

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**PROCESSO ESTRUTURANTE E A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL À LUZ  
DO RE 592.581/RS.**

VICTOR MONTEIRO ASSAYAG

Rio de Janeiro

2024

VICTOR MONTEIRO ASSAYAG

**PROCESSO ESTRUTURANTE E A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL À LUZ  
DO RE 592.581/RS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Me. Walter dos Santos Rodrigues

Rio de Janeiro  
2024

## CIP - Catalogação na Publicação

A844p Assayag, Victor Monteiro  
Processo estruturante e a flexibilização  
procedimental à luz do RE 592.581/RS / Victor  
Monteiro Assayag. -- Rio de Janeiro, 2024.  
90 f.

Orientador: Walter dos Santos Rodrigues.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. Direito processual civil. 2. Processo  
estruturante. I. Rodrigues, Walter dos Santos,  
orient. II. Título.

VICTOR MONTEIRO ASSAYAG

**PROCESSO ESTRUTURANTE E A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL À LUZ  
DO RE 592.581/RS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Me. Walter dos Santos Rodrigues

Data da Aprovação:

Banca Examinadora:

---

Professor Me. Walter dos Santos Rodrigues – Orientador

---

Professora Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza – Membro da Banca

---

Professor Dr. Felipe Borring Rocha – Membro da Banca

Rio de Janeiro

2024

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço ao meu pai, Rubens, que me incentivou diariamente, perguntando sobre o andamento do trabalho, o tema, as peculiaridades jurídicas do caso e me cobrando. Você é a mola propulsora que me permite encarar cada novo desafio que aparece. Perdemos e vencemos juntos.

A minha mãe que foi um oceano de amor e escuta durante toda a minha vida, mas que me ensinou o valor da disciplina e do trabalho duro. Seu exemplo me inspira a sempre tentar ser uma pessoa melhor.

Também aos meus demais familiares por todo carinho e incentivo.

Não poderia esquecer aqueles que são a minha outra base de apoio: meus amigos. Nossas conversas e passeios sempre iluminaram a minha mente, principalmente nos momentos em que o caminho era mais incerto. Cada risada que dividimos tornou esse trabalho um pouco menos difícil e serei eternamente grato a vocês.

Institucionalmente, