição - que de forma explícita garante o acesso à justiça às lesões e também às ameaças de lesão (art. 5º, inc. XXXV) - exigir certeza nesses casos é formular exigência manifestamente inconstitucional. Por isso, quando se diz que a tutela para o futuro é o campo dos juízos de probabilidade, quer-se dizer que a única forma de compatibilizar a teoria da prova que governa esse tipo de processo com as exigências constitucionais é aceitar que o máximo que se conseguirá, aqui, é um juízo de mera probabilidade.

A fundamentação das medidas estruturantes com base em provas indiciárias devem ser fundamentadas com base em evidências fortes, ainda que virtual, de que as providências adotadas possuem algum nexos causal capaz de solucionar o estado de violação de direitos. Destarte será comum que dois magistrados obtenham conclusões e previsões distintas para situações de reformas estruturais similares.

Em razão da imprevisibilidade dos comportamentos e consequências das medidas judiciais adotadas durante a reforma orgânica, a colheita de provas ultrapassará a fase de conhecimento para também estar presente durante a execução estrutural por meio das “decisões em cascata”. Assim o que é marcante nessa etapa é que, independente da decisão, esta fase não exaure a função jurisdicional, mas dá início a um estágio mais duradouro de implementação das medidas necessárias para a transformação sistêmica.

²⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 152.

5.6 Decisão matriz e liquidação estruturante

A decisão estruturante é uma disposição do Estado-juiz, diante de um determinado litígio, que têm a natureza jurídica de norma estrutural visando mudanças orgânicas nas instituições violadoras de valores públicos e preceitos fundamentais. Pautada no devido processo legal e devidamente motivada para a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos como esteio do Estado Democrático de Direito.

É substancial que o magistrado preliminarmente tenha ciência da influência dos vieses cognitivos para conseguir separar suas crenças e preconceitos para proferir uma decisão racional, com base nos dados e informações sólidas colhidas durante a instrução probatória com ampla participação dos sujeitos atingidos. Assim a decisão matriz principiológica deve ser generalista a ponto de não impedir que eventuais efeitos não previstos possam ser sanados no decorrer da demanda orgânica²⁰⁸.

A fim de que o processo seja justo, é substancial que o direito processual seja adequado às necessidades do direito material em questão. Durante a implementação da reforma orgânica as circunstâncias de fato sofreram mudanças e novos impactos serão sentidos. Destarte, a sentença deve possuir uma cláusula *rebus sic stantibus* para se adaptar às peculiaridades da realidade fática.

O relatório da sentença tem a peculiaridade de não conseguir exprimir de modo completo o conflito, pois as violações constantes a direitos são dinâmicas. Em decorrência disso, no dispositivo haverá uma decisão-matriz, genérica e abstrata, fixando os limites da situação que se pretende reorganizar e posteriormente os provimentos em cascata, ao invés de uma declaração de um direito e atribuição de um bem da vida a uma parte.

Devido à complexidade do litígio, os fundamentos da decisão estruturante não estarão necessariamente vinculados ao exato pedido formulado pela parte. O magistrado deve fazer uma avaliação ampla da situação-problema considerando não somente aquilo que está formalmente posto no processo, como também as considerações apontadas nos debates

²⁰⁸ Stephen Yeazell aponta que durante o processo de dessegregação racial escolar nos Estados Unidos, pais de alunos chineses e latinos questionaram as medidas implementadas, pois a redistribuição de alunos nas escolas americanas além de prejudicar a frequência escolar estava levando alunos de origem estrangeira para escolas que não ofereciam ensino do idioma, da arte e cultura dos seus países de origem. Os alunos de origem estrangeira não queriam manter-se separados por motivos raciais, mas por fundamentos culturais justificáveis. YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School Case. **UCLA Law Review**. vol. 25, 1977, p. 244-260. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uclalr25&div=23&id=&page=>. Acesso em 5 jan. 2022.

democráticos abertos à participação popular. Há nesse caso uma expressão da ideia de “sociedade aberta dos intérpretes”²⁰⁹, como aponta Vanessa Araújo²¹⁰:

Pode-se dizer que os fundamentos da decisão judicial estrutural são fruto da concretização da “sociedade aberta de intérpretes” de um caso estrutural, cujo “círculo de intérpretes” deve ser estendido a “não apenas autoridades públicas e as partes formais (...) mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade do conflito posto em juízo.

A decisão matriz fixa um estado de coisas inconstitucional e determina a reestruturação institucional está amparada no ordenamento jurídico conforme o artigo 23 da LINDB. Este dispositivo afirma a previsão de um regime de transição, promovido este pelas decisões executivas em cascata, e sem prejuízos aos interesses gerais.

A LINDB positivou ainda as decisões consequencialistas em sede administrativa e judicial no artigo 20. É possível extrair a interpretação desse dispositivo que o administrador público não poderia se furtar da reforma estrutural sobre o simples argumento da discricionariedade administrativa. Eduardo Sousa Dantas²¹¹ observou que este veredito principiológico e generalista tem um relevante efeito simbólico abrindo espaço para que os provimentos jurisdicionais se concretizem nas etapas futuras.

Edilson Vitorelli²¹² discorre que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, assim como a Constituição Federal, adotou um consequencialismo pluralista. A Carta Magna não defende um único valor, mas assegura a diversidade, assim como a decisão consequencialista também deve admitir a ocorrência de não somente um vetor de resultados, mas diversas repercussões. Em razão disso, o retromencionado autor estabelece critérios para análise de cada um dos elementos do universo dos resultados previstos:

²⁰⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos Intérpretes na Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1997.

²¹⁰ ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas de. A sentença estruturante e o pleno acesso à justiça: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p.1127.

²¹¹ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019, p. 197-204.

²¹² VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 447-448.

... é plausível afirmar que o juiz poderia adotar o consequencialismo moderado (dado que não apenas as consequências da decisão devem ser levadas em conta), concreto (eis que enfoca as consequências concretas da decisão, não apenas as desejadas), maximizante (dado que pretende avaliar as consequências como melhores ou piores que as alternativas, não apenas como satisfatórias ou insatisfatórias), agregado (já que considera o total das consequências da decisão, o saldo das consequência positivas e negativas, não só as suas parcelas), não igualitário (porque os impactos devem ser considerados ponderando os grupos sociais sobre os quais incidem, sobretudo os mais vulneráveis, não de modo uniforme) e avesso a perdas (consequências que impõem prejuízos à sociedade devem ser consideradas mais negativas do que aquelas que impõem a não obtenção de um benefício equivalente).

Adiante Vitorelli²¹³ propõe um esquema de observância das consequências prática a serem avaliadas recorrendo a sete enunciados:

- 1) Micro Consequências: relativas às pessoas imediatamente destinatárias da decisão;
- 2) Macro Consequências: relativas ao grupo social que será impactado pela adoção da medida, sem ser dela destinatário. Isso inclui as pessoas que são excluídas da política pública e aquelas que arcam com os custos da sua implementação;
- 3) Distribuição temporal: consequências de curto, médio e longo prazo, na medida em que forem previsíveis, ou seja, que “no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos”, como pontuou o art. 3º, §2º, do Decreto 9.830/2019;
- 4) Maximização do bem-estar à luz das alternativas: maneira pela qual o ato promove o bem-estar do grupo social e dos indivíduos afetados, em comparação com outros atos que poderiam ser praticados;
- 5) Representatividade: em que medida aquele ato é desejado pelo grupo social por ele afetado;
- 6) Distribuição Social: repartição das consequências sobre os grupos sociais afetados pela decisão, com especial atenção para os grupos vulneráveis;
- 7) Economicidade: ponderação acerca das consequências econômicas da adoção ou não da decisão, em face das alternativas disponíveis e dos direitos materiais (sobretudo aqueles que têm status constitucional) do grupo social afetado pelo ato, bem como do orçamento disponível para aplicação.

Segundo Edilson Vitorelli²¹⁴, quando algum desses elementos for relevante na decisão, a alternativa deve ser ponderada com os elementos do universo das consequências previstas.

²¹³ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 449.

²¹⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 450-451.

Adverte o autor que esses recursos não fixam uma resposta pronta para o magistrado. No entanto, servem como parâmetro para julgamento em harmonia com a realidade fática em questão e auxilia o juiz na fundamentação das razões de uma consequência prevalecer sobre a outra.

Após a decisão matriz estruturante, genérica e principiológica, antes da execução do plano de reforma estrutural, é relevante que se passe por uma fase de liquidação estrutural para melhor detalhar os objetivos a serem alcançados.

A vantagem de se pensar nessa etapa preliminar à reforma estrutural e após a decisão matriz, segundo Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria²¹⁵, seria de encurtar a etapa cognitiva do processo estruturante, fixando logo o estado de coisas inconstitucional. Com isso seria possível deixar os debates maiores e abertura dialógica para traçar o plano de reforma estrutural propriamente dito.

A sentença estruturante principiológica é muito genérica e apenas atesta o estado de inconformidade institucional e violação de direitos e declara a necessidade de conformação de valores públicos. Caso ela seja muito específica, poderá limitar a amplitude da reforma, o que pode não ser desejável, considerando a possibilidade de surgimento de consequências não previstas preliminarmente.

O objetivo dessa fase é traçar de maneira mais específica um plano de reestruturação das instituições atingidas na lide. Nada impede que decisões provisórias sejam prolatadas especialmente na defesa das emergências. Estas deliberações inclusive serviram de impulso para retroalimentação do ciclo cognitivo que se seguirá até o fim da execução orgânica.

5.7 Decisões parciais de mérito e tutelas provisórias executivas em cascata

A superação da decisão de mérito única, ao final do processo, por meio das decisões parciais positivadas no artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015 facilitou a implementação de reformas estruturais no ordenamento jurídico pátrio.

A complexidade dos litígios estruturais torna difícil estabelecer por dedução a abrangência, dificuldades e obstáculos de uma ingerência judicial sobre o problema que se

²¹⁵ FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 191- 210.

busca solucionar. Assim é fundamental a constante revisão das medidas judiciais implementadas na execução estrutural.

Historicamente, o processo civil brasileiro é marcado por uma praxe na prolação de uma decisão singular de mérito. Ainda que em fase inicial, é necessário desenvolver uma prática nos tribunais e magistrados que fomente a prolação de decisões parciais de mérito que impulsionem o processo e tragam maior celeridade à resolução das lides não somente nos processos estruturantes como nas demais demandas.

O juiz deve conhecer o objeto da reforma, se aprofundando no conhecimento das instituições litigantes, como elas são organizadas, a forma de funcionamento, os problemas enfrentados, os limites de atuação de cada uma para poder traçar as possibilidades de elaboração de um plano de transformação orgânica.

Habitualmente quem mais conhece os problemas a serem enfrentados é o próprio réu. No entanto, corriqueiramente, este tem estímulos a obstar a implementação das transformações necessárias. Para isso é essencial a condução dialógica do processo, fazendo com que os sujeitos interessados participem, direta ou indiretamente, do processo levando o juiz ao conhecimento da demanda e desenvolvendo o contraditório substancial para que o juiz tenha mais informações capazes de subsidiar as medidas judiciais concretizadas.

Edilson Vitorelli²¹⁶ ressalta que há de se tomar algumas precauções para não confundir a decisão parcial de mérito com as tutelas provisórias. Enquanto as primeiras, uma vez decididas, sua cognição estará exaurida, estas são dotadas de precariedade podendo ser modificadas progressivamente.

Assim, segundo Vitorelli²¹⁷, decisões parciais de mérito devem ser de caráter geral e principiológicas e dotadas de uma cláusula *rebus sic stantibus*, a exemplo da fixação da responsabilidade do réu na lide, enquanto questões específicas devem ser pronunciadas mediante decisões provisórias passíveis de comutação.

Eduardo Sousa Dantas²¹⁸ destaca que essa decisão não é dotada de maior hermetismo, visto que comumente o estado de violação massiva de direitos fundamentais nos litígios

²¹⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 407.

²¹⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 409.

²¹⁸ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019.

estruturais são evidentes, a exemplo da decisão da superlotação carcerária. Conclui o referido autor que esta decisão parcial de mérito, em verdade, possui além do seu caráter principiológico, um efeito simbólico que norteará a efetividade dos provimentos executivos.

A decisão parcial de mérito de caráter geral servirá como elemento endoprocessual capaz de catalisar a autocomposição de conflitos, uma vez superado o estado de incertezas dos pontos decididos ainda passíveis de concretização.

A natureza precária das tutelas provisórias executivas em cascata evidenciam que a concretização da reforma estrutural ocorrerá de maneira paulatina e não necessariamente linear. Assim o magistrado, diante das contingências que lhe são apresentadas e em eventuais erros de previsão com base em provas indiciárias ou estatística, determinará novas providências capazes de reequilibrar as relações entre os sujeitos litigantes e conformar valores constitucionais e direitos fundamentais.

As tutelas provisórias em cascata permitem que se crie um processo cíclico e moldável às contingências institucionais assentindo que o magistrado e atores do litígio estrutural especifiquem as medidas judiciais que atendam da melhor forma ao caso concreto. Entretanto, estas não seriam implementadas de plano após a decisão parcial de mérito, mas implementadas graças a um procedimento progressivo de intervenção judicial.

5.7.1 Progressão das Medidas Interventivas

Melina Fachin e Caio Schinemann²¹⁹ afirmam que as intervenções judiciais podem ser classificadas em dois grandes grupos: dialogais e coercitivas. As primeiras são aquelas em que os atores, especialmente os sujeitos condenados, são chamados a participar de modo ativo na construção negociada da reforma estruturante. Estes são menos invasivos e têm primazia sobre a sobre os atos de império.

As medidas coercitivas são mais hostis que as primeiras e devem ser aplicadas de maneira subsidiária e de forma que cause menor prejuízo ao condenado. Dessa forma considerando o que Alexy²²⁰ afirma sobre os subprincípios da proporcionalidade, a

²¹⁹ FACHIN, M. G.; BUENO SCHINEMANN, C. C. Decisões Estruturantes Na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais Da Tutela Jurisdicional De Direitos Prestacionais. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 211–246, 2018. DOI: 10.21783/rei.v4i1.247. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 3 out. 2021.

²²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2ª. ed., 2015, p. 116.

necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito devem ter especial atenção, principalmente em se tratando de demandas afetas às políticas públicas de saúde, pois o Estado usualmente é o sujeito condenado e que demandará reordenação das políticas e do orçamento público. Afirmam Klatt e Meister²²¹:

interferências intensas só podem ser justificadas, se o caso concreto com base no qual ocorre a interferência estiver delineado de maneira suficientemente segura. (...) Essa argumentação é tipicamente importante em decisões referentes a prognósticos para a defesa de riscos futuros

O magistrado deve fazer o sopesamento no caso concreto com parcimônia. Quanto maior o grau de interferência estatal em um direito fundamental maior deve ser a fundamentação argumentativa desta decisão. Sendo este requisito relevante para efetivação das decisões estruturantes que possuem natureza prospectiva e prognóstica.

Destarte, o sopesamento a ser realizado pelo magistrado e a escolha pelas diversas alternativas possíveis deve ser prioritariamente feito conforme uma ordem progressiva de interferência estatal para evitar conflitos com outros problemas de preferência de direitos fundamentais igualmente legítimos. Nesse sentido afirmam Klatt e Meister²²²:

Uma margem de conformação avaliativa da autoridade estatal pode ser obtida a partir da aplicação de um controle de intensidade reduzida. O emprego desse “argumento coringa” só deve ocorrer após a discussão cuidadosa de outros argumentos; portanto, apenas depois do final das considerações sobre aquela respectiva etapa de aferição.

Remédios judiciais devem priorizar as soluções negociadas entre os sujeitos do processo. Daí surge a necessidade de que a natureza jurídica das tutelas executivas provisórias

²²¹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960>. Acesso em 01 nov. 2022.

²²² KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960>. Acesso em 01 nov. 2022.

seja de caráter não definitivo para que as negociações possam acontecer de maneira mais adequada às contingências institucionais.

Uma vez não realizada autocomposição das medidas judiciais a serem implementadas para a composição do litígio, há de o magistrado estar atento para impulsionar o processo e garantir o cumprimento da decisão de mérito valendo-se do seu poder de império. Estando inseridos nessa possibilidade a ordenação de instrumentos atípicos, baseado nos artigos 139, IV e 536, §1º ambos do CPC/15, como destacam Fredie Didier e Hermes Zaneti²²³.

A utilização de instrumentos atípicos deve ser feita com parcimônia pelo magistrado para que não torne a obrigação excessiva ou inexecutável. A utilização do princípio de proporcionalidade pode servir para avaliar se as medidas são equilibradas evitando que o juiz profira medidas excessivamente rígidas ou desnecessárias.

Essa atipicidade dos provimentos judiciais pode ser interpretada como um ponto positivo para coagir o réu a concretizar a reforma estrutural o mais rápido e eficiente possível. No mesmo sentido, seria possível o requerido sugerir medidas mais brandas ao magistrado à medida que o plano estrutural esteja sendo concretizado com eficiência.

Medidas indutivas para pressionar o réu na implementação de planos de execução da reforma estrutural devem ser priorizadas antes das medidas de sub-rogação. As formas de coerção indireta podem ser positivas ou negativas. Na proposta de evolução de intervenção paulatina do Judiciário em temas afetos a políticas públicas, entende-se que, *a priori*, deve o juiz fixar medidas positivas. Oferecer benefícios ao ordenado caso ele coopere com a realização da reforma estrutural fornece um ambiente mais propício ao diálogo intersetorial dos atores.

Não alcançado resultados satisfatórios, passasse a etapa de fixação de medidas indutivas negativas. A fixação de astreintes para que os requeridos apresentem planos de reestruturação institucional é um exemplo prático permitido no ordenamento jurídico. Assim minimiza argumentos de ativismo judicial desmedido e violação ao princípio da separação dos poderes.

²²³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n.1, jan-apr, 2017, p. 46-64. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/revista/article/download/138/129> . Acesso em 12 ago 2021.

Desta forma, uma vez passado por estas etapas preliminares e não obtido sucesso na realização da reforma estrutural estará o magistrado legitimado a proferir tutelas provisórias executivas em cascata de caráter sub-rogatório à atuação dos requeridos.

Observa-se desse modo que as decisões provisórias em cascata permitem que questões urgentes e de curto prazo possam ser decididas ainda na fase cognitiva. Em razão da cláusula *rebus sic stantibus* nada impediria que os primeiros provimentos judiciais proferidos em caráter emergencial possam ser revistos, reajustados ou retirados do plano estrutural. Didier, Zaneti e Raphael Alexandria²²⁴ afirmam ainda que se no curso da execução estrutural houver fato novo capaz de influenciar na apreciação do mérito seria cabível a reinterpretção dos pedidos da inicial para que o juiz possa readequar os planos preliminarmente traçados, em congruência com o artigo 493 do Código de Processo Civil.

Para que as medidas progressivas sejam concretizadas deve as informações entre os sujeitos litigantes e o juízo acontecer de forma quantitativa e qualitativamente eficiente. O magistrado pode ordenar a confecção de relatórios periódicos para acompanhamento das diligências e audiências públicas, por exemplo. Meios eletrônicos, principalmente com a pandemia COVID-19 catalisou a regulamentação do uso das tecnologias pelos tribunais brasileiros. Assim é possível o acesso à informação de maneira oral, imediata e com base no princípio da informalidade.

A nomeação de peritos judiciais para fiscalizar o cumprimento dos provimentos executivos em cascata é um instrumento que pode ser utilizado para impulsionar a reforma orgânica, além de ampliar o caráter técnico das intervenções pontuais. No mesmo sentido, a criação de comitês plurais, com representantes dos subgrupos atingidos e não atingidos, participação de representantes de instituições permanentes, a designação de pessoal responsável por área de apoio especializado do ente réu podem ser instrumentos eficazes para avaliar a concretização do plano estrutural.

Para que a ação seja democrática e aberta ao diálogo popular deve os sujeitos envolvidos terem informação adequada a respeito do andamento e execução dos provimentos jurisdicionais. Assim, além das audiências públicas e dos instrumentos de representação do processo, é preferível que durante o trâmite da reforma orgânica o magistrado determine a divulgação dos acontecimentos de forma ativa, evitando decisões surpresas em face dos

²²⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v. 8, n.1, jan-apr, 2017, p. 46-64. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/revista/article/download/138/129> . Acesso em 12 ago 2021.

cidadãos atingidos pelas medidas. Panfletos, cartazes, criação de sites, grupos de comunicação via aplicativos para *smartphones* e divulgação de matérias na imprensa podem atender a esse pressuposto.

É possível que durante a implementação das medidas reestruturantes prestações individuais sejam necessárias, especialmente aquelas de caráter urgente. O processo estrutural tem o seu arquétipo do processo coletivo, o qual, comumente, ao interpretar os artigos 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor, afirma que a execução deve ser feita de maneira individualizada pelos requerentes.

É necessário fazer a interpretação adequada e sistêmica desse instituto, como já foi feito pelo STF na ADPF n.º 165, a qual defendeu a possibilidade de uma execução coletiva mandamental. Exigir execuções individuais provavelmente retardará a transformação social pretendida, o que poderá trazer ainda maiores consequências antes não previstas, sob pena de desfazer os benefícios sociais até então alcançados. O art. 4.º do CPC/15 assegura a atividade satisfativa em tempo razoável, assim como o artigo 139, IV do mesmo diploma permite ao juiz utilizar de meios atípicos para a tutela específica do direito material.

Destarte, a melhor interpretação para as prestações individuais no contexto das reformas estruturais é de que elas podem ser executadas preferencialmente de maneira coletiva, em razão do princípio da economia processual, devendo ser obstadas quando trouxerem prejuízos à reparação efetiva dos valores públicos que alvo da demanda.

Cumprido ressaltar, desse modo, que os processos estruturantes comumente terão que lidar com reparação de danos decorrente de fatos pretéritos e soluções prospectivas. Eventuais provimentos específicos devem ser ponderados pelo magistrado de maneira conglobante com as medidas generalistas. Como destaca Vitorelli²²⁵ o julgador deve, “(...) na medida do possível, estabelecer parâmetros para atendimento das pessoas cujas lesões presentes são mais severas em simultâneo, avança-se para a reforma futura”.

Ressalte-se ainda que terceiros não participantes do processo podem vir a sofrer impactos em razão dos provimentos estruturantes em cascata. A probabilidade de terceiros não participantes do processo serem atingidos por uma decisão judicial não é algo novo. É necessário distinguir parte em sentido formal (aqueles que estão formalmente no processo) e na concepção material (indivíduos que tangenciam a circunstância fática objeto da lide e são

²²⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 496.

de algum modo afetados). O artigo 109 do CPC deixa evidente que a decisão a respeito de bem alienado no curso de um processo atinge o adquirente. Os incidentes de resolução de demandas repetitivas (art. 985 CPC) e os recursos repetitivos (art. 1.040 CPC) possuem efeito similar. No controle de constitucionalidade difuso proferido pelo STF é possível decisões com efeitos *erga omnes*.

É intrínseco ao Poder Jurisdicional o caráter cogente de suas decisões. Desse modo não há que uma parte argumentar que não possa sofrer efeitos em razão de um provimento jurisdicional. Contudo, como já destacou Chiovenda²²⁶, a parte não poderá ser prejudicada juridicamente sem ter sido dada a oportunidade dela se manifestar nos autos. Esta ideia está associada ao princípio da vedação à decisão surpresa positivado no CPC/15.

Arenhart, Osna e Jobim²²⁷ defendem que no caso de haver a necessidade de prolação de uma decisão em caráter urgente em contraditório diferido em face de terceiros é necessária a observância de três princípios:

- a) princípio da necessidade. De acordo com esse pressuposto, a ponderação dos interesses, com a limitação de certa garantia fundamental, só é legítima na medida em que essa restrição seja, de fato, imprescindível para harmonizar os direitos fundamentais em choque. É dizer que, no caso concreto, a legitimação da restrição do contraditório só se justifica na medida em que outro interesse, também relevante, não possa conviver de modo pacífico com aquela garantia, se estendida em sua plenitude. Ao lado disso, considera-se o princípio da adequação, considerado como a ideia de a “medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins);
- b) princípio da proibição de excessos: Por essa regra, a restrição operada na garantia fundamental não pode ir além do mínimo necessário para permitir a realização do outro interesse a ser protegido. Evidentemente, entra aqui em cena o princípio da proporcionalidade, como critério de definição do valor relativo dos interesses em conflito e da extensão da limitação a ser imposta a cada um. A limitação a ser atribuída ao direito fundamental deve conter-se apenas ao essencial para a preservação do outro interesse. Nesse sentido, estabelece o art. 18, n.2, 2ª parte, da Constituição portuguesa, que ‘as restrições a direitos, liberdades e garantias devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’;
- c) princípio da proteção do núcleo essencial. Por fim, importa considerar que a interpretação que visa à adequação das garantias em choque não pode conduzir à eliminação (ou à subtração da essência) de um dos interesses, em benefício do outro.

Concluem os autores que não existe uma ordem preferencial entre os direitos, os quais devem ser avaliados de maneira condicionada no caso concreto para averiguar se de fato a

²²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de derecho procesal civil**. Tomo II. Madrid: Reus, 1925, p. 430.

²²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 281-282.

restrição ao contraditório antecipado seria viável para a prolação de provimentos que possa tolher o exercício de alguma liberdade de um terceiro, sendo indiscutível a oportunidade de oferecimento de contraditório a posteriori daquele afetado pela medida.

5.7.2 Intervenção Judicial Progressiva

Seguindo a ordem de intervenção progressiva do Judiciário na implementação da reforma estrutural, é possível que em um dado momento, ante a inércia dos requeridos seja necessária a implementação de medidas sub-rogatórias, a exemplo da intervenção judicial.

A lei Antitruste, lei n.º 12.529/11 positivou no artigo 102 e seguintes, a possibilidade de o juiz nomear um interventor judicial para substituir o poder de administração das pessoas jurídicas nas situações de abuso de poder econômico. Por intermédio da cláusula de atipicidade das medidas executivas para a satisfação das tutelas específicas, é possível utilizar esse instituto para os casos além das situações antitruste, especialmente para execução de reforma estrutural. Nesse sentido destaca Rodrigo Gismondi²²⁸:

A intervenção judicial é o mecanismo mais representativo das denominadas medidas estruturantes, podendo ser conceituada como o meio executivo destinado à efetivação das prestações judiciais a ser empregado quando os mecanismos tradicionais, típicos e atípicos, não tiverem surtido o efeito desejado. Enquanto que as medidas estruturantes são representadas por diversos mecanismos de fiscalização e atuação sub-rogatória, a intervenção judicial está relacionada à atuação sub-rogatória mais incisiva, com a inserção de agente auxiliar do juízo dentro da própria atividade exercida, não se limitando à fiscalização e acompanhamento contínuo.

Defende-se que o recomendado, a depender da avaliação do caso concreto, é que a forma de intervenção judicial ocorra de maneira progressiva para evitar excessos e decisionismos. Para isso, Luiz Fernando Pereira²²⁹ propõe a classificação de três formas de intervenção: fiscalizatória, cogestora e expropriatória (ou substitutiva).

A intervenção judicial fiscalizatória é aquela que possui menor interferência judicial. Nela o interventor possui a atribuição de fiscalizar as medidas do gestor para o fiel

²²⁸ GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de interesse público e medidas estruturantes**: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018, p. 255-256.

²²⁹ PEREIRA, Luiz Fernando C. **Medidas urgentes no direito societário**. São Paulo: RT, 2002.

cumprimento dos provimentos jurisdicionais. Em razão do caráter cíclico das medidas executivas e necessidade de constante fiscalização, é natural que o juiz já delegue pessoas responsáveis por esta fiscalização, podendo inclusive utilizar-se dos serventuários da própria justiça, a exemplo de peritos e oficiais de justiça para avaliação frequente das injunções.

Outra espécie de intervenção judicial é a co-gestora, em que há maior interposição judicial que a fiscalizatória. O administrador da instituição mantém-se na gestão, mas cabendo ao interventor conformar as decisões judiciais à gestão nata da instituição. Nessa modalidade é possível vislumbrar os ideais dialógicos e democráticos próprios da natureza dos processos estruturantes.

Por fim, a intervenção mais radical é a expropriatória ou substitutiva, a qual defende-se que deva ser a *ultima ratio*. Nesta hipótese o interventor substitui o gestor original até que a reforma seja concretizada. Em casos de extrema gravidade e violação a direitos fundamentais daqueles sujeitos mais próximos ao núcleo do problema estrutural este poderá ser um remédio necessário para tentar solucionar com maior brevidade os casos urgentes e nas situações em que o gestor se recusar a dar cumprimento às decisões judiciais. Entretanto, defende-se que esta medida seja adotada somente em curto período, devendo logo que possível o juiz retroceder nas intervenções judiciais, sempre reavaliando a necessidade de instauração de instrumentos sub-rogatórios à medida que a transformação sistêmica for sendo concretizada.

5.8 Coisa julgada e o fim dos processos estruturantes

Há um aparente paradigma nesse posicionamento. Se a cognição e execução se retroalimentam, qual seria o fim da reforma estrutural? Uma das funções do Judiciário é oferecer segurança jurídica à sociedade, o que segundo o processo civil tradicional decorre da ideia de coisa julgada. Por razões de utilidade social, é recomendável oferecer estabilidade às sentenças.

Diante de problemas complexos, mutáveis e das implementações cíclicas de medidas jurisdicionais seria possível fixar estabilidade aos provimentos estruturais? Como limitar a discussão de uma demanda perante o próprio Estado?

Primeiramente, há de se ponderar que as decisões judiciais, segundo o CPC/15, possuem diferentes graus de estabilidade. A coisa julgada, tradicionalmente, somente pode ser

constituída segundo os critérios da ação rescisória capitulados no artigo 966 da legislação adjetiva ou para alegar a “justiça da decisão” (art. 123). A sentença homologatória pode ser desconstituída segundo o §4º do art. 966 CPC. O regime de estabilização das tutelas provisórias satisfativas (art. 304) admite revisional de conteúdo aberto e a cláusula *rebus sic stantibus* nas tutelas provisórias. Logo, não há um regime unívoco de estabilidade processual no ordenamento jurídico vigente.

Eduardo Couture²³⁰, revisando a ideia de coisa julgada, afirma que esta não é um fim, mas um instrumento para alcançar objetivos: a paz social, a ordem, a segurança e os valores do Direito. Quando esses propósitos não são atingidos, novas lides serão ajuizadas no Judiciário travestidas de outras demandas. Arenhart, Osna e Jobim²³¹ advertem que a ação rescisória e ação de *querela nullitatis* exemplificam como os instrumentos processuais são utilizados para desconstituir decisões judiciais para assegurar os valores públicos constitucionais.

Além disso, fixar um marco temporal hermético para a indiscutibilidade da transformação orgânica seria contraproducente, pois levaria ao efeito prático de a parte, a cada mutação da realidade fática, ter que abrir uma nova ação judicial para rediscutir o caso.

Outro argumento é de que a fluidez da estabilidade da demanda (art. 329 CPC) e da mutabilidade da coisa julgada também podem trazer benefícios ao réu. É possível que após ordenação de alguma medida interventiva, o réu questione este posicionamento com base na inadequação de determinações anteriores, o que seria econômico para o réu.

Cass Sunstein e Timur Kuran²³² informam ainda que a flexibilidade da coisa julgada pode corrigir eventuais vieses correlacionadas à heurística da disponibilidade. No caso de uma proposta de intervenção estar mais em voga perante a opinião pública, é provável que esta se demonstre mais plausível de ser implementada. Entretanto, pode acontecer de surgirem efeitos imprevisíveis quando da sua formulação. Desse modo somente com a fluidez da estabilidade dos provimentos estruturantes seria possível corrigi-la.

²³⁰ COUTURE, Eduardo **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª ed. Buenos Aires: Delpama. 1958, p. 39-40.

²³¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 234.

²³² KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass. Availability cascades and risk regulation. **Stanford Law Review**, v. 51, p. 683-768, 1999.

Antonio do Passo Cabral²³³ propõe um conceito amplo de coisa julgada, em que a ideia de segurança jurídica é pautada não somente nos fatos pretéritos, mas também pensado de maneira prospectiva. Nesse sentido, Arenhart, Osna e Jobim²³⁴ afirmam que:

... é importante que o sistema jurídico preveja uma “zona de movimentação e alteração”, capaz de balancear, de modo consistente, “a proteção de um *minimum* de continuidade ao lado de uma esfera marginal de mudança sistematicamente autorizada. O equilíbrio entre essas posições há de lançar mão de um balanceamento de interesses - que deve considerar as necessidades de permanência e de alteração - eventualmente recorrendo a medidas compensatórias, a exemplo das regras de transição. Há, assim, a criação de um modelo de permanência tendencial, que assegura a estabilidade (a priori) da situação criada pela decisão judicial, atenuada por um regime de continuidade que assegure modificações suaves, sempre que necessário. Para tanto, impõe-se a preservação das expectativas legítimas e das prognoses futuras, tudo à luz da observância forte e adequada da garantia do contraditório. O modelo, então, transforma a ideia de estabilidade própria da coisa julgada, de um sistema estático e enclausurado - insensível às relações sociais e aos contornos do direito material - em um sistema em que a segurança jurídica é assegurada por meio de interações dinâmicas e argumentativas.

Assim, os processos estruturantes caracterizam-se por ser um modelo democrático, interinstitucional e experimentalista. A cada nova decisão o juiz poderá rever a situação para averiguar se a situação violadora de direitos que se pretende reestruturar conseguiu atingir a sua finalidade. Essa acontecerá por intermédio dos provimentos estruturantes em cascata.

Esses provimentos caracterizam-se por uma metodologia de erro-acerto do magistrado, o qual profere uma medida injuntiva para tentar solucionar parcela do problema estrutural. Esta intervenção será avaliada após um lapso temporal para averiguar se seus objetivos foram alcançados. Em caso positivo, passa-se a nova etapa da transformação orgânica. Entretanto, não atingido os objetivos, o juiz deve rever a medida em um ambiente dialogal para analisar uma nova medida conforme os valores públicos constitucionais.

É possível extrair a mutabilidade dos provimentos estruturantes em cascata segundo a dicção do artigo 505, I do CPC/15, o qual autoriza novos julgamentos em alteração de fato ou de direito de relação jurídica de trato continuado, ou seja, a expressão da cláusula *rebus sic stantibus*. Os litígios estruturais comumente versam sobre políticas públicas permanentes, as quais acabam gerando situações jurídicas continuadas no tempo.

²³³ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

²³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 241.

Diante disso indaga-se qual seria o fim de um processo estrutural, considerando a fluidez da coisa julgada. Provavelmente, uma decisão final repentina, por si só, não teria esse efeito, considerando a dilação temporal dos provimentos executivos e da análise institucional complexa.

Há de se atentar para a possibilidade de retrocesso das conquistas no caso de uma extinção prematura da demanda estrutural, o que poderia agravar futuras medidas orgânicas e desestimular a sociedade e as instituições ao ajuizamento de novas ações dessa natureza. Necessário pensar em critérios materiais para tanto.

Considerando a natureza subsidiária interventiva do Poder Judiciário em políticas públicas, uma das noções basilares que podem surgir é de que o processo estruturante tem fim quando as instituições conseguirem readequar, por si só, a conformação dos valores públicos envolvidos no litígio estrutural. É possível que nessa situação os litigantes tenham absorvido os ideais propugnados pelo Judiciário e esteja conseguindo conduzir de maneira autônoma as transformações sistêmicas, não existindo mais interesse de que exista a ação perante o Judiciário.

A situação não ideal seria a da constatação de que as medidas de intervenção não surtiram efeitos e as partes litigantes concordarem com a extinção do feito perante o Judiciário e, eventualmente, a busca de uma solução negociada extrajudicialmente.

Arenhart, Osna e Jobim²³⁵ afirmam ainda que outra possibilidade de extinção do processo estruturante seria em do desuso, ou seja, situações em que a sociedade evoluiu a um nível em que as medidas estruturais não mais seriam necessárias ou estariam ultrapassadas, a exemplo das ações de readequação institucional dos “manicômios”. Advertem os autores, que a caducidade das medidas pode resultar em novas violações de direitos, sendo ideal que existam instrumentos fiscalizatórios externos dos requeridos para evitar consequências deletérias.

Dierle Nunes²³⁶ enaltece a necessidade de entender os processos estruturantes como instrumento processual para resguardar os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito:

²³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 247-252.

²³⁶ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 258.

Precisamos, de uma vez por todas, perceber o impacto das concepções dinâmicas dos direitos fundamentais para o direito processual, de modo a permitir a obtenção de resultados eficientes e legítimos para os cidadãos que clamam por um acesso à justiça revigorado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático. (...) É a partir desse pressuposto que se deve tematizar e entender o processualismo constitucional democrático como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual) e de percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.

Os processos estruturantes, apesar de dilatados no tempo, necessitam ter um fim. Não é produtivo democraticamente que o Judiciário sempre intervenha nas demandas típicas dos demais Poderes. Desta forma, o papel do magistrado é conduzir o processo para promover um impulso político-social autônomo das instituições na busca de conformação de valores públicos constitucionais fundamentais de modo a satisfazer a pretensão deduzida na lide.

6. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988: POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITO SUBJETIVO E DEMANDISMO JUDICIAL

A CF/88 dá especial atenção à saúde, sendo expressamente positivada como um direito social fundamental no artigo 6.º. A compreensão inicial do “direito à saúde” não é tarefa simplória. Ambos os termos, “direito” e “saúde”, são expressões plurissemânticas deixando evidente a profusão do tema.

O conhecimento vulgar, por vezes, confunde o “direito” com as noções axiológicas de “justiça”. Norberto Bobbio²³⁷ declara que o conceito de direito que mais se aproxima da teoria política é aquele que o define como um ordenamento normativo com objetivo de regular as relações sociais e a institucionalização da sanção em decorrência da violação a essas normas. Nicola Abbagnano²³⁸ define “direito” como sendo uma técnica, que se concretiza em um conjunto de regras, que visa a coexistência social.

Nesse sentido, “direito” estaria associado a normas de comportamento humano perante um grupo social. Desse modo surge um aparente paradoxo com a expressão “direito à saúde”, a qual é costumeiramente empregada para tratar do direito subjetivo de exigir uma prestação. Para analisar essas distinções é relevante ponderar preliminarmente as balizas constitucionais a respeito do tema.

6.1 Direito fundamental à saúde na CF/88

A Magna Carta de 1988 enuncia no inciso III do artigo inaugural que um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito é a “dignidade da pessoa humana”. Adiante, no *caput* do artigo 5, taxativamente declara o direito à vida como um direito fundamental. Logo em seguida, no artigo 6.º, o direito à saúde é taxado como direito fundamental social. À frente o Texto Maior, no dispositivo 196, afirma o dever do Estado de garantir a saúde a todos.

Outro preceito relevante a ser considerado no tratamento do tema da saúde é sobre o federalismo. Este tem como uma de suas principais atribuições a repartição de competências e autonomia de seus entes. Com base nesta última característica é possível perceber que não

²³⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 349.

²³⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 278.

existe hierarquia entre os entes federados, conforme decidido em diversas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal.

A desconcentração de poder catalisa a democracia de um país, bem como permite aos entes menores mais próximos das contingências humanas tomarem atitudes para solucionar os problemas por políticas e serviços públicos. É denominado por Diogo de Figueiredo como princípio da subsidiariedade federativa²³⁹: aquilo que o ente menor conseguir solucionar de forma mais rápida, econômica e eficiente não deve ser realizado pelo ente maior.

Observa-se que a Constituição Federal, com seu modelo de federalismo cooperativo, estabeleceu que as medidas de saúde são de competência concorrente, seja para legislar (art. 24, XII, §1º), seja para executar políticas públicas nesta seara (art. 23, II). A saúde está inserida topograficamente no capítulo da “Ordem Social” e é expressamente classificada como uma espécie do gênero seguridade social, nos termos do artigo 193 da CF/88.

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 garante a saúde como um “direito de todos e dever do Estado”, nas esferas federal, estadual e municipal, mediante a promoção, proteção e recuperação da saúde graças às políticas públicas. Para o alcance deste objetivo foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), regionalizado, hierarquizado internamente em cada ente federativo e com competências específicas distribuídas por todos os entes federativos.

Para especificar e distribuir as competências dos integrantes do Sistema Único de Saúde, foi editada a Lei Orgânica da Saúde para regulamentar o artigo 197 da CF/88, lei n.º 8.080/90. Esta lei declara a competência do SUS para controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, bem como executar as ações de vigilância sanitária, epidemiológica e as da saúde do trabalhador.

No que lhe concerne, o direito à saúde está positivado como um direito fundamental social, conforme o artigo 6.º, *caput* da Carta Magna e ratificado no artigo 2.º da Lei Orgânica do SUS. Percebe-se que não somente as expressões analisadas de forma isolada como uma interpretação sistema do arcabouço constitucional denota um aparente antagonismo para entender o significado da expressão direito à saúde. Em momentos significando algo individual e em outros dispositivos algo de relevo coletivo.

²³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A desmonopolização do poder. **Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 6 (Direito Político), 2000.

Destarte, percebe que o ordenamento jurídico ora trata a saúde como uma política pública, ora como um direito subjetivo. Nesse cenário questiona-se em que medida o Judiciário poderia intervir nas relações daí advindas sem ferir os demais princípios republicanos.

6.2 Direito à saúde como política pública

Saúde como política pública é correlacionar os múltiplos espectros de interesses da sociedade e dos fatores reais de poder, são ferramentas de atuação dos governantes e do poder coativo do Estado com o fim de garantir a coesão social. Nesse sentido Ana Luiza d'Ávila Viana²⁴⁰ destaca:

Ou seja, um Estado existe em função de um interesse maior, da própria sociedade, e será a expressão daquilo que cada sociedade almeja. Nesse sentido, falar de política pública é falar de Estado, de pacto social, de interesses e de poder. A política pública é o Estado em ação, o processo de construção de uma ação governamental para um setor, o que envolve recursos, atores, arenas, ideias e negociação.

Desta forma, não há como definir juridicamente de forma estanque as políticas públicas em razão da natureza essencialmente contingencial destas. Elas possuem uma organização estatutária intrincada decorrente de diversos instrumentos normativos e distintas esferas de poder. Maria Paula Dallari Bucci²⁴¹ afirma:

Os modos de exercício do poder se transformaram, em nome da proteção aos direitos e aos valores da cidadania, da democracia e da sustentabilidade ambiental, o que passou a reclamar a integração das dimensões política e jurídica no interior do aparelho de Estado, combinando as esferas da Administração Pública e do governo; a política imbricada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regada pelo direito. A face política do governo vai se revestindo cada vez mais de uma tecitura jurídica.

²⁴⁰ VIANA, Ana Luiza d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Análise de políticas de saúde. *In*: GIOVANELLA, Lígia et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012, p. 71.

²⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 24.

Essa simbiose entre políticas públicas e o caráter jurídico imperativo iniciou-se no começo do século XX e com o Constitucionalismo Social. Com a transição do Estado-Nação essencialmente liberal para o *Welfare State*, as Constituições dos países passaram a positivizar algumas prestações sociais como direitos fundamentais. Este movimento proporcionou que temas afetos às políticas públicas adentrassem à agenda jurídica. Como destaca Saulo Pivetta²⁴², a constitucionalização de direitos sociais das instituições políticas passaram a ser vinculadas aos preceitos da Lei Fundamental impactando diretamente na concretização das políticas públicas.

Assim, serviços públicos antes conhecidos por serem essencialmente políticas passaram a ter uma conotação jurídica passíveis de controle judicial. Políticas públicas assim representam ferramentas de concretização de direitos fundamentais sociais. As políticas de saúde estariam assim associadas a um conjunto de ações estatais no fornecimento de prestação de serviços públicos voltados para a integridade física dos cidadãos. Nesta acepção, o Judiciário só seria legitimado a intervir nos casos de controle da execução, escolhas e resultados das políticas públicas.

6.3 Direito à saúde como direito subjetivo

Saúde como direito subjetivo está fundamentada na Constituição, como regra de maior envergadura do ordenamento jurídico, a qual assegura um dever do Estado de garantir um estado de perfeição da saúde aos seus cidadãos. Nesse sentido, é possível falar ainda que o direito à saúde possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A dimensão objetiva do direito à saúde parte da premissa de que a Constituição assegura a todos os cidadãos o direito a prestações positivas estatais para garantir a plena saúde. Logo, independentemente de uma situação concreta, existe um dever jurídico geral do Poder Público de materializar ações que visem resguardar as políticas públicas de saúde.

A dimensão subjetiva do direito à saúde é aquela que trata da perspectiva individual, ou seja, o direito de pleitear a realização da prestação à saúde. Assim, caberia ao Judiciário assegurar a concretização dessas determinações constitucionais. Eros Grau²⁴³, por exemplo,

²⁴² PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁴³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 311-315.

defende que os direitos sociais seriam naturalmente espécies de direitos subjetivos. Visão esta a qual não se acredita viável em razão de ordem prática: no caso de falta de recursos para atender aos cidadãos, todos deveriam ser atendidos, ainda que os recursos fossem retirados de outras políticas públicas. Sarlet²⁴⁴ destaca “negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de — qual toque de Midas — gerar recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real”.

Ingo Sarlet²⁴⁵ adverte que o princípio da reserva do possível, apesar de não justificar todas as hipóteses de ausência de prestação estatal, deve ser objeto de ponderação daquilo que pode ser efetivamente praticado. Desta forma haveria uma relativização do direito subjetivo para garantir o mínimo existencial, o qual possui núcleo duro e intangível. Uma vez ultrapassado este, haveria tão somente um direito subjetivo *prima facie* a ser analisado no caso concreto.

Mínimo existencial não pode ser confundido como mínimo vital, pois vai além deste. Segundo Ana Paula de Barcellos²⁴⁶, o mínimo existencial pode ser extraído do rol objetivo e preferencial positivado na Constituição Federal, como direito à educação, saúde básica, assistência social e acesso à justiça. Pensamento passível de críticas, pois estabelecer um rol hermético para o mínimo existencial seria esvaziar a sua capacidade de conformação e adaptação ao caso concreto e a infinitude de situações de concretização da dignidade da pessoa humana reduzindo a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O mínimo existencial, segundo Ricardo Lobo Torres, seria conteúdo nuclear dos direitos fundamentais, o qual pode sofrer limitações conforme as circunstâncias:

Em casos de extrema injustiça ou insegurança decorrentes de subversão da ordem pública, de guerra e de calamidades públicas ocorrem ofensas à vida e à dignidade humana que não podem ser evitadas pelo Estado e nem geram a sua responsabilidade civil, pois não é ele um segurador universal.²⁴⁷

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 372.

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 371-376.

²⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

²⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 115.

Destarte para a melhor compreensão da relação entre reserva do possível e mínimo existencial, é indispensável estabelecer algumas premissas básicas. A Constituição de 1988 é democrática, principiológica, axiológica (suas normas devem conter substancialmente elementos essenciais de justiça), e isonômica. Os direitos sociais precisam ser concretizados, sob pena de injustiça aqueles que necessitam da assistência estatal, como destaca William Paiva Marques Júnior²⁴⁸:

De acordo com os aportes oriundos do constitucionalismo clássico entende-se pela ausência de interferência do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos. O Estado Democrático e Social de Direito requer uma judicatura engajada e comprometida com os valores e princípios consagrados em nível constitucional, em especial nos direitos fundamentais sociais. Hodiernamente não mais se admite a ausência de controle jurisdicional sobre a atuação do Poder Executivo. Como corolário de tal constatação tem-se a necessidade crescente de uma análise das políticas públicas de direitos sociais pelo Poder Judiciário o que o torna proativo e compromissado com as metas estatais. A supressão dos direitos fundamentais sociais do texto constitucional, sem dúvida, enfraqueceria a posição dos integrantes da sociedade civil organizada na reivindicação desses direitos junto aos governos federal, estaduais e municipais (Andreas Krell, 2002, pág. 28). Sob a óptica tradicional entende-se que a simples previsão em texto constitucional não realiza o direito fundamental social, ou seja, o reconhecimento empírico não implica necessariamente em efetiva realização. A partir do compromisso estabelecido dos poderes constituídos com a eficácia das normas reconhecidas nas constituições, exsurge o Poder Judiciário como o grande agente, o responsável pelas correções de distorções que, por muitas vezes, se perpetuam por séculos através da realização de políticas públicas que materializam os direitos fundamentais sociais.

Além disso, o problema da escassez de recursos deve ser ponderado. A concretização de direitos sociais e o princípio republicano da isonomia esbarram em algumas barreiras como: a homogeneidade dos bens materiais, a divisibilidade social e a escassez. Jon Elster²⁴⁹ afirma que ainda que o bem não seja escasso, o tratamento heterogêneo pode gerar conflito de interesses sociais e divisibilidade social, a exemplo da alta demanda dos hospitais públicos frente a subutilização de postos de saúde. A escassez pode ser natural ou artificial: a primeira é aquela em que não é mais possível retirar o produto (a exemplo da extração de petróleo); a segunda é uma justificativa política do governo, sendo possível a sua superação.

²⁴⁸ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do Neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos Direitos Fundamentais Sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Máxima Efetividade. In: Terezinha de Oliveira Domingos; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas I. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01, p. 371-400. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96b8ee525c85be84>. Acesso em 30 out. 2022.

²⁴⁹ ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russell Sage Foundation, 1992, p. 21-24.

Estas dificuldades fáticas causam um problema de assimetria na prestação de serviços públicos sociais, especialmente na área da saúde. O dilema de ordem moral diante da insuficiência de recursos e preservação da vida comumente é tratado em primazia deste último. Entretanto, o crescente número de ações individuais com o objetivo de garantir o direito à saúde gera reflexo em outras políticas públicas tão quanto essenciais.

Fundamentar os problemas orgânicos do sistema de saúde brasileiro à mera escassez artificial de recursos financeiros aproxima-se à precificação da vida, o que seria eticamente questionável. As necessidades humanas na busca de saúde são ilimitadas. Entretanto, isso não implica em desconsiderar o custo financeiro e seus efeitos nas demais políticas públicas, ainda mais quando a Carta Magna enuncia o direito à saúde como universal.

Esses fatores de diferenciação na abordagem da temática do direito à saúde se contrapõem aos ideais de ética e liberdade médica: o profissional da saúde deve atuar de maneira livre para prescrever o tratamento mais adequado a seu paciente independente dos custos, conforme destacam Aaron e Schwartz²⁵⁰.

Socialmente é possível ainda constatar o “efeito Buchanan”²⁵¹ no sistema de saúde brasileiro: a assistência pública gratuita enfrenta situações crônicas de excesso de demanda, todavia o eleitor e contribuinte resiste em aceitar as inferências tributárias. Os pacientes que se sentem desassistidos são tendenciosos a processar médicos. Estes, para evitar dissabores, por vezes, optam por prescrever cirurgias, exames, internações desnecessárias que oneram os custos da saúde.

Assim, observa-se que para uma visão reduzida do direito à saúde como um direito subjetivo, uma vez resguardados estes, é papel do Judiciário zelar pelo efetivo cumprimento da Magna Carta. Esta atribuição, contudo, deve ser temperada, conforme afirma Gustavo Amaral²⁵²:

A noção de justiça e moralidade, qualquer que seja, deve levar em conta não apenas um catálogo de “boas intenções”, aspirações legítimas ou utopias distantes, mas sim

²⁵⁰ AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. **The Painful Prescription: Rationing Hospital Care.** Washington: The Brookings Institution, 1984.

²⁵¹ ROBERTS, J. A. The National Health Service in the UK: From Myths to Markets. **Health Policy and Planning**, vol. 4, no. 1, 1989, pp. 62–71. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/45088780>. Acesso em 6 set. 2022.

²⁵² AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-144. p. 124.

os resultados concretos que se pode antever para o sentido. Ademais, as soluções justas para o caso devem ter por substrato a enunciação de normas com um mínimo de generalidade e um nível ao menos adequado de não contradição. Pretender que haja direitos cuja efetivação concreta dependa de recursos finitos a despeito da disponibilidade dos recursos, não nos parece atender a tais requisitos. Dizer “que todos sejam atendidos” é discurso legítimo no campo dos atores sociais. Todavia, quando tais pessoas estão investidas na qualidade de atores jurídicos, mormente estatais, e se está presente um quadro de falta de elementos objetivos para o atendimento, nos parece mister apontar a origem dos meios e os critérios de escolha.

A consequência dessas causas paradoxais é a judicialização da saúde e a transformação do Poder Judiciário em um alocador de recursos, em novo arranjo da teoria dos “freios e contrapesos”.

6.4 Demandismo Judicial

O modelo processual civil tradicional potencializa as disputas em demandas individuais. O que por vezes é negligenciado por parte do Judiciário é que outras questões igualmente singulares não são questionadas privando terceiros de recursos necessários para a satisfação de outras políticas públicas.

A arquitetura do processo civil brasileiro do potencializa as tutelas individuais daqueles que possuem maior acesso à informação, gerando assim um desequilíbrio do sistema de saúde e das políticas públicas. Destarte, as demandas singulares dos hipervulneráveis e com maiores dificuldades de acesso ao Judiciário acabam sendo prejudicadas ou até esquecidas diante das ordens judiciais em face daqueles que conseguem acessar o Judiciário.

O constante aumento de casos individuais no Judiciário para garantir a efetivação do direito à saúde, em verdade, demonstra que as decisões judiciais pouco têm influenciado na formulação e mudanças de políticas públicas. Além disso, a realidade percebida por Sunstein e Ullmann-Margalit²⁵³ é de que as deliberações no dia a dia pouco são pautadas pelos métodos complexos de adjudicação.

Motivação das decisões em processos individuais costumam ser baseadas em princípios, direitos humanos suprapositivos. A teoria do mínimo existencial, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, na concessão de medidas judiciais para resguardar o direito à

²⁵³ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. *In*: SUNSTEIN, Cass. **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge, 2000, p. 192.

saúde é pouco conclusiva. Decisão cuja base a fundamentação exclusiva nesse critério, em verdade, é paradoxal, pois concretiza tutela prestacional de modo seletivo, em detrimento da isonomia coletiva. Isto, contudo, possibilita a ocorrência de decisionismos e discricionariedades por parte do julgador.

A tutela jurisdicional de direitos prestacionais não deve ser dada exclusivamente por critérios materiais e conceitos jurídicos abertos, como o mínimo existencial. O direito à saúde reflete a garantia ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. O atendimento do direito fundamental à saúde demanda altas cifras do numerário público. Entretanto, a escassez não pode ser utilizada de maneira vã a reduzir o aparato do SUS em razão de um argumento simplório de reserva do possível. Isto seria equivalente a reduzir a dignidade da pessoa humana.

Como destaca Canotilho²⁵⁴, os direitos sociais não podem ser relegados a segundo plano. As omissões legislativas e de políticas públicas devem ser suprimidas pelas instituições para que a vida digna dos cidadãos não seja condicionada aos "cofres cheios". As decisões judiciais em sede de processos estruturantes devem ser bem construídas de forma racional para evitar arbitrariedades dos julgadores. Da mesma forma que os efeitos práticos, especialmente os de caráter orçamentário precisam ser fundamentados adequadamente.

A dificuldade dos magistrados nas reformas orgânicas está em se racionalizar uma decisão de concretização de prestações estatais na área da saúde que não implique em uma desmedida intervenção judicial, mas que também não implique na perpetuação de um estado de violação a direitos fundamentais dos indivíduos.

O objetivo dos processos estruturantes é tentar fazer com que haja, de alguma forma, uma conformação entre o que é decidido de maneira individual e esteja em harmonia com a perspectiva coletiva. Estas decisões, por seu turno, deverão ser construídas de forma complexa considerando as múltiplas demandas e sujeitos envolvidos em torno da reforma orgânica da saúde.

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 481.

Melina Fachin e Caio Schinemann²⁵⁵ entendem que dois vetores de justificação dos processos estruturantes são os princípios da subsidiariedade (externa e interna) e da proporcionalidade.

A subsidiariedade externa significa que os processos estruturantes devem atuar somente quando os demais atores sociais e políticas públicas não funcionar de modo reiterado ou permanecer inerte. A dimensão externa inclusive foi mencionada na audiência pública da saúde, que determinou vetores de interpretação sobre o acesso à saúde e o Judiciário: “existindo omissão na implementação da política estatal estabelecida, o direito subjetivo do cidadão faz se presente, restando ao Judiciário determinar o cumprimento daquela”²⁵⁶. O sentido interno da subsidiariedade expressa que os provimentos jurisdicionais devem adotar prioritariamente instrumentos dialogais para a construção autocompositiva do conflito. Provimentos imperativos devem ser utilizados como *ultima ratio*.

A proporcionalidade²⁵⁷ deve balizar as decisões dos processos estruturantes em todos os seus aspectos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estudos de Matthias Klatt e Moritz Meister²⁵⁸ tentaram esmiuçar os ensinamentos do Alexy e o princípio da proporcionalidade.

Primeiramente é preciso que o julgador investigue o objetivo pretendido na decisão e se ele se adequa ao caso concreto para, adiante, verificar se a finalidade é juridicamente admissível. O magistrado pode vislumbrar duas espécies de objetivos legítimos: os “valores coletivos absolutos” ou princípios constitucionais (os quais são cogentes para as autoridades públicas) e “valores coletivos relativos”, a exemplo da discricionariedade dos agentes políticos para a execução de políticas públicas. Assim é substancial que o julgador dentre as possibilidades possíveis averigue primeiramente se os objetivos e meios empregados são legítimos.

Dado que os objetivos e meios da decisão que se pretende produzir são legítimos no ordenamento jurídico, passa-se ao exame do requisito seguinte: a adequação. Esta estará

²⁵⁵ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Decisões Estruturantes na jurisdição Constitucional Brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, vol 4, 2018, p. 211-246.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública da Saúde**, realizada entre os dias 27/4/2009 e 7/5/2009.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2ª. ed., 2015, p. 115-117.

²⁵⁸ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960>. Acesso em 01 nov. 2022.

configurada quando a opção escolhida como alternativa decisória alcançar ou pelo menos fomentar o objetivo pretendido. As duas primeiras máximas da proporcionalidade, assim, são como justificativas internas de aferição formalmente neutra e aplicabilidade universal, segundo Klatt e Meister²⁵⁹.

A necessidade refere-se à existência de alternativas menos gravosas para a realização de idênticos resultados deve ser sempre investigada. Mediante um juízo hipotético, o decisor irá averiguar se existem outras formas de atingir o objetivo legítimo. Deste modo é imprescindível comparar os efeitos do meio alternativo hipotético com as prováveis consequências do meio que se pretende ser efetivamente empregado. Existindo mais de uma possibilidade igualmente legítima, adequada e com semelhante grau de restrição aos direitos fundamentais, o magistrado estará no juízo de discricionariedade para escolher a saída que conglobante que entender mais efetiva, desde que devidamente fundamentada.

O último estágio de aferição do princípio da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento, ou ponderação, em que o julgador deve apresentar uma construção argumentativa racional, persuasiva e coerente do caso concreto, com base nos itens anteriores sendo imprescindível uma ampla competência argumentativa diante da pluralidade de valores contrapostos envolvidos. Assim quanto maior a interferência estatal em um direito ou garantia individual, maior deverá ser a racionalidade argumentativa da decisão.

O critério da proporcionalidade é de vital importância, pois está correlacionado à ideia de mutualidade. Este princípio está inserido na Constituição Brasileira de maneira implícita no capítulo da Seguridade Social, da qual a saúde é uma espécie. As obrigações entre o Estado e os assistidos pelo Sistema de Saúde Pública devem ser recíprocas e proporcionais, respeitando a ideia do equilíbrio econômico-financeiro.

O princípio da solidariedade presente na seguridade social e na saúde possui reflexos na mutualidade. É necessário um olhar conglobante da situação violadora de direitos para que as decisões judiciais individuais não sejam abusivas aos direitos da coletividade. Nesse sentido relevante se faz a discussão do foro competente para a prolação da decisão estruturante em temas de saúde.

²⁵⁹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960>. Acesso em 01 nov. 2022.

Roberto Gargarella²⁶⁰ e Rodríguez-Garavito²⁶¹ observaram que, nos países latino americanos, que a internalização dos processos estruturantes estão associados à concretização de direitos de viés social diante da omissão dos atores políticos. Com a constitucionalização dos direitos sociais, como o direito à saúde, os processos estruturantes passaram a ter forte teor simbólico e axiológico emancipador de direitos. Desta forma, com tais premissas, é fundamental perquirir qual seria o juízo apto a proferir decisões estruturantes sobre a saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

6.5 Tribunais Regionais Federais e a competência para a prolação das decisões estruturantes sobre a saúde

Apesar de não ser posicionamento unívoco, Marco Félix Jobim²⁶² defende que o Supremo Tribunal Federal seja o foro apropriado para a tomada de decisão dos processos estruturantes. Para o referido autor, a multipolaridade e complexidade dos litígios orgânicos demandaria a necessidade de resolução por um órgão jurisdicional dotado de amplos poderes mediante controle concentrado de constitucionalidade, sendo o controle difuso utilizado de forma excepcional.

Destacam Fachin e Schinemann²⁶³, o STF é órgão apropriado para as decisões estruturantes, mas não seria o único. Relatam ainda que os litígios orgânicos comumente tratam de questões com reflexos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos que extrapolam os interesses subjetivos do processo, conforme disposto no §1º do artigo 1.035 do CPC, podendo ser assim alvo de questionamento em sede de Recurso Extraordinário na Suprema Corte, o que não ocorreria de modo excepcional.

Os principais argumentos dos retromencionados autores para a defesa de instâncias ordinárias como as mais adequadas para a prolação dos provimentos estruturantes decorrem de motivos de natureza prática. Esses processos demandam ampla participação popular, o que

²⁶⁰ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Buenos Aires: Katz, 2014.

²⁶¹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, vol. 89, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em 13 out. 2022.

²⁶² JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 165.

²⁶³ FACHIN, M. G.; BUENO SCHINEMANN, C. C. Decisões Estruturantes Na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais Da Tutela Jurisdicional De Direitos Prestacionais. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 211–246, 2018. DOI: 10.21783/rei.v4i1.247. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 3 out. 2021.

dificultaria os trabalhos na Corte Constitucional Brasileira. Outro motivo seria o excesso de trabalho e falta de estrutura do STF para enfrentamento dessas questões.

Apesar de compreensíveis os argumentos de Melina Fachin e Caio Schinemann é necessário ponderar outras razões de ordem jurídica para averiguar o foro competente para a resolução de litígios estruturais, especialmente em temas afetos à implementação do direito à saúde.

Os processos estruturantes são formados por uma decisão principiológica que declara o estado de violação de direitos e define os responsáveis para a superação desta condição. As lides orgânicas comumente possuem reflexos que ultrapassam o âmbito local, sendo maior parte delas de âmbito regional ou até nacional. Destarte, teria um juiz de 1º grau condições de proferir uma decisão desta natureza sem deixar de considerar o efeito sistêmico em outras regiões? Inúmeras comarcas estão com déficit de juízes, servidores e sobrecarga de trabalho. Teria o magistrado condições de garantir o contraditório substancial necessário nos processos estruturantes?

A Constituição Federal atribui competência comum da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios para a execução (art. 23, II) e legislar (art. 24, II) sobre políticas públicas na seara da saúde. A Lei n.º 8.080/90 atribui a descentralização político-administrativa (art. 7.º, IX) dando prioridade aos municípios na execução dos serviços públicos de saúde. Enuncia ainda a Lei Orgânica do SUS uma responsabilidade financeira, tecnológica, material e humanas de todos os entes federativos.

Além dos dispositivos citados acima, há outras legislações que denotam a necessidade de um diálogo federativo nas ações em defesa da saúde, a exemplo da Lei que disciplina a participação popular no SUS e as transferências de recursos financeiros (Lei n.º 8.142/90) e a Lei Complementar n.º 141 de 2012 que trata da aplicação dos recursos mínimos na área de saúde.

Assim considerando a autonomia dos entes federativos, o impacto orçamentário dos processos estruturantes e os diversos instrumentos de federalismo cooperativo existentes na legislação brasileira para a execução de políticas públicas, entende-se que a decisão matriz principiológica que fixa a responsabilidade dos sujeitos litigantes deve ser fixada, *a priori*,

por um tribunal. Decisão esta que, segundo Arenhart²⁶⁴, delimita “o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema” de forma global.

Especialmente em temas afetos à seara da saúde, em razão da competência concorrente e presença de interesses da União, interpreta-se que o órgão de menor escala para a decisão desses questionamentos seriam os Tribunais Regionais Federais (TRF's). A competência inicial pode ser deduzida inicialmente pela existência de interesse jurídico em temas da saúde, especialmente considerando que o orçamento público da saúde é consideravelmente abastecido pelos cofres federais, logo de competência da Justiça Federal (art. 109, I CF). Excepcionalmente, não havendo interesse da União a competência poderia ser deslocada de maneira análoga ao Tribunal de Justiça local, segundo o artigo 45 do CPC/15. Nesse sentido Matheus Galdino²⁶⁵ afirma:

Verificando tratar-se de caso que envolve a necessidade de uma uniformização nacional(regional) acerca do objetivo das medidas de isolamento, mas cuja implementação ocorrerá em diversas realidades a prática da cooperação judiciária por delegação (art. 236, §2º do CPC) permitirá que a primeira fase processual seja decidida por tribunais de competência mais ampla (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) sendo a segunda fase processual conduzida pelo juízo local de primeiro grau, ante a maior proximidade com os fatos e titulares dos interesses tutelados e/ou afetados pelo plano de enfrentamento da pandemia.

Um dos problemas da tomada de decisão pelo recebimento de uma petição inicial que trata de processo estruturante são as influências dos vieses relacionados à heurística de ancoragem-ajustamento na decisão judicial. Um juiz que tenha um grande volume de trabalho estará mais propenso a proferir decisões individuais do que reformas orgânicas complexas e duradouras. A competência da Justiça Comum Estadual e o volume de processos é maior que o da Justiça Federal²⁶⁶.

²⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**: RePro, v. 38, n. 225, nov. 2013. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/78930>. Acesso em 21 out. 2021. p. 392.

²⁶⁵ GALDINO, Matheus Souza. A competência adequada nos Processos Estruturais e o direito brasileiro. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

²⁶⁶ O relatório Justiça em número de 2022 apontou que em 2021 foram ajuizados na Justiça Estadual 19.581.103 novos processos, enquanto na Justiça Federal foram 4.386.386. Os números especificamente nos tribunais estaduais foram de 2.624.080, enquanto nos tribunais regionais federais foram 480.513.

Desta forma, entende-se que os Tribunais Federais Regionais possuem um maior potencial a proferir decisões estruturantes na área da saúde de melhor qualidade se comparado com os tribunais estaduais que já estão abarrotados de causas a resolverem.

A proposição defendida não é a de que somente os Tribunais Regionais Federais seriam os competentes para praticar todo e qualquer ato jurisdicional em uma demanda estrutural da saúde, mas sim que a decisão matriz principiológica, que determina o estado de coisas inconstitucionais e fixa as diretrizes e limites de atuação devam ser proferidas por estes órgãos jurisdicionais podendo demais medidas jurídicas serem delegadas para outros juízos, seja de natureza federal ou de natureza estadual, por meio dos instrumentos de cooperação jurídica nacional (art. 67 a 69 CPC/15).

Como foi visto em tópicos anteriores as espécies de decisão jurídica judicial podem ser divididas em: (I) decisão matriz principiológica; (II) decisão de liquidação estruturante; (III) decisões parciais de mérito e (IV) tutelas provisórias executivas em cascata. Argumenta-se que as duas primeiras devam ser proferidas por um órgão de maior hierarquia, no sentido administrativo, do que os juízos singulares.

A decisão matriz principiológica tem a função principal de maneira rápida, mediante provas gerais, avaliar se um dado litígio estrutural está em desconformidade com os valores públicos fundamentais. A decisão de liquidação estruturante possui a finalidade de fixar os princípios e diretrizes bases que as futuras demandas judiciais necessitam corrigir, mas sem tratar de modo específico quais obrigações serão executadas.

Essa distinção entre decisão matriz principiológica e liquidação estruturante, permite que os requeridos que serão condenados tenham a oportunidade de, desde o início, recorrer das primeiras decisões judiciais, enquanto faz com que a instrução probatória da decisão matriz estrutural não demande uma instrução probatória vigorosa, mas comprovações gerais.

O litígio estruturante da saúde brasileira não está concentrado em um único local, mas sim é um problema federalizado, como os estudos de caso sobre a pandemia covid-19 demonstraram adiante nesse estudo. Para que as medidas possuam maior coordenação e eficiência técnica e orçamentária, defende-se que os Tribunais Regionais Federais, em razão da sua competência material para tratamento de assuntos que envolvem orçamentos públicos federais, deva ser o competente para proferir a decisão matriz principiológica e a liquidação

estruturante. Essa decisão estaria em similitude a ideia de moldura normativa proposta por Kelsen²⁶⁷.

As decisões parciais de mérito e as tutelas provisórias executivas em cascata podem e devem ser delegadas aos juízos singulares, federais ou estaduais, que estarão mais próximos das questões locais. As decisões parciais de mérito conseguem dar início a implementação progressiva de medidas estruturantes, as quais serão fixadas por intermédio tutelas provisórias executivas em cascata. A natureza jurídica destas decorre, como visto anteriormente, da necessidade que os processos estruturantes precisam da utilização do método de tentativa-erro-acerto. Assim dado início a fase de implementação da execução estruturante por uma decisão parcial de mérito, devem ser determinadas tutelas provisórias e uma vez implementadas e constatadas a correção dos fatores alvos de recomposição institucionais será proferida uma nova decisão parcial de mérito dando fim a uma fase e dando início a outra etapa de implementação de novas medidas sistêmicas.

É necessário considerar que a demanda estrutural da saúde brasileira terá uma série de pedidos, ora gerais, ora específicos. Em uma macro visão, defende que a competência deve permanecer com os TRF's para prolação dos limites, mas nada impede que os juízes federais ou estaduais singulares possam proferir decisões parciais, ou tutelas provisórias executivas em cascata, pois estes estarão mais próximos das partes e conseguiram proferir determinações mais céleres e adequadas ao caso, mas desde que em conformidade com os limites traçados pela decisão matriz principiológica e liquidação estruturante do Tribunal Federal.

Os juízes singulares poderão realizar audiências públicas e deverão fiscalizar a representação qualificada e conduzir os diversos instrumentos de abertura dialogal para que seja possível dar maior celeridade à resolução dos problemas. Os instrumentos mencionados em linhas anteriores poderão ser utilizados seja pelos Tribunais, seja pelos juízos singulares. Não existirá aqui qualquer relação de hierarquia ou subordinação para a utilização dos instrumentos processuais adequados à efetivação da tutela orgânica.

O caso Brown I, foi marcado pela fixação do estado de desconformidade dos valores públicos. Somente a partir de Brown II, a Suprema Corte norte-americana delegou que os juízes federais passassem a adotar medidas nos Estados que visassem diminuir a segregação escolar. Esta decisão do Supremo Tribunal Americano não fixou de maneira detalhada quais

²⁶⁷ KELSSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

medidas deveriam ser implementadas, dando margem de liberdade para que os juízes locais passassem a averiguar o caso conforme as necessidades locais. Assim a defende-se que deste modo reforma estrutural da saúde terá organicidade e eficiência técnica e orçamentária.

Essa possibilidade inclusive está alinhada com a ideia de atos concertados entre juízos para efetivação dos provimentos judiciais executivos (art. 69 do CPC), especialmente quando a demanda não foi detectada desde o início como estrutural, mas somente no cumprimento de várias sentenças individuais. Nela é possível vislumbrar a centralização de demandas que tratam de problemas sociais sistêmicos e assim evitar a pulverização das execuções dos provimentos judiciais em cascata.

A heurística da ancoragem e do ajustamento trata do papel passivo do julgador no seu cotidiano, ao contrário da postura proativa necessária para a transformação orgânica, a qual requer muitas vezes uma atuação do julgador similar a de um representante do Poder Executivo ou do Legislativo no trato com as demais instituições atingidas pela reforma estrutural pretendida. Apesar de existirem magistrados com boa vontade em querer mudar a realidade social é necessário ir além e criar mecanismos e organização do Judiciário para fomentar as mudanças sistêmicas.

Desse modo a criação de Câmaras Especializadas nos Tribunais Regionais Federais diluiria os trabalhos dos desembargadores responsáveis e seria possível criar índices de produtividade especialmente destinados às reformas estruturantes. Os processos originados para este foro não estariam assim vinculados a uma tentativa de “saída fácil”. Além disso, a decisão colegiada de temas socialmente orgânicos tem maior probabilidade de reduzir os vieses cognitivos no caso de o julgamento ser prolatado por tão somente um julgador, diminuindo assim os custos dos erros do veredito.

Os TRF 's possuem considerável quadro de servidores, estruturas físicas e condições de logística mais adequadas a proporcionar o contraditório substancial e o devido acesso à justiça. Além disso, a competência territorial dessas Cortes ultrapassam o âmbito estadual (ao invés dos Tribunais de Justiça) proporcionando a deliberação de decisões com maior organicidade em âmbito regional.

Apesar de juízes singulares a todo instante proferirem decisões dos diversos ramos do direito, a divisão institucional dos tribunais em Câmaras Privadas e Públicas evidenciam a organização e especialidade de seus julgadores. Assim como ocorre em outras demandas

coletivas, a concentração da competência no tribunal permite que a demanda estrutural seja avaliada em sintonia com argumentos levantados em outras lides coletivas favorecendo a uniformização da jurisprudência.

Outro argumento para a defesa desta competência está na diminuição dos erros e custos de uma decisão. Existe uma falsa argumentação de que o Judiciário não seria legitimado a proferir decisões em processos de intervenção em políticas públicas. Em sendo decisão proferida por um colegiado de julgadores, diminui-se a concentração da decisão perante um só julgador e as críticas sobre eventuais decisionismos e discricionariedades da reforma estruturante.

A defesa da competência originária dessas lides nos Tribunais Federais traz maior celeridade para a resolução dos conflitos orgânicos. Considerando que os processos estruturantes sejam decididos por juiz de 1º grau, a quantidade de recursos cabíveis será muito maior caso o processo se inicie originalmente em um Tribunal. Do ponto de vista subjetivo, defende-se que a presença de autoridades de maior grau na organização do Poder Judiciário, a exemplo dos desembargadores, podem auxiliar no diálogo intersetorial entre os sujeitos litigantes para uma autocomposição do conflito.

Em casos de demandas que tenham efeitos supra regionais, a causa poderá ser decidida pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I “g” da CF) ou pelo STF nos casos de conflito federativo (art. 102, I “f” da CF), assim como alguns dos eventos enfrentados durante a pandemia COVID-19 nos anos de 2020 e 2021.

Há de se questionar as possibilidades de construção dessa nova competência dos Tribunais Regionais Federais. A priori, a edição de uma emenda constitucional para incluir no rol do artigo 108 da Constituição Federal essa competência ou por intermédio de edição de lei federal determinando certamente não traria dúvidas. Contudo, é pertinente pensar se é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro vigente uma interpretação que permita de imediato essa competência aos Tribunais Regionais Federais.

O caráter conglobante dos litígios estruturantes que permeiam a saúde, o Sistema Único de Saúde Brasileiro por ser organicamente federalizado e hierarquizado (art. 198 CF/88) e a dotação orçamentária por ser em grande parte composta de orçamento público da União já comprovam a possibilidade dessa nova competência. A natureza jurídica dos litígios estruturais por serem litígios irradiados complexos denota a possibilidade de ocorrência de

conflitos de competência entre juízes federais, conforme estipulado no artigo 108, I, alínea “e” da CF/88.

Fredie Didier²⁶⁸ afirma que o artigo 55, §3º do CPC/15 proporcionou uma forma flexível de conexão não trazida pelos CPC/73, a qual denominou de “conexão por prejudicialidade”. A decisão matriz estruturante precisa delimitar os pontos fulcrais que deverão ser solucionados durante a execução estruturante. As decisões singulares em torno da saúde, conforme tratado anteriormente, denotam a falta de organicidade e prejuízo à isonomia e ao orçamento público, o que denota a necessidade de conexão dessas ações em um órgão jurisdicional capaz de proferir decisões vinculantes aos juízes singulares.

A atuação não coordenada dos entes federativos durante a pandemia COVID-19 demonstrou a necessidade de um juízo natural adequado central que tenha a capacidade de organizar os provimentos jurisdicionais para concretizar transformações efetivas. Há assim a necessidade de flexibilização da regra da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 43 CPC), para atribuir a competência a um órgão jurisdicional territorialmente mais amplo, quando da prolação da decisão matriz principiológica e delegando aos juízos singulares alguns provimentos específicos mais próximos a fatos e aos sujeitos litigantes.

Assim verifica-se que os Tribunais Regionais Federais possuem melhores condições de serem o foro de origem para litígios da demanda da saúde, especialmente para proferir decisões de mérito principiológica e generalista. O caráter supralocal desses órgãos judicantes permite que os provimentos judiciais consigam ser melhor coordenados de maneira conglobante com eventuais necessidades de medidas locais sem destoar de outras ingerências.

²⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, 261.

7. DECISÕES DO SUPREMO DURANTE A PANDEMIA COVID-19

A partir desse ponto serão vistos alguns julgados prolatados durante a pandemia coronavírus (COVID-19) perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Os julgados tiveram como corte temporal inicialmente o mês de março de 2020, quando constatado o primeiro caso da doença no Brasil, até o final do ano de 2021.

Em verdade, percebe-se que os julgados estão vinculados mais a ações com pedidos pontuais e específicos, não tendo natureza prospectiva de tentar solucionar os problemas da saúde. A urgência das medidas em razão da disseminação e elevado número de mortes pode ter sido um fator primordial para não se pensar nesta situação em processos estruturantes. Essa espécie de ação requer tempo para ser implementada, o que contrasta com a imprescindível adoção de provimentos de forma imediata para o socorro das vítimas. Verifica-se, contudo, a partir dos julgados quais os principais problemas de natureza urgente que devem ser avaliados para a concretização de uma reestruturação institucional do Sistema Único de Saúde brasileiro.

7.1 Limitações orçamentárias e direitos prestacionais no combate à pandemia

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar n.º 101/2000, fixa mecanismos de contenção das despesas públicas. O artigo 14 limita a concessão de benefícios tributários e renúncia de receitas. Nos enunciados 16, 17 e 24 há instrumentos que declaram formas de contenção de ações que acarretem aumento de gastos governamentais. A Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020, lei n.º 13.898/2019, trouxe previsões similares a estas no artigo 114. Diante da necessidade de criar políticas públicas para conter os impactos econômicos e sanitários da COVID-19, o Presidente da República ajuizou a ADI n.º 6.357²⁶⁹ para abster-se das imposições da LRF durante a pandemia coronavírus.

O Ministro Alexandre de Moraes deferiu em sede cautelar o pleito para declarar inexigível estes regramentos considerando a excepcionalidade da situação epidemiológica e econômica que o Brasil estava passando, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, manutenção do emprego e saúde pública. Decisão esta que foi referendada em

²⁶⁹ SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343> . Acesso em: 5 mar. 2022.

plenário. Entretanto, com a edição da Emenda Constitucional n.º 106/2020²⁷⁰, que instituiu o “Orçamento de Guerra”, a referida ação de controle de constitucionalidade foi extinta por perda superveniente de objeto.

A importância deste julgado reside na revisão do dilema da reserva do possível e na concretização dos direitos fundamentais de natureza prestacional. Para a implementação das demandas do direito à saúde, foi necessário aos entes federativos solicitar maiores verbas para o funcionamento das estruturas físicas dos aparelhos de saúde, além da contratação de pessoal para atender a alta procura de pessoas internadas durante a pandemia, além de outras buscas de cunho material, a exemplo da concessão de medicamentos. Observa-se que aquele que interpôs a referida ação objetiva de controle de constitucionalidade foi o Chefe do Executivo da União. Paradoxalmente, os argumentos para a não concretização dos direitos sociais partem principalmente dos requeridos competentes na execução de políticas públicas sob a alegação de limitação de recursos financeiros.

A ADI parece evidenciar os argumentos expostos por Jon Elster. O Estado, conhecido por ser o principal litigante do Judiciário brasileiro, cria alegações de escassez de modo artificial para fundamentar determinadas escolhas políticas. Esta justificativa evidencia-se pelo fato de o governo, apesar de há anos divulgar déficit público, nos momentos de maior necessidade conseguiu criar ingerências políticas para superar crise do seu interesse. Ora, se existem recursos financeiros para o atendimento de atos supervenientes e imprevisíveis, não há razão para se obstar a realização de reformas orgânicas de natureza prestacional que são efetivadas de maneira paulatina e progressiva. A não concretização dos direitos sociais, nesta ótica, em verdade decorre da falta de interesse político dos detentores de poder em realizar determinados direitos fundamentais.

7.2 Escassez de leitos hospitalares

Uma das principais ações ajuizadas no período da pesquisa possivelmente foi a ADPF n.º 671²⁷¹. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) alegou que apesar das diversas providências que o governo federal estavam adotando no combate à pandemia, existia um

²⁷⁰ **EMENDA Constitucional no 106.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm . Acesso em: 5 mar. 2022.

²⁷¹ **SUPREMO Tribunal Federal.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884983> . Acesso em: 5 mar. 2022.

estado de “absoluta insuficiência” para resguardar o direito à saúde e à vida. É possível constatar algumas características de lide estrutural segundo as palavras do requerente:

Deparamo-nos, pois, com um quadro de violação maciça e persistente, bem como de absoluta ineficácia estrutural das políticas públicas de saúde em cenário que impõe urgente atuação dos Poderes Públicos, a demandar a adoção de providências sistêmicas em face de lesões aos elencados preceitos fundamentais, bem como a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Nesses termos, dada a magnitude da pandemia, e as consequências desastrosas e exponenciais para a nossa sociedade, impõe-se a procedência da presente ação, não se podendo aguardar, por uma obviedade, a perpetuação e a cristalização da histórica falência do sistema público de saúde brasileiro, acidulado pela pandemia decorrente do “novo coronavírus”, SARS-Cov-2, Covid-19 (“coronavírus disease”). A falha no acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, a despeito das previsões constitucionais e infraconstitucionais nesse sentido, é notoriamente histórica no Brasil e ganhou ainda mais evidência e contornos ainda mais fatais com a pandemia decorrente do “Covid-19”, que acidulou o cenário de grave e massiva violação de direitos fundamentais e sociais, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas de saúde. Em outras palavras, os efeitos sistêmicos da pandemia decorrente do “Covid-19”, a acarretar, conforme reconhecido pelo Ministério da Saúde, o colapso do sistema de saúde nas ²⁷²próximas semanas, impõem a adoção de técnicas decisórias em sede de controle concentrado de constitucionalidade para a solução de grave e massificada afronta aos preceitos fundamentais elencados, isso em razão do “estado de inconstitucionalidade” grave e permanente que assola, historicamente, o sistema de saúde brasileiro e que assumiu feições particularmente marcantes no cenário atual. Portanto, o cenário impõe a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, o que decorre, historicamente, das graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais, as quais assumiram consequências particularmente catastróficas.²⁷³

A pandemia COVID-19, especialmente no que pertine ao Sistema de Saúde Brasileiro, se não já eram explícitos os problemas conjunturais anteriores à crise sanitária, tornou latente a visibilidade em torno dessa problemática e a premente necessidade de adotar providências urgentes para tentar superar o estado de calamidade pública em razão da crise sanitária global. Um dos problemas históricos do SUS está na baixa quantidade de leitos em hospitais. Se antes da pandemia este já era considerado um problema estrutural, com o surto de coronavírus o índice de internações sofreu aumento expressivo levando a saturação das vagas em hospitais públicos.

²⁷² SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5884983> Acesso em 16 mar. de 2022.

²⁷³ SUPREMO Tribunal Federal. Consultar Processo Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5884983> . Acesso em: 5 mar. 2022.

Uma das medidas para o enfrentamento da COVID positivadas na Lei n.º 13.979 de 2020 é a requisição de bens e serviços de pessoas naturais ou jurídicas, tecnicamente conhecida por requisição administrativa. Segundo o PSOL, o governo federal deixou de adotar esse instrumento de combate à pandemia por questões políticas, prejudicando assim o direito à saúde. Relatou ainda o requerente que essas providências foram adotadas em outros países, como a estatização de fábricas de remédios na Itália e de hospitais na Espanha.

Existe uma séria desproporção na disponibilidade de leitos de UTI no Brasil, se comparada a rede privada com a pública. Segundo estudos, apenas 25% da população brasileira tem acesso a 56% dos leitos particulares, conquanto cerca de 75% da população brasileira é assistida por 44% das vagas no SUS²⁷⁴. Consoante a recomendação da OMS, a quantidade mínima recomendada é de 3 a 5 leitos a cada mil habitantes. A média do SUS é de 2,1, enquanto na Alemanha a média é de 13,7 e no Japão 8,2²⁷⁵. Apesar de o Brasil não estar tão longe da recomendação mínima, existe uma desproporção entre a rede privada e a pública, além de desigualdade na distribuição territorial, posto que apenas 10% dos municípios brasileiros²⁷⁶ possuem a quantidade mínima recomendada.

A referida ação foi julgada improcedente especialmente por duas alegações: uma de (a) ordem formal: a existência de outros instrumentos judiciais e não cumprimento do requisito da subsidiariedade da ADPF; e (b) material: pelo princípio da separação dos poderes, para que o Judiciário não interviesse em demandas de políticas públicas.

No fim do ano de 2020 a União passou a desativar alguns hospitais de campanha e leitos de UTI criados diretamente para atendimento dos acometidos da doença pandêmica. Em fevereiro de 2021, o número de casos da COVID-19 aumentou novamente sendo necessários o retorno de leitos de UTI, o que foi solicitado por meio das ações civis originárias de n.º

²⁷⁴ MAIS PROCURADO, SUS tem apenas 44% dos leitos de UTI do país. **Exame**. Disponível em: <https://exame.com/brasil/mais-procurado-sus-tem-apenas-44-dos-leitos-de-uti-do-pais/amp/> . Acesso em: 16 ago. 2022.

²⁷⁵ **AHSEB**. Disponível em: <https://www.ahseb.com.br/segundo-oms-ideal-e-ter-de-3-a-5-leitos-para-cada-mil-habitantes-no-brasil-indice-medio-e-de-24/> . Acesso em: 16 ago. 2022.

²⁷⁶ SÓ 10% das cidades do país têm a quantidade mínima de leitos segundo OMS. **Exame**. Disponível em: <https://exame.com/brasil/so-10-das-cidades-do-pais-tem-a-quantidade-minima-de-leitos-segundo-oms/> . Acesso em: 16 ago. 2022.

3.473²⁷⁷, 3.474, 3.475²⁷⁸, 3.478²⁷⁹ e 3.483²⁸⁰. Rosa Weber concedeu liminar para obrigar à União ao restabelecimento dos leitos de UTI diante da omissão estatal em garantir o devido direito à saúde por questões ideológicas. Esta postura, segundo a Ministra do STF, representaria um retrocesso nas políticas públicas de saúde que poriam em xeque cláusulas vitais de saúde coletiva.

Em novembro de 2021 o pleno do STF confirmou as decisões anteriores determinando que “a União deve prestar suporte técnico e apoio financeiro para a expansão da rede de UTI’s nos Estados durante o período de emergência sanitária”. A obrigação do estado de fornecer assistência médica intensiva não deve se restringir a períodos de crise sanitária. Conforme relatado no teor da petição inicial da ADPF n.º 671 o problema de disponibilidade de leitos no Sistema Único de Saúde Brasileiro. Deste modo é fundamental que a demanda orgânica que tenha o objetivo de reestruturar o SUS tenha como um de seus vetores primordiais o estudo da ampliação e melhor redistribuição principalmente nos locais com menor assistência.

7.3 A urgência dos insumos na saúde

A Ação Cível Originária n.º 3.393²⁸¹ teve como cerne o conflito entre a União e o Estado do Mato Grosso na aquisição de ventiladores pulmonares de uma empresa particular: o referido Estado-membro efetuou a aquisição de 50 destes equipamentos, enquanto o ente federal requisitou administrativamente toda a produção pelo prazo de 180 dias.

A decisão do Supremo Tribunal Federal determinou que os ventiladores pulmonares fossem entregues ao Estado do Mato Grosso, dado que os contratos estivessem regulares. Julgou, ainda, prejudicada a requisição administrativa da União. A importância dessa ação para a reestruturação da saúde foi de escancarar os problemas do pacto federativo e a necessidade de coordenação dos diversos entes para que o problema da saúde ocorra de forma

| | | | | | |
|-----|---|-----------------|-----------------|------------|-----|
| 277 | SUPREMO | Tribunal | Federal. | Disponível | em: |
| | https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6107487 . Acesso em: 5 mar. 2022. | | | | |
| 278 | SUPREMO | Tribunal | Federal. | Disponível | em: |
| | https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6113827 . Acesso em: 5 mar. 2022. | | | | |
| 279 | SUPREMO | Tribunal | Federal. | Disponível | em: |
| | https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6121682 . Acesso em: 5 mar. 2022. | | | | |
| 280 | SUPREMO | Tribunal | Federal. | Disponível | em: |
| | https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6126281 . Acesso em: 5 mar. 2022. | | | | |
| 281 | SUPREMO | Tribunal | Federal. | Disponível | em: |
| | https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5901154 . Acesso em: 5 mar. 2022. | | | | |

conjunta. O Supremo em uma decisão de caráter formal, com base nos critérios contratuais, manteve o fornecimento dos equipamentos em prol do Estado do Mato Grosso.

Entende-se, contudo, que, considerando a necessidade de coordenar as ações de combate à pandemia e a escassez do bem objeto do litígio, melhor seria a determinação em prol da União para fazer as distribuições do equipamento conforme as necessidades dos demais entes federativos, em analogia ao Plano Nacional de Imunização.

Como retratado no presente estudo, por vezes, a dimensão dos processos estruturantes é da realização de um processo justo, com foco na concretização do direito material. Apesar dos argumentos formais legítimos que embasaram a decisão da Suprema Corte, é essencial avaliar que em uma decisão estruturante o magistrado passará a ser um potencial alocador de recursos e despesas. Os insumos da saúde precisam ser distribuídos no país conforme critérios científicos, considerando os dados patológicos e critérios de distribuição proporcionais. A alocação a um único ente em detrimento dos demais fere a ideia de solidariedade comum à seguridade social e à saúde brasileira.

Assim deve os magistrados ao conduzir o processo de reestruturação institucional do SUS estejam atentos a critérios razoáveis e proporcionais de distribuição de insumos à população necessitada.

7.4 Participação privada na saúde pública

A Lei n.º 13.979 de 2020 estabeleceu diversas atividades para o combate ao coronavírus. O artigo 3.º da referida lei trouxe um rol exemplificativo de medidas sanitárias, como: isolamento de doentes; quarentena de pessoas suspeitas de contaminação; exames, testes e tratamentos obrigatórios; uso obrigatório de máscara individual²⁸²; estudos epidemiológicos; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; restrição à liberdade de locomoção, seja em âmbito nacional ou internacional; importação e distribuição de medicamentos sem registro da ANVISA, mas autorizadas por algumas autoridades sanitárias estrangeiras²⁸³ e a requisição administrativa de bens e serviços.

²⁸² Inserido com a edição da Lei n.º 14.019/2020.

²⁸³ A norte americana Food and Drug Administration (FDA); European Medicines Agency (EMA) da União Europeia; Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA) do Japão; National Medical Products Administration (NMPA) da China.

Esta última é prevista na Constituição Federal no artigo 5.º, XXV e permite que o Estado utilize, de maneira temporária, bens e serviços particulares diante de situações de calamidade pública mediante o pagamento de justa indenização. Em razão do interesse público para superar a situação crítica, a autoridade estatal passa a utilizar dos bens e serviços privados, mas estes continuam sendo de propriedade do particular.

O parágrafo 7.º do artigo 3.º da Lei Nacional de combate à pandemia previu que fosse autorizado aos gestores locais de saúde a requisição administrativa, independentemente de prévia aprovação do Ministério da Saúde. A confederação Nacional de Saúde impetrou uma ADI de n.º 6.362²⁸⁴ questionando a constitucionalidade desse dispositivo, pois para esta entidade, somente seria viável a requisição de leitos privados de UTI mediante uma ação coordenada de âmbito nacional e mediante prévio estudo, sob pena de desequilibrar as políticas públicas de combate à pandemia.

Além disso, argumentou-se que estaria ocorrendo abuso nas requisições das vagas de UTI nas redes particulares, o que geraria insegurança jurídica e prejudicaria o direito à saúde dos assistidos pelas redes privadas, razão pela qual requereu a confederação que as requisições fossem concedidas mediante prévia audiência com a instituição privada que seria obrigada a executar medida, concedendo o leito.

O Supremo decidiu pela constitucionalidade do referido dispositivo com base no modelo de federalismo cooperativo adotado pela Constituição Federal, o qual determina a autonomia e ausência de hierarquia entre os entes federados. No mesmo sentido, a existência do princípio da subsidiariedade determina que a prioridade de execução de políticas públicas ocorra pelo ente menor, devendo o ente maior atuar em caso suplementarmente. Segundo a Corte Constitucional, o argumento de abuso de requisições não deve prosperar, pois a requisição, apesar de ser um instrumento discricionário, deve ser fundamentada em um “estado de calamidade” previsto na constituição, bem como a própria lei n.º 13.979/2020 exigiu no §1º do art. 3 a fundamentação das autoridades públicas com base em “evidências científicas” e “análises de informações estratégias”. Por questões de ordem prática seria ainda desarrazoada exigir que o Ministério da Saúde avaliasse de maneira tempestiva cada solicitação de requisição administrativa dos leitos de UTI dos diversos Municípios e Estados do Brasil, sob pena de ceifar a vida de milhares de doentes.

É possível concluir desse julgado que a decisão para a reestruturação do sistema de saúde brasileiro deverá respeitar os ideais do pacto federativo. A ideia de subsidiariedade e de intervenção progressiva do Judiciário nos provimentos judiciais são razões que fortalecem a preservação da autonomia dos entes sem descuidar da concretização dos valores públicos fundamentais.

Como previsto na Constituição Federal, a rede privada deverá agir em parceria com o sistema público para garantir o direito fundamental à saúde. Assim, os instrumentos de abertura dialogal não somente com a sociedade civil, como com os atores dotados de maior técnico, a exemplo das auditorias independentes, dos *amicus curiae* e devem ser fomentados, com especial participação dos representantes dos setores particulares de atenção à saúde.

7.5 Informação qualificada e publicidade de dados

Um dos instrumentos mais eficazes de prevenção e combate a crises sanitárias são dados empíricos. Com base neles, as autoridades sanitárias verificam os pontos críticos do Sistema de Saúde e estabelecem prioridades na execução de políticas públicas. O Brasil, inclusive, por meio do Decreto Legislativo n.º 395 de 2009, ratificou o Regulamento Sanitário Internacional aprovado na 58.^a Assembleia Geral da OMS que determina a divulgação de dados epidemiológicos.

O governo federal, no ano de 2020, por questões ideológicas, começou a restringir a publicação de dados de infecção da COVID-19 no Brasil²⁸⁵. Os partidos Rede Sustentabilidade, PCdoB e Psol ajuizaram uma ADPF n.º 690²⁸⁶ questionando os atos do governo federal sob o argumento que a ausência de publicidade dessas informações prejudicaria nos estudos de viabilidade das medidas de combate à pandemia requerendo, assim, a determinação da publicidade obrigatória dessas pesquisas.

O plenário do STF em novembro de 2020 ratificou a decisão liminar concedida em junho para determinar a publicação obrigatória diária desses dados pelo governo federal no site do Ministério da Saúde. A decisão teve como pilar os princípios da publicidade e da

²⁸⁵ GOVERNO Bolsonaro impõe apagão de dados sobre a COVID-19 no Brasil em meio à disparada das mortes. Atualidade. **EL PAÍS Brasil.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-06/governo-bolsonaro-impoe-apagao-de-dados-sobre-a-COVID-19-no-brasil-em-meio-a-disparada-das-mortes.html> . Acesso em: 19 ago. 2022.

²⁸⁶ **SUPREMO Tribunal Federal.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5931727> . Acesso em: 6 mar. 2022.

transparência na Administração Pública (art. 37, *caput* da Constituição) e do pleno acesso às informações aos cidadãos no Estado Democrático de Direito (art. 5.º, XXXIII e LXXII da CF).

O julgado em tela demonstra-se relevante, especialmente em temas afetos aos litígios orgânicos na seara da saúde para que as decisões estruturantes sejam pautadas em dados científicos e a condução das políticas públicas ocorra de forma coordenada e fundamentada. Os dados epidemiológicos criam subsídios para as autoridades sanitárias, seja em tempos de calamidade pública ou não, adotarem prioridades de ações na prevenção e combate às doenças. Assim demonstra-se importante instrumento de concretização dos litígios estruturais, especialmente considerando as dificuldades orçamentárias na execução das medidas judiciais corretivas das lides orgânicas.

A divulgação desses dados e o princípio da publicidade e transparência das medidas executivas estruturantes é importante para que os diversos subgrupos afetados possam tomar conhecimento daquilo que será posto em prática e assim possam se defender de eventuais injunções negativas. A qualidade dos dados e a sua transparência são primordiais para que o magistrado e os demais sujeitos litigantes consigam coordenar de forma organizada os provimentos necessários para a reestruturação das instituições sanitárias brasileiras.

7.6 O problema da mão de obra nos serviços públicos

Serviços comumente precisam de pessoal e estrutura para serem elaborados e concretizados. Na saúde não é diferente. A infinidade de profissionais deste ramo demonstra quanto é complexo o tema: técnicos de enfermagem, enfermeiros, médicos, técnicos de radiologia, farmacêuticos, assistentes sociais, psicólogos, biomédicos, fisioterapeutas, terapistas ocupacionais, fonoaudiólogos, nutricionistas, odontólogos, dentre outros. Para que o Sistema Único de Saúde funcione adequadamente é imprescindível a contratação de pessoal capacitado para realizar o atendimento dos serviços de atenção à saúde da população.

Dentre os problemas orgânicos a serem corrigidos no SUS está a falta de pessoal para o atendimento do cidadão. Conforme estudos já realizados²⁸⁷, esta é uma adversidade já

²⁸⁷ TCU aponta que falta de médicos é principal problema do SUS. **Senado Notícias**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/08/tcu-aponta-que-falta-de-medicos-e-principal-problem-a-do-sus> . Acesso em: 19 ago. 2022.

existente mesmo antes do início da pandemia do coronavírus. Um dos motivos dessa carência de mão de obra decorre das limitações fiscais para o pagamento do funcionalismo público.

Durante a COVID-19, o Governador do Estado do Acre impetrou uma ação direta de inconstitucionalidade de n.º 3.609 para afastar a aplicação dos artigos 19 a 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n.º 101/2000, que trata da limitação de gastos com pessoal. Segundo o alegado na inicial existia a necessidade de contratação urgente de mais pessoal para os quadros da saúde em razão da COVID-19. Argumentos justificáveis considerando o estado de calamidade pública. Entretanto, o requerente solicitou inclusive o afastamento das limitações para o caso de gastos públicos de natureza contínua não restritos à pandemia.

A Suprema Corte não acolheu o pedido em tela, em razão da promulgação da Emenda Constitucional 106 de 2020, conhecido como Emenda do “Orçamento de Guerra”, a qual instituiu um “regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente da pandemia”.

O artigo 3.º da retromencionada Emenda Constitucional flexibilizou as limitações de despesas orçamentárias dos entes federados vinculadas ao exclusivo propósito de enfrentamento da pandemia e das suas consequências sociais e econômicas. Ressalva-se, contudo, que outra condicionante do dispositivo legal em comento é a de que o aumento da despesa não poderia ser de caráter permanente, ou seja, o gasto público deve ser temporário e com vigência restrita ao período da calamidade pública.

É relevante que o magistrado esteja atento ao julgamento da causa, principalmente sobre as consequências de determinadas decisões. Observa-se, no caso em tela, que nos litígios multipolares diversos interesses tangenciam o problema da reordenação do sistema único de saúde. É possível que subgrupos afetados por medidas estruturantes ingressem no processo com interesses diversos do pretendido na reforma estrutural para auferir vantagens.

Assim, a participação ampliada nos processos estruturantes não deve ser vista como a metanorma da democracia nos processos judiciais. Como outrora relatado, há de se estabelecer um filtro de representatividade para que as medidas judiciais sejam feitas de maneira paulatina atendendo preliminarmente aqueles mais próximos do núcleo do conflito. O julgador deverá estar atento à fiscalização da legitimidade de participação adequada dos sujeitos litigantes.

No caso em questão observa-se, apesar de não estar em voga a legitimidade do governador para o ajuizamento da ação de controle de constitucionalidade, que em razão da multipolaridade diversos atores podem surgir para obstar ou tirar vantagem, de alguma forma, das medidas judiciais que se pretendem implementar. E em uma ação judicial que se propõe para a readequação prospectiva de valores públicos coletivos há idêntica possibilidade de surgimento de *outsiders* vislumbrando interesses particulares travestidos de requisições orgânicas.

Entende-se que não é possível negligenciar a falta de profissionais e de cifras orçamentárias para a contratação dos profissionais da área de saúde. Contudo, este não pode ser um subterfúgio para que os governantes implementem, na prática, medidas diversas para atendimento de interesses secundários em detrimento da reforma sistêmica pretendida.

A Emenda Constitucional n.º 106 de 2020 objetivou trazer um ponto de equilíbrio considerando o binômio déficit do orçamento público e necessidade de profissionais da saúde. Flexibilizou os limites de maneira fundamentada. Todavia, governantes com o escopo de aumentar vencimentos de caráter continuado ajuizaram a ação de controle de constitucionalidade.

Entende-se que o Supremo, em um julgamento formal, conseguiu fundamentar a sua decisão de maneira consequencialista e dentro dos preceitos constitucionais. Os litígios estruturais precisam ser vistos de maneira holística necessitando de uma postura judicial conglobante para não prejudicar a concretização de valores públicos fundamentais. Assim como o Supremo exerceu um papel de controle dos demais atores políticos, os processos estruturantes possuem esse papel de constante fiscalização das medidas adotadas para verificar se, de fato, as decisões estão alcançando a sua finalidade pública.

7.7 Saúde e o princípio da precaução: as demandas sobre vacinas

Outro litígio que está vinculado à prestação dos serviços de saúde de caráter preventivo é a vacinação da população. Um dos instrumentos previstos na Lei de combate à COVID-19, Lei n.º 13.979/2020, foi a imunização compulsória (art. 3.º, III, *d*). Segundo o parágrafo 4.º do artigo em comento, esta medida seria de caráter imperativo com o fim de proteger a saúde individual e coletiva.

Com o surgimento das primeiras vacinas para a COVID-19, despontou diversos movimentos contrários a esta espécie de tratamento. Realizando um estudo mais aprofundado é possível constatar que mobilizações antivacina existem historicamente há vários anos, não somente no Brasil como em diversas regiões do mundo. Segundo a OMS, em estudos e declarações antes mesmo da pandemia coronavírus, essa espécie de manifestação representa uma ameaça à saúde global²⁸⁸.

Em razão da incerteza quanto à sua eficácia, diversos agrupamentos sociais se manifestaram contra a imunização, seja por motivos religiosos, políticos, filosóficos, dentre outros. A Constituição Federal brasileira assegura a liberdade de consciência e crença expressamente no artigo 5.º, incisos VI e VIII. Diante desse aparente conflito de direitos, a obrigatoriedade da inoculação foi questionada no Supremo Tribunal Federal.

Cumprе salientar inicialmente que desde a década de 1975 já existiam dispositivos legais sobre a vacinação compulsória, a exemplo das Leis n.º 6.259/75, n.º 6.427/77 e Estatuto da Criança e do Adolescente, as quais nunca foram questionadas as suas constitucionalidades no STF. A Lei n.º 6.259/75 determina a competência do Ministério da Saúde para elaboração do Programa Nacional de Imunizações, determinando quais seriam as inoculações obrigatórias e gratuitas à população brasileira. A Portaria n.º 597 de 2004 do Ministério da Saúde, em seu artigo 5.º, determina sanções indiretas no caso de não realizada a vacinação obrigatória, como a restrição ao recebimento de benefícios sociais, matrículas em instituições de ensino, alistamento militar e contratação trabalhista. O que denota que esses dispositivos já existiam preliminarmente para regulamentar outros aspectos da vida sem serem questionados.

Um dos argumentos trazidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.586²⁸⁹ é o de que caberia exclusivamente ao Ministério da Saúde a determinação de medidas restritivas, em razão de ser o detentor da competência para a elaboração do Programa Nacional de Imunização. A Corte Constitucional decidiu que o Poder Público poderia ordenar a compulsoriedade da vacinação, nos termos previstos na lei de combate à pandemia. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana em uma concepção comunitária, seria possível ao Estado, em situações excepcionais, proteger as pessoas graças à vacinação obrigatória mesmo contra a sua vontade. Desta forma, escolhas individuais que possam abalar direitos de

²⁸⁸ OMS considera movimento antivacina uma ameaça à saúde mundial. **VEJA**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/oms-considera-movimento-anti-vacina-uma-ameaca-a-saude-mundial/> . Acesso em: 1 set. 2022.

²⁸⁹ **SUPREMO Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038> . Acesso em: 6 mar. 2022.

terceiros não são legítimas. Nesta decisão o Plenário fez uma interpretação temperada das expressões para distinguir “vacinação forçada” de “vacinação compulsória”.

A “vacinação forçada” para os ministros trata-se de utilização da força física para impor diretamente a inoculação das substâncias no corpo da pessoa, sendo esta proibida. Desse modo, não seria permitido ao Estado utilizar de medidas aflitivas, coativas ou invasivas para imunizar o cidadão. Segundo a Corte Constitucional, busca-se esta distinção para garantir o mínimo respeito ao direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano.

A compulsoriedade da vacinação significa que o Estado poderia determinar medidas indiretas, como: restrição ao exercício de certas atividades ou a determinados lugares, desde que previstas em lei. Segundo o STF, estas deliberações restritivas podem ser determinadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e devem ser proporcionais e razoáveis, de maneira a não sobressaltar a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas. O plenário da Suprema Corte decidiu ainda que em razão do federalismo cooperativo, é da competência de todos os entes federados (art. 23, II CF/88) adotar medidas profiláticas contra a disseminação do coronavírus, ainda que a competência para o PNI seja do Ministério da Saúde.

Observa-se, com isto, que as contenções mediatas impostas pelo governo carecem obedecer a evidências científicas, a análises estratégicas com foco na diminuição da propagação do vírus e acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contra indicações dos imunizantes. Esta temática inclusive teve repercussões no ARE n.º 1.267.879/SP²⁹⁰. Neste julgado o STF determinou, com base no melhor interesse da criança, que não seria possível os pais invocarem convicções filosóficas ou ideológicas para não vacinar menores de idade. Esta determinação, conforme os ministros, também não importaria em violação ao poder familiar dos genitores.

Verifica-se que o presente julgado, apesar de um contexto permeado de questões ideológicas, conseguiu expor a necessidade de ações coordenadas dos entes federados nos temas da saúde. A competência especial para uma determinada atribuição não exclui a autoridade de outros processos estruturantes têm esse condão de diálogo interinstitucional para que os litígios complexos possam ser resolvidos de maneira coordenada.

²⁹⁰

Assim como para a elaboração de um Programa Nacional de Imunização é importante uma visão conglobante da crise a ser superada, outras contingências sociais podem surgir e necessitam de medidas para saneamento de forma rápida e eficaz sob pena de prejudicar o direito à vida. Destarte, decisões matrizes, gerais e principiológicas devem ser elaboradas preferencialmente por instituições que tenham maior visão para coordenar.

Outro ponto digno de nota é a consequência da imunização nacional: apesar de estudos da área da medicina já afirmarem isso há muito tempo, medidas profiláticas são rentáveis inclusive no que tange ao aspecto do orçamento público. O custo de uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em setembro de 2020 era cerca de R\$ 64.000,00 (sessenta e quatro mil reais), em média, por paciente e passou para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em setembro de 2021²⁹¹. Enquanto o custo médio de uma dose da vacina Pfizer custou R\$ 66,00 (sessenta e seis reais) por pessoa²⁹². Com as pesquisas e resultados após a imunização da população com a COVID-19 ficou evidente que um dos vetores para a transformação orgânica da saúde pensando em seu aspecto econômico deve ser o foco em medidas preventivas.

O Conselho Federal da OAB em dezembro de 2020 ingressou com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental²⁹³ alegando omissão do Poder Executivo federal a iniciar o Plano Nacional de Imunização específico para as vacinas de combate à COVID-19. A requerente solicitou autorização para que os demais entes federativos pudessem adquirir vacinas já aprovadas por outras entidades sanitárias estrangeiras, em caso de omissão da ANVISA em apreciar os pedidos de regularização sanitária em até 72 horas, nos termos do artigo 3.º, VIII e §7º-A da Lei n.º 13.979/2020.

Concomitantemente, o Estado do Maranhão ajuizou uma Ação Cível Originária contra a União n.º 3.451 sob o argumento de que o Executivo federal estaria negligenciando as providências necessárias para a imunização da população. O ente nordestino pediu a permissão para elaborar um Plano de imunização para seus cidadãos, bem como solicitou autorização para negociar a compra dos imunizantes diretamente com os fornecedores internacionais.

²⁹¹ EM UM ANO, custo por paciente com Covid-19 em UTI aumenta 52% e se aproxima de R\$ 100 mil. **HOSPITAIS BRASIL.** Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/em-um-ano-custo-por-paciente-com-COVID-19-em-uti-aumenta-52-e-se-aproxima-de-r-100-mil/> . Acesso em: 1 set. 2022.

²⁹² PFIZER cobra R\$ 1 bilhão mais caro por novas doses de vacina. **ISTO É DINHEIRO.** Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/pfizer-cobra-r-1-bilhao-mais-carro-por-novas-doses-de-vacina/> . Acesso em: 1 set. 2022.

²⁹³ **SUPREMO Tribunal Federal.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402> . Acesso em: 6 mar. 2022.

Constata-se que a decisão desta ação objetiva pautou-se pelo critério progressivo de ativismo judicial pragmático defendido para as reformas estruturantes. Para o Supremo a União, em razão do federalismo cooperativo, possui a competência de coordenar o planejamento e a defesa contra as calamidades públicas (art. 21, XVIII CF) e ações de vigilância epidemiológica, segundo o artigo 16, inciso III, alínea “a” e parágrafo único da Lei Orgânica do SUS (Lei n.º 8.080/90). Desse modo, a Corte Maior ratificou a competência do Ministério da Saúde para elaborar, coordenar e apoiar o Programa Nacional de Imunização (art. 3.º e 4.º da Lei n.º 6.259/75). Às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde possuem a responsabilidade de efetuar as ações determinadas pelo órgão federal de maneira regional e local, respectivamente.

Ressalvou o plenário, contudo, que no caso de omissão ou negligência das autoridades federais em realizar a imunização, Estados Distrito Federal e Município passariam a ter a competência de aplicar vacinas previamente aprovadas pela ANVISA. Do mesmo modo, este órgão federal deveria obedecer ao prazo de 72 horas para a análise dos pedidos de aprovação dos imunizantes e, uma vez desobedecido este prazo, estariam autorizados Estados, Distrito Federal e Municípios a importarem vacinas já aprovadas por outras agências sanitárias internacionais.

Constatou-se, dessa forma, que o Judiciário garantiu os valores públicos constitucionais, especialmente o princípio da separação dos poderes e o direito à vida. O STF ao dispor que a competência cabe, *a priori*, ao ente federal corrobora a metodologia defendida neste trabalho de como deve ocorrer a atuação judicial em processos estruturantes: primazia de resolução de órgãos competentes e subsidiariamente determinação judicial de outras vias eficazes para a solução dos litígios. É importante ainda apontar que a decisão partindo de um órgão central de planejamento e execução para os órgãos periféricos está condizente com a ideia de decisão matriz principiológica e generalizante de um tribunal superior e realização das medidas injuntivas provisórias locais pelos juízos singulares, a qual defende-se neste estudo.

Em abril de 2021, o Estado do Maranhão fez um pedido de tutela provisória incidental na ação originária cível n.º 3.451²⁹⁴ alegando que a União não estava cumprindo o Plano Nacional de Vacinação, razão pelo qual o Estado-membro celebrou um contrato com o Instituto Gamaleya na Rússia para a aquisição de 4,5 milhões de doses da vacina Sputnik V.

²⁹⁴

Segundo os requerentes maranhenses, já existiam requerimentos de regularização do imunizante na ANVISA que estavam com os prazos de apreciação superados.

O plenário do STF, em uma decisão de caráter subsidiário, determinou que a ANVISA teria o prazo de 30 dias para avaliar a segurança da vacina Sputnik V e de sua eventual importação excepcional e temporária, sob pena de ficar autorizado o Estado do Maranhão a importar e o referido imunizante. Observa-se dessa forma que o Supremo optou por proferir uma decisão temperada com a adoção de medidas indiretas para a análise do pedido de regularização da vacina, sob pena de concretização de forma subsidiária de outras medidas que venham a resguardar os direitos individuais. Essas providências coercitivas indiretas serão bons instrumentos para a concretização dos processos estruturantes.

Governo de São Paulo, em agosto de 2021, na ação originária Cível n.º 3.518²⁹⁵, alegou que o governo federal estaria reduzindo drasticamente e de forma injustificável a quantidade de doses da vacina destinada ao Estado paulista. O Supremo acatou o requerimento do ente federado menor entendendo que deveria haver previsibilidade e continuidade na entrega dos imunizantes, sob pena de frustrar o planejamento sanitário local e descontinuidade das políticas públicas de saúde.

A interpretação consequencialista da Corte Constitucional está evidente quando da argumentação de que a redução na quantidade de doses de vacinas anteriormente programadas impactaria no atraso do recebimento da 2.ª etapa do antivírus à população e assim prejudicaria a imunização completa dos cidadãos. O partido Rede sustentabilidade questionou o Programa Nacional de Imunização à COVID-19 mediante o ajuizamento da ADPF n.º 754²⁹⁶, alegando que este seria genérico e não contemplaria de forma clara uma ordem de prioridades e que isso traria injustiças na ordem de inoculação.

Saliente-se ainda que um dos requerimentos do partido político era de que o próprio STF fixasse critérios de prioridades na vacinação dos subgrupos de risco e publicidade do nome dos vacinados para a maior fiscalização daqueles que “furassem a fila”. A Corte Constitucional brasileira, em uma interpretação consequencialista, percebeu que os critérios generalistas fixados no Plano de Imunização poderiam gerar uma série de ações individuais no Judiciário para questionar a posição na fila dos subgrupos prioritários. Desta forma o STF,

²⁹⁵ SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6235708> . Acesso em: 6 mar. 2022.

²⁹⁶ SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034102> . Acesso em: 7 mar. 2022.

para evitar uma situação de enxurrada de ações no Judiciário, determinou, em sede liminar, que o governo federal divulgasse em 5 dias, com base em critérios técnico-científicos, uma ordem de preferência entre os grupos com prioridade na imunização.

A liminar foi referendada em plenário argumentando ainda que a ausência de critérios poderia gerar situações de insegurança e questionamentos sobre eventuais responsabilizações dos agentes públicos que laboram na rede de saúde quando da aplicação das vacinas. Segundo o Supremo, os princípios da informação e da publicidade são balizadores da Constituição sendo obrigação do Estado estabelecer parâmetros objetivos e divulgá-los aos cidadãos.

Assim percebe-se que a informação e a interpretação consequencialista são dois vetores que estão nos processos estruturantes. A falta de informação aos sujeitos litigantes prejudicados por medidas judiciais provisórias em cascata pode atingir terceiros ainda não inseridos na demanda judicial. Com isso, a possibilidade de surgimento de novas demandas individuais congestionando a reforma orgânica pode atrasar a realização da conformação de valores públicos.

Com o desenvolvimento do plano de imunização e combate à pandemia outro problema foi a logística e insumos para a aplicação das vacinas²⁹⁷. O Estado de São Paulo, por exemplo, celebrou contrato com uma empresa fornecedora de seringas e agulhas. O Ministério da Saúde, todavia, requisitou à contratada o fornecimento integral de todo o estoque para poder administrar o PNI. Diante disso, a contratada informou aos gestores paulistas de que não seria possível cumprir o contrato já empenhado diante da requisição administrativa da União, dando origem à Ação Cível originária n.º 3.463 no STF²⁹⁸.

Em sede cautelar o Supremo entendeu que não seria possível a União fazer requisição administrativa de bens com pagamentos já empenhados pelos Estados, porquanto só é permitido à União utilizar-se desse instrumento para bens de Estados e Municípios em caso de estado de defesa (art. 136, §1º, II CF) e estado de sítio (art. 139, VIII CF). Cumpre ressaltar que ao tempo do ajuizamento da ação em tela os chefes do executivo federal e do Estado de São Paulo passaram a proferir discursos políticos antagônicos e de política adversarial²⁹⁹.

²⁹⁷ FALTA de seringas pode atrapalhar vacinação contra Covid no Brasil, alerta indústria. **ABIMO**. Disponível em:

<https://abimo.org.br/clipping/falta-de-seringas-pode-atrapalhar-vacinacao-contracovid-no-brasil-alerta-industria/>. Acesso em: 5 set. 2022.

²⁹⁸ **SUPREMO Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6082343>. Acesso em: 7 mar. 2022.

²⁹⁹ GOVERNO Bolsonaro e gestão Doria dão início a guerra das seringas e agulhas - 18/12/2020. Equilíbrio e Saúde. **Folha**. Disponível em:

Apesar da interpretação literal formal do dispositivo constitucional, entende-se que a referida decisão é passível de críticas. Dado que o Plano Nacional de Imunização é de competência da União, conforme o STF já havia determinado, entende-se que a logística de distribuição dos insumos também deveria seguir a coordenação pelo ente maior. Não adianta o ente federativo ter o imunizante e não ter o insumo necessário para a inoculação. O acessório segue o principal. O plano de imunização foi feito de forma a garantir a isonomia no território federal, a logística dos insumos deveria ser similar.

Assim como a decisão sobre a importação das vacinas pelos Estados e Municípios deveria ser feita no caso de omissão do ente federal, a distribuição dos insumos deveria ser feita aos entes menores diante do hiato federal. Considerando a natureza excepcional do Estado de calamidade pública gerado pela pandemia COVID-19, entende-se que os dispositivos constitucionais poderiam ser interpretados de maneira divergente ao que expostos pelos julgadores do Supremo.

O julgado em comento demonstra a problemática da escassez de bens e da necessidade de equilibrar as demandas para a execução de reformas estruturais. O conflito federativo entre União e o Estado de São Paulo é um exemplo de que durante o processo estruturante é necessária uma macro visão das realidades fáticas circundantes, sob pena de juízes adotarem medidas descoordenadas prejudiciais. Não quer dizer com isso a competência exclusiva de um ente em detrimento de outro. Todavia, a coordenação das diversas medidas judiciais necessárias para a realização de uma reforma orgânica são mais facilmente coordenadas mediante a competência de um órgão central capaz de equilibrar e dar isonomia às demandas.

7.8 Problemas ideológicos culturais

Razões extrajurídicas, especialmente de cunho ideológico, tangenciam a reforma sistêmica da saúde, o que denota o caráter complexo e policêntrico dos litígios. Durante a pandemia alguns Estados e Municípios editaram decretos com o objetivo de minimizar a disseminação do vírus na população mediante restrições à celebração de cultos religiosos coletivos. O Partido Social Democrático (PSD) impetrou a ação de controle objetivo de

constitucionalidade³⁰⁰ com o fim de resguardar o direito à liberdade religiosa, de crença e de culto dos indivíduos.

O Supremo Tribunal Federal fez um temperamento da liberdade religiosa, afirmando que essa possui duas dimensões: uma interna, equivalente à autonomia espiritual da sua crença, sendo esta absoluta; e outra perspectiva externa, associada à independência de culto, a qual pode sofrer limitações em tempos de calamidade pública. Além disso, todos os entes federados possuem competência comum em adotar medidas profiláticas no combate à pandemia.

Entendeu-se ainda que as medidas restritivas são proporcionais, porquanto o isolamento não se restringia tão somente às atividades religiosas, mas a diversas atividades inclusive de cunho social e econômico visando a diminuição do contato entre pessoas e redução na propagação do vírus. Em setembro de 2021, Estados e Municípios já estavam organizando o cronograma para a imunização de adolescentes conforme a orientação dada pela própria ANVISA. Todavia, o Ministério da Saúde emitiu uma nota técnica não recomendando a vacinação de adolescentes acima de 12 anos, ainda que sem comorbidades.

Alguns partidos políticos ajuizaram a arguição de descumprimento de preceito fundamental de n.º 756³⁰¹ para ser suspensa esta nota informativa do Ministério da Saúde e manter o planejamento e execução da imunização da população adolescente. O plenário do STF entendeu ser de competência concorrente da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios a vacinação da população, independente da nota informativa do Ministério da Saúde. Para o Supremo, o federalismo de cooperação brasileiro é formado para garantir que os entes federados se apoiem de maneira recíproca e interdependente devendo todos participarem de maneira ativa no combate à pandemia.

A Lei n.º 14.124 de março de 2021 prevê medidas excepcionais para a aquisição de vacinas, insumos e contratação de bens e serviços no combate à COVID-19 expressamente estipula no artigo 13, §3º:

Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal ficam autorizados a adquirir, a distribuir e a aplicar as vacinas contra a COVID-19 registradas, autorizadas para uso

³⁰⁰ **SUPREMO Tribunal Federal.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541> . Acesso em: 8 mar. 2022.

³⁰¹ **SUPREMO Tribunal Federal.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6035593> . Acesso em: 8 mar. 2022.

emergencial ou autorizadas excepcionalmente para importação, nos termos do art. 16 desta Lei, caso a União não realize as aquisições e a distribuição tempestiva de doses suficientes para a vacinação dos grupos previstos no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.

A Corte Constitucional salientou ainda que a recusa na vacinação da população deve obedecer a critérios técnicos e análise estratégica em saúde, conforme o §1º do art. 3.º da Lei n.º 13.979/2020. Assim, a nota informativa do Ministério da Saúde ausente de evidências científicas não poderia prevalecer diante dos outros estudos e pesquisas de agências sanitárias nacionais e internacionais que recomendem a imunização das pessoas nessa faixa etária.

7.9 Saúde das minorias

Durante o início da pandemia coronavírus, uma dos primeiros julgados do Supremo Tribunal Federal em demandas envolvendo litígios estruturais foi na ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, a qual reconheceu o estado de coisa inconstitucional resultante da superlotação carcerária nas penitenciárias brasileiras. As principais decisões ainda em 2015 sobre essa temática foram a implementação da audiência de custódia e a liberação de verbas orçamentárias do Fundo Penitenciário Nacional para subsidiar a implementação de medidas executivas.

Em março de 2020, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, que já havia ingressado nos autos a título de *amicus curiae*, requereu a concessão de liminar perante a Corte Constitucional em razão das péssimas condições sanitárias para serem deferidas medidas sancionatórias diversas da prisão em razão da falta de mecanismos de prevenção da disseminação do coronavírus nas penitenciárias. Cumpre salientar que as Organizações das Nações Unidas (ONU) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) demonstraram preocupação com a população carcerária e o seu estado de hipervulnerabilidade social diante da pandemia Sars-Cov-2. A Resolução n.º 01/2020 da CIDH inclusive recomenda a reavaliação das prisões e recomendação de fixação de medidas diversas do cárcere.

O ministro Marco Aurélio, em sede de decisão monocrática, decidiu que este pleito seria inapropriado juridicamente, pois o *amicus curiae* não teria competência de elaborar pedidos, os quais seriam exclusivos dos sujeitos que integrassem um dos pólos da referida

ação. Decisão referendada no plenário da Egrégia Corte. Observa-se que esta decisão em verdade foi pautada por uma lógica do processo tradicional. Ora se o objeto da lide já historicamente trata de um litígio estrutural, deve a lógica do processo ser adaptada a esta realidade para garantir a efetivação de direitos e valores públicos constitucionais.

A noção de sujeitos litigantes em um processo estrutural deve ser readaptada. É certo que essa espécie de demanda deve ter um filtro de representatividade adequado, conforme tratado em linhas anteriores. Contudo, o princípio da primazia da decisão de mérito deve prevalecer nas lides orgânicas, sob pena de perpetuar o estado de desconformidade constitucional. Paradoxalmente, na decisão monocrática retro mencionada, o Ministro Marco Aurélio decidiu, de ofício, determinar algumas medidas para que os juízes da execução penal implementarem para conter a disseminação do coronavírus nos ambientes prisionais. Entretanto, este pronunciamento foi rechaçado em plenário, sob o argumento de que ampliava indevidamente o objeto da ADPF. Segundo o STF, a ação não tinha nos seus pedidos temas afetos à prevenção da COVID-19.

As críticas em torno dessa decisão, mais uma vez, estão em torno da nova lógica processual que os processos estruturantes exigem. Concebe-se que faltou aos Ministros da referida corte a percepção de que a ADPF n.º 347, em 2015, é uma decisão de caráter geral e principiológica que traçou as diretrizes para futura conformação dos valores públicos nessa seara. Nesta categoria de demanda, após fixadas as bases que se pretendem implementar, tutelas provisórias executivas em cascata serão implementadas pelo método de tentativa e erro.

Como visto, as consequências das medidas judiciais são imprevisíveis e novos cenários vão surgindo durante a implementação da reforma estrutural. A pandemia COVID-19 é um exemplo de variabilidade. A ação de controle de constitucionalidade em comento tem como uma das suas finalidades a preservação da saúde, integridade física, moral e a dignidade da população carcerária. Para reduzir as críticas sobre o ativismo judicial desmedido nas demandas orgânicas, deve o julgador estar atento aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. É imprescindível que o magistrado avalie se não existem outras determinações político-administrativas em curso que sejam capazes de efetivar os direitos fundamentais. Assim, o Supremo ao entender que deveria ser aplicada preliminarmente a recomendação n.º 62/2020 do CNJ e das portarias conjuntas do Ministério

da Saúde e Ministério da Justiça adotou uma postura subsidiária e mantendo a harmonia e diálogo inter institucional, o que deve ser prezado nas decisões estruturantes.

Posteriormente, a Defensoria Pública da União impetrou um habeas corpus coletivo de n.º 188.820 requerendo a liberação dos presos pertencentes aos grupos de risco que não tivessem cometido crimes com violência ou grave ameaça e estivessem em unidades prisionais superlotadas. Segundo a instituição requerente, apesar da edição da Resolução n.º 62/2020 do CNJ, juízes e tribunais não vinham adotando de maneira eficaz os protocolos para a segurança sanitária da população carcerária. Em dezembro de 2020, a liminar do Ministro Edson Fachin determinou que os magistrados nacionais reapreiassem as situações dos detentos segundo as normativas do Conselho Nacional de Justiça. Decisão referendada pelo pleno em fevereiro de 2021 determinando ainda a progressão antecipada da pena dos detentos do regime semiaberto para o aberto daqueles que faltassem 120 dias ou menos para atingir a condição temporal.

A ressalva realizada pelo STF foi de que os magistrados estariam autorizados a não deferir as progressões em situações excepcionalíssimas caso o presídio obedecesse a 3 requisitos cumulativos: (a) adoção de medidas preventivas à COVID-19 na unidade prisional; (b) existência de atendimento médico no presídio e (c) ausência de casos de COVID no local do cárcere. Observa-se, assim como no histórico caso *Brown* nos Estados Unidos, o atendimento às reformas orgânicas possuem dificuldades extrajurídicas especialmente de ordem cultural. Conforme apontado pela Defensoria Pública da União na petição inicial do HC n.º 188.820, por mais que existissem determinações gerais do CNJ para a reavaliação individualizada da população carcerária, magistrados não estavam cumprindo estas medidas.

Em *Brown I*, após fixada o estado de violação racial pela Suprema Corte Americana, ficou constatado que em razão de um contexto sócio-cultural seria necessário a adoção de mais provimentos jurisdicionais que tivessem a capacidade de superar o estado de violação dos direitos constitucionais. A situação da população carcerária e a mora na concretização das recomendações do CNJ demonstra que até mesmo no Judiciário é necessário mudar a cultura dos julgadores para que as medidas estruturantes consigam, de fato, serem implementadas. Decisões principiológicas são vetores da mudança, ao passo que as medidas executivas provisórias progressivas são aquelas que materializam uma mudança. Para isso, é preciso que os juízos singulares que determinaram estas estejam imbuídos de uma prática transformadora para a concretização de um projeto constitucional.

É possível vislumbrar que a temática que envolve a situação dos indígenas no Brasil denota-se um problema de natureza estrutural no país. Invasões de terras indígenas, conflitos de grileiros, desmonte dos órgãos públicos voltados para a assistência dos índios, assassinatos de indigenista (como o caso de Bruno Araújo e do jornalista Britânico Dom Philip). Em julho de 2020 seis partidos políticos e a associação “Articulação dos Povos Indígenas do Brasil” (APIB) ajuizaram uma ADPF n.º. 709 para questionar as ações de prevenção da saúde da população indígena diante da pandemia do coronavírus.

O Ministro Luís Roberto Barroso, com base nos princípios da precaução, prevenção e proteção à saúde e à vida, deferiu a liminar para determinar algumas medidas, tais como: (a) criação de barreiras sanitárias para evitar o trânsito de terceiros nas comunidades indígenas, com base no direito à autodeterminação desses povos, preservação étnica e cultural; (b) criação de Salas de Situação, conforme a portaria conjunta n.º 4.094/2018 do Ministério da Saúde e da FUNAI, para a gestão de ações de combate à pandemia dos povos indígenas; (c) isolamento dos invasores dos grupos nativos. Decisão essa ratificada em plenário.

Apesar de o objeto da lide em tela não tratar diretamente de objetos de demanda estrutural, é possível extrair elementos conexos que demandam uma reforma orgânica, especialmente no que tange à saúde da população indígena. A multipolaridade da demanda não somente entre invasores de terras, governantes, madeireiros, como também pela diversidade de comunidades indígenas com suas particularidades exigindo um diálogo intercultural.

Observa-se que nesse julgado, o Ministro ordenou a instalação de Salas de Situação, em atendimento a outras determinações de políticas públicas previstas, respeitando o princípio da separação dos poderes. A decisão fixa ainda a necessidade do diálogo institucional, salutar em demandas estruturais, na busca de soluções autocompositivas.

Em maio de 2021, foi realizado pelos autores um novo pedido de tutela provisória incidental em razão do aumento no número de conflitos em terras indígenas. Foi pleiteado que a União mobilizasse agências de segurança pública e forças armadas para garantir a proteção das terras indígenas Yanomami e Munduruku. O Supremo em junho de 2021 concedeu o pedido determinando a adoção de medidas por parte da União que assegurassem a proteção à vida, saúde e segurança das populações indígenas vítimas de conflitos com invasores e garimpeiros ilegais, visto que essas invasões agravavam a disseminação do coronavírus na população indígena.

Em setembro de 2020, cinco partidos e a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq) ajuizaram a arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 742³⁰² alegando omissão do Executivo federal na elaboração de um plano de combate ao contágio da Covid-19 nas comunidades quilombolas, o que agrava o estado de hipervulnerabilidade desses agrupamentos sociais, historicamente já marginalizados.

O Supremo Tribunal Federal determinou que o governo federal teria um prazo de 72 horas para informar os dados de óbitos desses agrupamentos sociais e formar uma equipe multidisciplinar e paritária com representantes do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da família e dos Direitos Humanos, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Fundação Cultural Palmares, Associação brasileira de Saúde coletiva e Conselho Nacional de Direitos Humanos e representantes indicados pelo Conaq.

Estabeleceu ainda a Corte Constitucional 30 dias para elaborar com os representantes da Conaq, o plano de combate à pandemia nas comunidades remanescentes de afrodescendentes quilombolas. Para preservar o acesso igualitário à justiça foi fixado ainda pelos Ministros a suspensão das ações envolvendo direitos territoriais das comunidades quilombolas. A partir dos julgados em comento proferidos durante a pandemia é possível concluir que uma reforma estruturante da saúde que pretenda ser efetiva e isonômica deverá contemplar ações voltadas para a proteção e garantia de integridade física das minorias.

7.10 Fluidez do marco temporal de uma reforma estruturante

A Lei n.º 13.979/2020, que regeu o estado de calamidade pública decorrente da pandemia, declara a vigência da crise no artigo 8.º, o qual afirma que ficará vinculada ao prazo do Decreto Legislativo n.º 6/2020 que fixou como termo final o dia 31 de dezembro de 2020. O partido Rede Sustentabilidade percebendo que o ano de 2020 estava se encerrando e a pandemia ainda continuava causando sérios problemas sanitários no país e no mundo impetrou uma ação de controle de constitucionalidade na ADI n.º 6.625³⁰³ com o fim de prorrogar a vigência da legislação até o fim da pandemia.

³⁰² SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379> . Acesso em: 7 mar. 2022.

³⁰³ SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6069055> . Acesso em: 8 mar. 2022.

Em decisão monocrática, o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu liminar para estender os efeitos da lei, em razão de persistir a situação de calamidade pública decorrente da pandemia. Destacou o magistrado que, conforme os princípios da prevenção e precaução, há época da edição da legislação não seria possível estipular a durabilidade e a letalidade da doença. O plenário referendou em março de 2021 essa decisão sob o argumento do surgimento de novas cepas e evolução no número de casos e óbitos. O STF fez uma interpretação no sentido de que a intenção dos legisladores não era meramente de colocar um prazo de caráter fiscal, mas principalmente de manter medidas profiláticas e terapêuticas extraordinárias por lapso temporal suficiente para o combate à COVID-19.

Assim como na situação pandêmica, as reformas estruturantes são difíceis de estabelecer um marco temporal para o encerramento. Para que o processo orgânico ocorra de forma harmônica entre as diversas instituições e sujeitos litigantes é necessário tempo para que as medidas judiciais possam ser impostas de maneira progressiva reequilibrando as situações violadoras de direitos.

Entende-se que a fixação de prazos e metas para o cumprimento das decisões provisórias executivas em cascata devem ser um ponto essencial para poder superar o estado de letargia das instituições omissas. Entretanto, estes não podem ser vistos como algo hermético e essencialmente punitivo. Os princípios da prevenção e precaução devem auxiliar os magistrados no estabelecimento de metas plausíveis sem desconsiderar os eventuais infortúnios preliminarmente não previstos. Assim é possível que eventos imprevisíveis possam ser solucionados de forma proporcional e em um lapso temporal razoável de forma a conformar os valores públicos constitucionais envolvidos na transformação sistêmica.

A análise de uma demanda sistêmica da saúde requer atenção não somente do magistrado como das demais autoridades públicas e sujeitos envolvidos no litígio estrutural. Os múltiplos interesses contrapostos devem ser equilibrados, como destaca Edilson Vitorelli³⁰⁴:

... litígios estruturais relacionados à falta de oferta adequada e suficiente de tratamentos de saúde violam o direito à saúde. Mas nem a lei, nem a Constituição definem o que seria uma oferta adequada e suficiente. Para o paciente que aguarda uma cirurgia, por exemplo, provavelmente uma hora de espera já representa um

³⁰⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p.153.

atendimento insuficiente. Porém, do ponto de vista da técnica médica, pode ser que aquela pessoa possa esperar dias ou até meses, sem que isso implique um agravo significativo à saúde. Então, em que momento se pode dizer que a oferta de serviços de saúde viola o direito previsto no art. 196 da Constituição? O critério de suficiência será o do paciente, titular do direito, ou o do serviço médico tecnicamente adequado? Quando se considera que cada serviço de saúde terá que ter critérios diferentes e que cada critério levará em conta aspectos diferentes do atendimento (por exemplo, relação custo-benefício, facilidade de administração, conforto, etc.), fica claro que a legalidade-ilegalidade não oferecerá respostas sólidas.

Desta forma, foi possível averiguar os principais eixos complexos que uma futura ação judicial estruturante precisa observar, especialmente em sua decisão estruturante matriz. É substancial que o magistrado dialogue com as autoridades alocadoras de recurso para um estudo prévio do orçamento público. Destarte, será possível que as ações em saúde pública coletiva se dêem de maneira economicamente sustentável e eficiente.

Um dos pontos centrais que precisam ser corrigidos de maneira prospectiva é a quantidade de leitos hospitalares. Especialmente no interior do país, longe dos grandes centros urbanos ainda existem muitas pessoas sem acesso à rede de hospitais. A celebração de convênios com a rede privada mediante o pagamento de indenização justa deve ser incentivada. A pandemia coronavírus, entretanto, deixou claro que diante das emergências nem mesmo a rede privada consegue dar total assistência de seus pacientes. Destarte, é fundamental que as autoridades públicas dialoguem para melhorar o quantitativo de leitos e de insumos na área da saúde.

É indispensável que a demanda estruturante também tenha como ponto central a ser trabalhada a publicidade de dados. Não é possível ao juiz tomar uma decisão qualificada sem conhecimento das circunstâncias fáticas. A análise consequencialista para proferir decisões prospectivas exige qualidade na transmissão de informações. Assim a transformação sistêmica da saúde deve considerar a utilização de novas tecnologias disruptivas que consigam efetivar de maneira transparente a publicação de dados epidemiológicos, a exemplo de redes de *blockchain*, evitando-se a alteração ou usurpação dessas bases de informações.

Outro ponto a ser considerado é a falta de profissionais no sistema único de saúde. A contratação de profissionais qualificados para o atendimento do povo, também é substancial que o julgador possa vislumbrar outras formas de fomento no material humano técnico profissional, a exemplo da criação de novos cursos, faculdades e universidades. Além de resolver um problema do sistema social da saúde incentiva a educação do povo.

As questões em torno da vacina durante a pandemia demonstraram a necessidade de existir um ente central que possa coordenar de maneira articulada as ações em torno da saúde. Problemas sanitários não se resumem a aspectos locais, mas regionais e nacionais. Restou evidente ainda um retrocesso social no aspecto dos movimentos antivacina especialmente no aspecto ideológico. A reforma estruturante da saúde assim deve pensar em aspectos pedagógicos para fazer com que a população reflita de maneira crítica as melhorias que precisam ser iniciadas para o bem comum.

O Judiciário não poderá negligenciar a saúde das minorias, a exemplo da população carcerária, indígena e quilombola, o que denota a complexidade da reforma orgânica e a consequente necessidade de lapso temporal dilatado no tempo para executar uma reestruturação institucional da saúde qualificada e adequar às peculiaridades do caso concreto.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do coronavírus trouxe diversas consequências de ordem política, social, econômica e jurídica ao redor do planeta. Problemas estruturais da sociedade brasileira ficaram escancarados durante o transcurso da crise sanitária até se efetivar a imunização de grande parte da população. Regimes jurídicos foram flexibilizados na legislação civil e trabalhista para a manutenção do emprego e sobrevivência dos empreendimentos econômicos, por exemplo. No aspecto social, auxílios emergenciais foram distribuídos para socorrer às famílias de baixa renda e aos pequenos empreendedores. Nas políticas econômicas, incentivos aos grandes produtores e indústria também foram efetivados, dentre outras medidas nas diversas searas.

A crise sanitária mundial catalisou a necessidade de os detentores dos poderes políticos readequarem suas visões ideológicas e de gestão para conformar os múltiplos interesses contrapostos de uma sociedade plural. Restou evidente alguns problemas conjunturais, os quais eram tratados de maneira secundária pelas autoridades e, com a pandemia, careceram a tomada de medidas urgentes para minorar os efeitos deletérios à população.

Um dos problemas antigos e diretamente vinculados a COVID-19 são os problemas sistêmicos da saúde no Brasil. Comumente indivíduos, com o fim de garantir o seu direito à saúde, precisam recorrer ao Judiciário na busca de remédios, leitos de UTI ou assistência médica. Juízes, paulatinamente, vem aumentando o número de decisões individuais que concedem tratamento ou medidas urgentes aos solicitantes. Contudo, a concessão particular dessas ordens são alvos de críticas, especialmente dos gestores públicos, em razão de uma possível violação ao princípio da separação de poderes, falta de isonomia e prejuízo à coordenação de outras políticas públicas igualmente imprescindíveis.

Os processos estruturantes são uma alternativa revisitada do processo civil tradicional que busca reestruturar instituições, públicas ou privadas, para a conformação de direitos e valores públicos constitucionais. Os problemas em torno do Sistema Único de Saúde, considerando a sua complexidade, multipolaridade e policentria pode ser caracterizado como um litígio de natureza estrutural. Assim, passível de resolução por intermédio dos processos estruturantes.

Inicialmente foi realizado um estudo histórico dos casos paradigmáticos dos processos estruturantes, especialmente dos *leading cases* nos Estados Unidos: *Brown vs. Board Of Education Of Topeka* (sobre a segregação racial nas escolas) e *Holt vs. Sarver* (e a situação de

insalubridade e desumanidade dos presídios do Estado do Arkansas). Após a análise dos casos foi estabelecido um conceito de litígio estrutural eminentemente de caráter sociológico, considerando a multiplicidade de partes envolvidas, a diversidade de interesses, ora justapostos, ora contrapostos e a complexidade de solucionar o problema.

As lides sistêmicas têm múltiplos vetores de interferência, não se restringindo somente à execução de políticas públicas, mas também sofrem interferência da organização de instituições privadas, da economia, questões sociais e da cultura. Nos Estados Unidos existia um contexto sócio cultural de segregação racial e desrespeito aos direitos humanitários básicos do presos que vilipendiavam garantias fundamentais dessas minorias. Os atores políticos, visando a manutenção do poder, tendem a não se empenharem em agendas de políticas públicas em prol das minorias. Diante da omissão deles, não restou ao Judiciário a tarefa de dar cumprimento à Constituição por um ativismo judicial equilibrado.

Os processos estruturantes são instrumentos judiciais em que o Poder Judiciário é acionado por alguma vítima da violação sistêmica de um dado problema estrutural. Neles o magistrado atua de maneira autocompositiva, dialogal, plural, intersetorial e subsidiária visando a superação do estado de coisas inconstitucionais. O objetivo da tutela jurisdicional é resolver a lide orgânica ou, pelo menos, estimular que os demais atores litigantes consigam, de forma independente, propor mudanças institucionais progressivas para ir reduzindo paulatinamente o estado de inconformidade de valores públicos constitucionais fundamentais. Entende-se que a reforma estrutural, desse modo, é o conjunto de medidas, judiciais ou extrajudiciais, que tem a finalidade de reorganizar, de forma gradual, as instituições violadoras dos direitos fundamentais, independente dessas entidades praticarem condutas comissivas ou omissivas, de maneira intencional ou não.

Verificou-se ainda que o estudo das ciências jurídicas passou por diversas fases e concepções de atuação do Direito e de seus julgadores: desde modelos estritamente legalistas e formais até sentidos contemporâneos que analisam a interferência dos diversos sistemas sociais no complexo judicial. Assim, o padrão de comportamento do julgador que mais se adequa e justifica a legitimidade do Direito para a implementação de processos estruturantes é o neoinstitucionalismo. Neste sentido, defende que as circunstâncias extrajurídicas condicionam o sistema jurídico. Há uma influência recíproca de influência entre as instituições e indivíduos. Deste modo, o Direito influencia a política e o contrário também é verdadeiro, ou seja, estabelece uma relação simbiótica. Há um diálogo interinstitucional entre os Poderes, o que deve ser fomentado em uma democracia. O Poder Judiciário possui uma função institucional de realizar a justiça. A decisão judicial necessariamente sofrerá

influências políticas, desde que fundamentada na lei mediante a utilização da teoria interpretativa-estrutural e a metáfora dos horizontes interpretativos, fazendo com que a atividade hermenêutica seja necessariamente contingencial.

Verificou-se que a dificuldade política dos processos estruturantes decorre de uma concepção excessivamente formalista do Direito, a qual não condiz com as modernas doutrinas sobre os modelos de atuação judicial. O Poder Judiciário é legítimo para proferir decisões sobre políticas públicas, o que não quer dizer necessariamente que implicará em arbitrariedades ou decisionismos. A teoria da separação de poderes não é estanque, havendo interconexões entre os Poderes, os quais devem agir de maneira harmônica entre si. No caso de inércia de um poder, os demais devem agir de maneira a conformar os valores públicos constitucionais e garantir o pleno acesso e concretização da macrojustiça.

O processo civil tradicional não pode lidar com a realidade dos processos estruturantes, sendo fundamental a releitura dos institutos jurídicos para concretizar o direito material que tangencia os litígios estruturais. Esta nova análise não é algo novo e vem sendo construído paulatinamente por outros instrumentos de processo coletivo, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da Ação Civil Pública e da Ação Popular. Assim, para concretizar os processos estruturantes é fundamental reanalisar alguns institutos do processo civil considerando as características essenciais dos litígios estruturantes para existir uma sinonímia entre direito adjetivo e material.

Para que os conflitos sistêmicos sejam solucionados é substancial a recomposição institucional das instituições que estão ocasionando a violação de direitos, bem como que essa reorganização ocorra não somente visando corrigir fatos pretéritos, mas principalmente evitar futuros problemas estruturais. Assim é primordial que o julgador atue com equilíbrio diante dos demais sujeitos envolvidos, procurando conciliá-los e analisando o problema de forma conglobante e prospectiva.

É provável que, antes do ajuizamento da ação orgânica, já tenha ocorrido a celebração de outros termos heterodoxos de resolução de conflitos, especialmente das ferramentas de fiscalização das instituições pelo Ministério Público como fiscal da ordem jurídica para tentar solucionar o estado de violação de direitos. Inquérito Civil, recomendações ministeriais, termo de ajustamento de conduta são exemplos de ferramentas pré-processuais que tem o objetivo de resolução não coativa e podem fomentar reformas estruturais. Na hipótese de não resolução da lide, estes instrumentos serão utilizados como elementos informativos para qualificar a instrução probatória durante o trâmite dos processos estruturantes.

O arranjo instrumental desta espécie de procedimento será marcado pela tônica da flexibilidade e do diálogo interinstitucional. A legitimidade para ajuizamento dessa ação deve ser ampliada, promovendo uma simbiose entre ferramentas de participação direta e de representação. Estas serão fiscalizadas pelo juiz conforme a intensidade que a parte é afetada pela lide: quanto mais próximos do centro do problema, maior deverá ser o grau de participação do sujeito, garantindo o contraditório substancial. O controle da atuação dos representantes deve seguir um critério material: sua atuação deve corresponder às legítimas expectativas dos representados, priorizando a ideia de não prejuízo às partes, mantendo diálogo constante com os substituídos e com relativa independência. Havendo dissonância entre mandante e mandatário, há de se dar oportunidade às partes se dissociarem para atuarem de forma autônoma. Além disso, meios alternativos à abertura dialogal, especialmente quando os interesses envolvidos denotam a necessidade de conhecimentos técnico-especializados, como audiências públicas, reuniões setoriais, participação de *amicus curiae* e assessorias técnicas independentes. Ao contrário do processo civil tradicional, a delimitação das partes não ficará restrita ao ajuizamento da demanda devido à execução estrutural ser prolatada no tempo e à incerteza daqueles que serão atingidos pelos provimentos jurisdicionais.

Os pedidos da exordial estrutural devem ser interpretados de maneira fluida em razão do caráter conglobante da lide. O magistrado deve fazer um nexu teleológico entre o que foi pretendido inicialmente e a mutabilidade das circunstâncias fáticas que tangenciam o problema-alvo. O ideal é que exista uma escala progressiva de elaboração do plano estrutural, devendo prioritariamente ser elaborado pelo réu, com designações de curto, médio e longo prazo. No caso de omissão, é que o juiz pautará, de maneira escalonada, provimentos jurisdicionais paulatinamente interventivos e imperativos.

Em razão da flexibilidade dos pedidos da inicial, entende-se que a estabilidade da demanda também será marcada pela fluidez, o que será benéfico ao réu. A execução estrutural será progressiva, caracterizada por diversos provimentos em cascata. Esta diversidade de ordens judiciais é mais benéfica ao réu, pois permite que este exerça o contraditório substancial de maneira específica a cada nova reanálise de decisões proferidas.

O magistrado ao receber a demanda sistêmica deverá estar ciente que conduzirá um longo processo, permeado de complexidades. Para a efetiva concretização dos valores públicos fundamentais, a reestruturação das instituições demandará uma postura judicial ativa do juiz. Desse modo, entende-se que é necessário criar um foro materialmente competente para o trato de demandas dessa natureza, com metas do CNJ diferenciadas para essa natureza de processo. É primordial que o julgador possua franca abertura dialogal não somente com as

instituições, mas principalmente com os sujeitos afetados, garantindo o contraditório substancial.

Esse comportamento ativista do magistrado não deve ser confundido com decisionismo ou arbítrio. O juiz é um agente condutor do impulso processual tradicional e nos processos estruturantes não será diferente. Destaca-se ainda o atual cenário de prioridades por soluções negociadas, devendo a todo momento o juiz fomentá-las, assim como ocorre nos Juizados Especiais.

Nos litígios estruturais corriqueiramente outros acordos pré-processuais, a exemplo de formulação de termo de ajuste de conduta (TAC) pode já ter sido celebrado e restar infrutífero. As proposições autocompositivas necessitam ser intermediadas pelo magistrado, pois dotado de poder imperativo das suas decisões e assim buscar a concretização dos direitos fundamentais. A audiência dos processos estruturantes teria a natureza mista: autocomposição, instrução e decisão. Assim, eventuais informações durante as tratativas não estariam albergadas pelo direito de confidencialidade, podendo o juiz utilizá-las para proferir decisões futuras de forma mais rápida e eficaz.

A instrução probatória será essencialmente trifásica. Primeiramente, o juiz declarará o estado de coisas inconstitucional e necessidade de reorganização sistêmica das instituições. Posteriormente ocorrerá a liquidação estrutural, em que prioritariamente o réu será convocado a elaborar um plano de reestruturação objetivando a conformação de valores públicos que estão sendo violados sistematicamente pelas instituições. Adiante, passará a fase de execução estrutural por método de tentativa-erro-acerto para a concretização do plano de maneira progressiva. Neste momento, o magistrado determinará os provimentos judiciais e, após determinado período, analisará os resultados para corrigir eventuais problemas e organizar determinações que se seguirem até a resolução do conflito ou até que os sujeitos litigantes adotem medidas que objetivem a concretização de direitos independentemente de ordens judiciais.

A decisão matriz estruturante generalista e principiológica declara um estado de coisas inconstitucional e fixa os objetivos que a transformação sistêmica deverá alcançar, possuindo um forte efeito simbólico perante a sociedade. A fase de liquidação estruturante permite que o momento cognitivo tenha menor lapso temporal e necessite de menos provas, deixando o trabalho maior para a fase de execução dos provimentos jurisdicionais. Os provimentos em cascata serão concretizados mediante decisões provisórias executivas em cascata, podendo ser revistas no método de tentativa-erro-acerto. O juiz atuará conforme o princípio da subsidiariedade, priorizando provimentos negociais aos impositivos, atendendo ao princípio

(regra) da proporcionalidade. A coisa julgada dos processos estruturantes não será marcada por um momento único e rígido do processo. A mutabilidade dos problemas, dos provimentos jurisdicionais e das consequências advindas exigem que a coisa julgada seja maleável para garantir o direito à ampla defesa e contraditório daqueles que serão impactados pelas determinações.

O fim do processo orgânico não será marcado necessariamente pela plena resolução dos pontos. Se as instituições envolvidas estiverem dispostas a realizar as devidas correções para a conformação de valores públicos, o Judiciário poderá decretar o fim da ação. Apesar de não ser ideal, é possível que a extinção do feito pelo não atingimento de seus objetivos. No mesmo sentido, o encerramento do procedimento orgânico pela constatação de que a sociedade evoluiu e o plano de reestruturação ficou obsoleto denota outra possibilidade de fim dos processos estruturantes.

O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro tem contornos constitucionais e possui natureza ambivalente: podendo ser visto como política pública, associada à prestação de serviços públicos, e como direito público subjetivo diante de condutas lesivas. Alegações genéricas de falta de recursos não devem ser consideradas absolutas de plano. Ao contrário, a ausência de orçamento para a realização de políticas públicas enaltece a necessidade de intervenção do Judiciário: se o Legislativo e o Executivo, sendo poderes políticos por excelência, não conseguem organizar o orçamento público para a execução de políticas públicas, outra alternativa não resta senão a intervenção judicial para fazer viva os valores públicos fundamentais expressos na constituição. O excesso da judicialização da saúde mediante o ajuizamento de casos individuais, em verdade, demonstra que os atores políticos pouco têm se debruçado sobre os problemas coletivos: preferem cumprir as decisões individuais em prejuízo da concretização de políticas públicas efetivas. Essa postura causa diversos prejuízos à sociedade, o que torna necessário e legítima o ajuizamento de uma demanda estrutural em torno da saúde brasileira, especialmente quando considerada a dignidade da pessoa humana.

É fundamental que uma lide orgânica tramite em um foro adequado capaz de proporcionar as transformações imprescindíveis para a conformação de valores públicos. O STF, apesar de ter competência para julgar questões afetas às políticas públicas, economia e problemas sociais, possui alguns entraves práticos. A quantidade de processos, o número limitado de julgadores, a indispensável abertura popular. Por outro lado, entender que qualquer juízo singular seria apropriado para proferir decisões estruturantes põe em dúvida a coordenação das medidas reestruturantes que precisam ser proferidas de forma coordenadas

com os diversos interesses e sujeitos coordenados. Defende-se que o juízo adequado para a lide orgânica da saúde deve ser os Tribunais Regionais Federais. As demandas que tratam do Sistema Único de Saúde comumente envolvem a discussão de orçamento federal, o que já demonstra a competência inicial para essas Cortes federalizadas. Excepcionalmente em não havendo interesse do ente federal é possível devolver a competência à Justiça Estadual, conforme o artigo 45 do CPC/15.

A decisão partindo de um órgão colegiado, ao invés de um juiz singular, poderá sofrer menos influências de heurísticas e vieses cognitivas. O fato de o processo ser construído de maneira plural, não somente pelas partes, mas também pela existência de mais de um julgador pode reduzir as críticas quanto a eventuais erros ou arbitrariedades das decisões, dando maior legitimidade ao processo estruturante. A criação de câmaras especializadas e índices de produtividade diferenciados podem estimular os magistrados a proferirem decisões estruturantes com maior qualidade e dividindo o trabalho com outros juízes do colegiado. A estrutura física e de pessoal favorece que as decisões dos TRF's possam ter qualidade em comparação às demais espécies de justiças. Iniciando o processo em tribunal diminui-se a quantidade de recursos cabíveis, em comparação à competência originária de um juízo singular.

Durante a pandemia verificou-se que a alegação genérica de escassez orçamentária do Estado denota argumento falacioso de concretizar políticas públicas em torno da saúde. Diante da emergência sanitária verificou-se que o Estado Brasileiro conseguiu angariar verbas para implementar diversas medidas de urgência de combate à pandemia. Assim, se os poderes políticos genuinamente responsáveis por fazer alocação de recursos públicos não estão conseguindo fazer de maneira eficiente a distribuição de dinheiro e políticas públicas, maior será a legitimidade do Judiciário para conduzir processos estruturantes em torno da saúde.

Da análise dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal durante a pandemia coronavírus é possível verificar quais foram os pontos de maior crise jurídica e estarem associados ao direito à saúde no Brasil. Assim, a partir destes casos é possível traçar alguns eixos centrais que a reforma estruturante da saúde brasileira precisará conformar.

É fundamental que a reestruturação da saúde brasileira tenha como vetores de reestruturação institucional o aumento de leitos de UTI e a melhor distribuição deles, especialmente para dar mais assistência às regiões com menor infraestrutura. Participação dos setores privados de assistência à saúde são primordiais, pois, especialmente nos casos de urgência e na falta de condições basilares do setor público, os particulares serão acionados à concretização dos serviços e direitos fundamentais desta natureza por intermédio da

requisição administrativa. A contratação de pessoal qualificado para prestar assistência deverá estar equilibrada com o orçamento público para garantir serviços adequados. Garantia de medidas para a saúde das minorias, a exemplo dos presos, negros, indígenas, quilombolas e população LGBTQIA+ devem estar contempladas nos provimentos estruturantes.

A abertura democrática da ação estruturante não deve ser feita de maneira formal, e sim qualificada, prezando pelo contraditório substancial das partes e enaltecendo a transparência e publicidade de dados científicos que fundamentam os provimentos jurisdicionais. Em razão da multipolaridade e maior participação social deve o juiz fiscalizar, primordialmente com base em critérios materiais, a atuação dos litigantes evitando que interesses sub-reptícios sejam capturados pela ação estrutural.

Tratamentos preventivos, a exemplo das vacinas, devem seguir a tônica do SUS, considerando que tem a probabilidade de expor, com menor grau de risco, a saúde dos indivíduos, bem como se demonstra financeiramente mais eficiente e economicamente sustentável. É fundamental que o magistrado fique atento à necessidade de cooperação entre os entes federados, especialmente no que tange à distribuição de insumos para que a reestruturação das instituições ocorra de forma uniforme.

A interferência de fatores ideológicos marcará a disputa entre os sujeitos litigantes, motivo pelo qual será necessário tempo, racionalidade, sensibilidade e paciência para a transformação estrutural pretendida. Somente desse modo é possível fazer execuções progressivas, não somente no aspecto do serviço público, mas principalmente por uma necessidade tempo para absorver a transformação pretendida para que não caiam em retrocessos e ações reacionárias, como *backlash*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. **The Painful Prescription: Rationing Hospital Care**. Washington: The Brookings Institution, 1984.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 265, p. 13–23, 2014. DOI: 10.12660/rda.v265.2014.18909. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909>. Acesso em: 22 out. 2020.

AHSEB. Disponível em:

<<https://www.ahseb.com.br/segundo-oms-ideal-e-ter-de-3-a-5-leitos-para-cada-mil-habitantes-no-brasil-indice-medio-e-de-24/>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2ª. ed., 2015.

AMARAL-GARCIA, S. GAROUPA, N.; GREMBI, V. Judicial independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The case of Portugal. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 6, n. 2, 2009, p. 381-404. School of Law. Texas A&M University.

Disponível em:

<https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1622&context=facscholar>. Acesso em 4 jun. 2021.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas de. A sentença estruturante e o pleno acesso à justiça: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p.1135-1160.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo: RePro**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/78930>. Acesso em 21 out. 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: **processos estruturantes**. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org). 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como meta teoria normativa da decisão judicial. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

ASCHIDAMINI, Ione Maria; SAUPE, Rosita. GRUPO FOCAL ESTRATÉGIA METODOLÓGICA QUALITATIVA: UM ENSAIO TEÓRICO. **Cogitare Enfermagem**, [S.l.], v. 9, n. 1, jun. 2004. ISSN 2176-9133. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/1700>>. Acesso em: 23 maio 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/ce.v9i1.1700>.

ASSOCIAÇÃO Internacional para a Participação Pública. Disponível em: <<https://www.iap2.org/mpage/Home>>. Acesso em: 23 maio. 2022.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: Standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, v. 43, n. 282, ago. 2018, p. 113-139. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/173394>. Acesso em 8 fev. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública da Saúde**, realizada entre os dias 27/4/2009 e 7/5/2009.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 10.212, de 30 de janeiro de 2020**. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Brasília, DF. Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm. Acesso em 16 fevereiro de 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Emenda Constitucional n.º 109, de 15 de março de 2021**. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167-A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm. Acesso em 19 jun. 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm#. Acesso em 19 jun. 2021.

BROWN v. CONSELHO DE EDUCAÇÃO. **FindLaw**. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo : Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v.82, 1996, p. 92-151. Disponível em: <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em 19 mar 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2021.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. **Revista de Processo**, v. 2, n.5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan 1977, p. 128-159.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de ; MACHADO, Raquel. C. Ramos. Democracia participativa na gestão pública eficiente da cidade / Participatory democracy in efficient public management of the city. A&C. **Revista De Direito Administrativo & Constitucional**, v. 78, p. 115-136, 2019.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 consagra a teoria axiológica dos direitos e garantias fundamentais? **Revista Jurídica da FA7**, v. VI, p. 45-52, 2009. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/233/257/#:~:text=%C3%89%20elemento%20de%20integra%C3%A7%C3%A3o%20da,primordial%20auxiliar%20o%20int%C3%A9rprete%20constitucional.&text=O%20pre%C3%A2mbulo%20da%20>

Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal,dos%20direitos%20e%20garantias%20fundamentais.>. Acesso em 25 jun. 2021.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, n. 89, p. 1281-1316, May 1976. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340256>. Acesso em 22 set 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de derecho procesal civil**. Tomo II. Madrid: Reus, 1925.

CLAYTON, C. W. The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old institutionalisms. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). **Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. São Paulo, Abril Cultural, 1983.

CORONAVÍRUS Brasil. Disponível em: <https://COVID.saude.gov.br/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

COUTURE, Eduardo **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª ed. Buenos Aires: Delpama. 1958, p. 39-40.

CROSS, Frank B. Political science and the new legal realism: a case of unfortunate interdisciplinary ignorance. **HeinOnline**. 92 Northwestern University Law Review, pp 251-326. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/illlr92&div=12&id=&page=>. Acesso em 16 maio 2021.

DAHL, Robert Alan. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, v6, 1957. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/60188505fb790b33c3d33a61/t/6049c2bd69f212651b53aab3/1615446718720/DahlDecisionMaking.pdf>. Acesso em 05 jun. 2021.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, 2011. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf. Acesso em 22 set 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v. 8, n.1, jan-apr, 2017, p. 46-64. Disponível em: <<https://civilprocedurereview.com/revista/article/download/138/129>>. Acesso em 12 ago 2021.

DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n.1, p. 43-106, 1979. Semantic Scholar. Disponível em:

<https://www.semanticscholar.org/paper/The-Judge-as-Political-Powerbroker%3A-Superintending-Diver/61e74404de3782f0f3ac2d456ad3450a818448d9>. Acesso em: 08 abr 2021.

DUARTE, Gabriela Miranda. **Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?** 2017. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em:

https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf. Acesso em 14 fev 2022.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

EMENDA Constitucional no 106. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm>. Acesso em: 5 mar. 2022.

EM UM ANO, custo por paciente com Covid-19 em UTI aumenta 52% e se aproxima de R\$ 100 mil. **HOSPITAIS BRASIL**. Disponível em:

<https://portalhospitaisbrasil.com.br/em-um-ano-custo-por-paciente-com-COVID-19-em-uti-aumenta-52-e-se-aproxima-de-r-100-mil/>. Acesso em: 1 set. 2022.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington, D.C.: Washington University CQ Press, 1998.

EPSTEIN, Lee et al., The Supreme Court as A Strategic National Policymaker, 50 *Emory Law Journal*, 583-611, 2001. **Duke Law Scholarship Repository**. Disponível em:

https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6090&context=faculty_scholarship. Acesso em 11 jun de 2021.

EPSTEIN, L.; LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. **Journal of Legal Analysis**, v. 3, n. 1, 2011, p. 101-137. The University of Chicago. The Law School. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/626/. Acesso em 28 maio 2021.

ETHEREDGE, Lloyd S. The case of the unreturned cafeteria trays. **American Political Science Association**. International and Pan-American Copyright Conventions, 1976. Disponível em: <http://www.policyscience.net/ws/case.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

FACHIN, M. G.; BUENO SCHINEMANN, C. C. Decisões Estruturantes Na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais Da Tutela Jurisdicional De Direitos Prestacionais. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 211–246, 2018. DOI: 10.21783/rei.v4i1.247. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 3 out. 2021.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 87, p. 429-469, 2013. Scielo. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/bb8SYmw8QW3bspQZLGBkQ3p/?lang=pt#:~:text=ARTIGOS-,O%20STF%20e%20a%20agenda%20p%C3%BAblica%20nacional,outro%20desconhecido%20a%20supremo%20protagonista%3F&text=As%20rela%C3%A7%C3%B5es%20entre%20%20Supremo,dia%20a%20dia%20dos%20cidad%C3%A3os>. Acesso em 08 jun. 2021.

FALTA de seringas pode atrapalhar vacinação contra Covid no Brasil, alerta indústria. **ABIMO**. Disponível em: <https://abimo.org.br/clipping/falta-de-seringas-pode-atrapalhar-vacinacao-contra-COVID-no-brasil-alerta-industria/>. Acesso em: 5 set. 2022.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FELDMAN, Stephen Matthew. Rule of Law or the Rule of Politics? Harmonizing the Internal and External Views of Supreme Court Decision Making. **Law & Social Inquiry**, vol. 30. JSTOR. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4092669>. Acesso em 25 jun. 2021.

FEREJOHN, John. E PASQUINO, Pasquale. A Teoria da Escolha Racional na Ciência Política: Conceitos de Racionalidade em teoria política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol 16 n.45. fevereiro 2001. **Scielo**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/hGtJL4TztNbKmTR9HgQswZQ/?lang=pt>. Acesso em 11 jun 2021.

FERRARO, Marcella Pereira. Do Processo bipolar a um processo coletivo estrutural. **UFPR**, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 01 de abril de 2021.

FERRARO, Marcella Pereira. Litígios Estruturais: algumas implicações da publicidade no Processo. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

FINNEY V. MABRY, 455 F. Supp. 756. ED Ark. 1978. **Justia**. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/455/756/1416106/>. Acesso em: 22 jun. 2021.

FISS, Owen. Against settlement. **The Yale Law Journal**, vol. 93, 1984, p. 1073-1090. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/againstsettlement.pdf>. Acesso em 9 mar. 2022.

FISS, Owen. As formas de justiça. **Academia Edu**. Disponível em: <https://www.academia.edu/4966553/As_formas_de_justi%C3%A7a_Owen_Fiss>. Acesso em 28 abril de 2021.

FISS, Owen. **The Law as it could be**. New York: New York University Press, 2003.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição constitucional e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**: an introduction to Procedure. Nova York: Foundation Press, 2003.

FLETCHER, William. The Discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982. **The Yale Law Journal**. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16130>. Acesso em: 15 maio 2021.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, 2005, pp 257-337. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/30503832_The_Politics_of_Judicial_Review. Acesso em 13 jun 2021.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 398, 1978. **JSTOR**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340368>. Acesso em 20 jun. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1999.

GALDINO, Matheus Souza. A competência adequada nos Processos Estruturais e o direito brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Buenos Aires: Katz, 2014.

GEORGE FLOYD: um ano depois, EUA relembram assassinato que desencadeou protestos pelo mundo. **Mundo. G1**. Disponível em:

<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/05/25/george-floyd-um-ano-depois-eua-relembra-assassinato-que-desencadeou-protestos-pelo-mundo.ghtml>. Acesso em: 22 jun. 2021.

GILLMAN, Howard. Placing judicial motives in context: A Response to Lee Epstein and Jack Knight. **Law and Courts**. Vol. 7, n.2, p 10-13. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/60188505fb790b33c3d33a61/t/6050e383d9ab2b7087ae5ba3/1615913860618/newinstit.pdf>. Acesso em 14 maio 2021.

GILLMAN, Howard. The Court as an idea, not a building (or a game): Interpretative Institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making. **Supreme Court decision-making: New Institutional approaches**. GILLMAN, Howard; CLayton, Cornell W. The University of Chicago Press: Chicago, 1999.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial**. Curitiba: Juruá, 2018.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Como Decidem Os Juízes? Comparando Os Modelos Formais Explicativos Do Comportamento Judicial. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n.1, p. 228-255, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/372/485>. Acesso em 06 jun 2021.

GOVERNO Bolsonaro e gestão Doria dão início a guerra das seringas e agulhas - 18/12/2020. Equilíbrio e Saúde. **Folha**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/12/governo-bolsonaro-e-gestao-doria-dao-inicio-a-guerra-das-seringas-e-agulhas.shtml> . Acesso em: 5 set. 2022.

GOVERNO Bolsonaro impõe apagão de dados sobre a COVID-19 no Brasil em meio à disparada das mortes. Atualidade. **EL PAÍS Brasil**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-06/governo-bolsonaro-impoe-apagao-de-dados-sobre-a-covid-19-no-brasil-em-meio-a-disparada-das-mortes.html> . Acesso em: 19 ago. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos Intérpretes na Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS. Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 v. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARRIS, M. Kay; SPILLER JR., Dudley P. **After Decision: implementation of judicial decrees in correctional settings**. American Bar Association, 1977.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

HOBSBAWM, Eric J. **História Social do Jazz**. Tradução: Angela Noronha. 14ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

HOLMES, JR, Oliver Wendell. **The Common Law**. Versão Eletrônica. Projeto Gutenberg. New York: Dover, 1963.

HOLT v. SARVER EDArk. 1970. 309 F. Supp. 362 ED Ark. Julgamento. Lei. **CaseMine**. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c7a9add7b049347e4721>. Acesso em: 22 jun. 2021.

HOVENKAMP, Herbert. Coase, Institutionalism, and the Origins of Law and Economics. *In: Indiana Law Journal*. v. 86. Bloomington: Indiana University, 2011. Disponível em: <https://ilj.law.indiana.edu/articles/86/86_2_2_Hovenkamp.pdf>. Acesso em 03 de abr. de 2022.

HUTTO v. FINNEY. **FindLaw**. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/437/678.html>. Acesso em: 22 jun. 2021.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix; SQUADRI, Ana Carolina. O publicismo e o Privatismo no processo estrutural.: O papel do juiz e a audiência pública. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais*. 3. ed. rev., atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 835-852.

KACZOROWSKI, Robert J. The Politics of Judicial Interpretation: The Federal Courts, Department of Justice, and Civil Rights, 1866-1876. Fordham University Press, 2005. **JSTOR**. Disponível em: www.jstor.org/stable/j.ctt13wzwcz. Acesso em 29 abril de 2021.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**. New York: Oxford University Press, 2007.

KLARMAN, Michael J., Brown Vs. Board of Education: Law or Politics? (December 2002). Disponível em **SSRN**: <https://ssrn.com/abstract=353361>. Acesso em 11 jan. 2022.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960>. Acesso em 01 nov. 2022.

KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass. Availability cascades and risk regulation. **Stanford Law Review**, v. 51, p. 683-768, 1999.

LLEWELLYN, Karl Nickerson. **Jurisprudence: Realism in Theory and Practice**. New Jersey: University of Chicago Press, 2008.

MACHADO, Raquel Ramos; CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo. Democracia Participativa na gestão pública eficiente da cidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo &*

Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 115-135, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1181.

MADUREIRA, Cláudio. ZANETI JR., Hermes. processos estruturantes e Formalismo-Valorativo. *In*. SICA, Heitor. CABRAL, Antonio. SEDLACEK, Frederico. ZANETI JR., Hermes (Org.). **Temas de Direito Processual Civil Contemporâneo**. Serra: Editora Milfontes, 2019.

MAIS PROCURADO, SUS tem apenas 44% dos leitos de UTI do país. **Exame**. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/mais-procurado-sus-tem-apenas-44-dos-leitos-de-uti-do-pais/amp/>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

MARCH, James G. OLSEN, Johan P. The New institutionalism: organizational factors in political life. **The American Political Science Review**, vol. 78, n. 3, pp. 734-749. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1961840>. Acesso em 18 jun 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Modulação De Políticas Públicas Sanitárias Do Poder Executivo Pelo Supremo Tribunal Federal No Contexto Do Quadro Pandêmico Causado Pelo Coronavírus (Covid-19): Enfrentamento De Paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, pp. 76-100, Jan/Jun 2020, p. 87.

MARX, Karl. Manuscritos Econômicos-Filosóficos de 1844. *In* FERNANDES, Florestan (Org.). **Marx/Engels. História**. Tradução de Florestan Fernandes, Viktor von Ehrenreich, Flávio René Kothe et al. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1984.

McCLOSKEY, Robert G. **The Modern Supreme Court**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972.

McNOLLGAST. Politics and the courts: A positive theory of judicial doctrine and the rule of law. **South California Law Review**, 68, 1631-1683. 1994. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/62565193.pdf>. Acesso em 01 jun 2021.

MELLO, Maurício Correia de. A prova da discriminação por meio da estatística. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, DF, v. 15/18, n. 15/18, p. 157-164, 2006/2009. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/75840>. Acesso em 5 ago. 2022.

MITCHELL, Melanie. **Complexity: A guided tour**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MONTENEGRO, G. A. Enquanto a tempestade não vem: o caso Dred Scott e os diques e os diques rompidos de um conflito irrepresentável. **Ameríndia**, vol. 4, número 2/2007. **Periódicos UFC**. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/14928>. Acesso em: 9 jun. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A desmonopolização do poder. **Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 6 (Direito Político), 2000.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MURPHY, Walter Francis. **Elements of judicial strategy**. Chicago: University of Chicago Press, 1964.

NAGEL, S.; NEEF, M. Models of Judicial Decision-Making. *In*: JOHNSON, G. W. **American Political Science Research Guide**, v.1. New York: IFI/Plenum Data Company, 1977.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **A Influência de Fatores Extrajurídicos nas Decisões do STF**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 258.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

OMS considera movimento antivacina uma ameaça à saúde mundial. **VEJA**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/oms-considera-movimento-anti-vacina-uma-ameaca-a-saude-mundial/> . Acesso em: 1 set. 2022.

OSNA, Gustavo. Nem tudo, nem nada - Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 463- 489.

PEREIRA, Luiz Fernando C. **Medidas urgentes no direito societário**. São Paulo: RT, 2002.

PFIZER cobra R\$ 1 bilhão mais caro por novas doses de vacina. **ISTO É DINHEIRO**. Disponível em:

<https://www.istoedinheiro.com.br/pfizer-cobra-r-1-bilhao-mais-carro-por-novas-doses-de-vacina/> . Acesso em: 1 set. 2022.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

POLICIAL acusado de asfixiar afro-americano Eric Garner não será denunciado. Publicado em 17 jul. 2019. **UOL Notícias**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2019/07/17/policial-acusado-de-asfixiar-afro-americano-eric-garner-nao-sera-denunciado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2021.

POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PRITCHETT, C. H. Public Law and Judicial Behavior. *The Journal of Politics*, v.30, n. 2, 1968, p. 480-509. **JSTOR**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2128450>. Acesso em 20 abr. 2021.

PRITCHETT, Charles Herman. The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947. New York: The MacMillan Company, 1948, p. 308-319. **Law Indiana**. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3795&context=ilj>. Acesso em 22 mar 2021.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 91-146.

PUGA, Mariela. El Litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, 2014, pp. 41-82, Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em 31 de mar. de 2021.

ROBERTS, J. A. The National Health Service in the UK: From Myths to Markets. **Health Policy and Planning**, vol. 4, no. 1, 1989, pp. 62–71. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/45088780>. Acesso em 6 set. 2022.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As Structural Injunctions e o direito processual brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, 752.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (coord.). **Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos processuais com mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 779-814.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, vol. 89, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em 13 out. 2022.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

ROSENFELD, Michael. The Rule of Law, and the legitimacy of Constitutional Democracy. Cardozo Law School, Working Paper Series N. 36, mar. 2001. **SSRN**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=262350. Acesso em 10 jun 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB**, Ano 1 (2012), n.º 1, p. 435-483. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5468044/mod_resource/content/1/5.%20SALAMA.%20Hist%C3%B3ria%20do%20decl%C3%ADnio%20e%20queda%20do%20eficientismo%20em%20Posner.pdf. Acesso em 17 mar. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e Consequência: em busca de um discurso sobre o método. *In*: SALAMA, Bruno. **Estudos em Direito & Economia**. Curitiba: EVG, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMIDT, Vivien A. Talking ideas and discourse seriously: explaining change through discursive institutionalism as the fourth ‘new institutionalism’. **European Political Science Review**, vol. 2, ed. 1, mar 2010, pp. 1-25. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-political-science-review/article/abs/taking-ideas-and-discourse-seriously-explaining-change-through-discursive-institutionalism-as-the-fourth-new-institutionalism/52E2EB2B9A70D72CEB63CAA0E3B9F516>. Acesso em 18 jan. 2021.

SCHUBERT, Glendon. **The Judicial Mind: attitudes & ideologies of Supreme Court Justices 1946-1963**. Evanston: Northwestern University Press, 1965.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices. *The American Political Science Review*, vol. 83, n. 2, junho de 1989, p. 557-565. **JSTOR**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1962405>. Acesso em 11 jun 2021.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

SEGAL, Jeffrey A. Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model. **Supreme Court decision-making: New Institutional approaches**. GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. The University of Chicago Press: Chicago.

SHAPIRO, David L. Some thoughts on intervention before courts, agencies, and arbitrators. **Harvard Law Review**. v. 81, n. 4, p. 721 - 772, 1968. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1339526>>. Acesso em 11 de jun de 2022.

SOUZA JÚNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os Juízes são cientistas nem os tribunais são laboratórios - a prova estatística. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

SÓ 10% das cidades do país têm a quantidade mínima de leitos segundo OMS. **Exame**. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/so-10-das-cidades-do-pais-tem-a-quantidade-minima-de-leitos-segundo-oms/>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

STURM, Susan P. A Normative Theory of Public Law Remedies. **The Georgetown Law Journal**, vol. 79, 1991, pp. 1355-1446. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1110/>. Acesso em 01 de abr. de 2021.

SUNSTEIN, Cass. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 124, 2001.
SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary**. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. *In*: SUNSTEIN, Cass. **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge, 2000.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884983>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5884983>> Acesso em 16 mar. de 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Consultar Processo Eletrônico. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5884983>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6107487>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6113827>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6121682>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6126281>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5901154>>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886574> . Acesso em: 5 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5931727> . Acesso em: 6 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038> . Acesso em: 6 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870> . Acesso em: 6 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402> . Acesso em: 6 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6067919> . Acesso em: 6 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6235708> . Acesso em: 6 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034102> . Acesso em: 7 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6082343> . Acesso em: 7 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541> . Acesso em: 8 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6035593> . Acesso em: 8 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379> . Acesso em: 7 mar. 2022.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6069055> . Acesso em: 8 mar. 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

TCU aponta que falta de médicos é principal problema do SUS. **Senado Notícias**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/08/tcu-aponta-que-falta-de-medicos-e-principal-problema-do-sus> . Acesso em: 19 ago. 2022.

TIDMARSH, Jay; TRANGRUD, Roger H. **Complex litigation**: problems in advanced civil procedure. New York: Foundation Press, 2002. Disponível em <<https://innopac.law.nd.edu/record=b1211506>>. Acesso em 22 set 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUSHNET, Mark V. **The NAACP 's Legal Strategy Against Segregated Education, 1925-1950**. Chape Hill, The University of North Carolina Press, 1987.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**: Another Time, a Greater Task. New York: Verso, 2015.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Análise de políticas de saúde. *In*: GIOVANELLA, Lígia et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. Os processos estruturantes entre a máxima do interesse público e o paradigma de flexibilidade processuais: reflexões sobre o contraste à luz do regime de estabilidades processuais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

VIOLIN, Jordão. Holt V. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 637-686.

VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo e Protagonismo Judiciário**. O controle de decisões políticas mediante ações coletivas. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 68. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25505/DISSERTACAO%20COMPLETA%20JORDAO%20VIOLIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23 set. 2021.

VITORELLI, Edilson. Levando Os Conceitos A Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico E Suas Diferenças. **Revista de Processo**. 2018, v. 284, p. 333-369.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Coletivo: dos Direitos aos Litígios Coletivos**. São Paulo: RT, 2016.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à Participação**: Técnicas de atuação interativa em litígios complexos. Salvador: Juspodivm, 2022.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**, v. 31, n. 139, p. 28-35, 2006. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002297192>. Acesso em 3 jan 2022.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles School Case. **UCLA Law Review**. vol. 25, 1977, p. 244-260. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uclalr25&div=23&id=&page=>. Acesso em 5 jan. 2022.

YOUNG, Iris Marion. representação política, identidade e minorias. Trad. Alexandre Morales. **Revista Lua Nova**, v.67, p. 139-190, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/346M4vFfVzg6JFk8VZnWVvC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 22 maio 2022.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional de justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional.. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 41-45. Disponível em: https://www.academia.edu/17353285/A_Teoria_da_Separa%C3%A7%C3%A3o_de_Poderes_e_o_Estado_Democr%C3%A1tico_Constitucional_Fun%C3%A7%C3%B5es_de_Governo_e_Fun%C3%A7%C3%B5es_de_Garantia. Acesso em 22 nov. 2021.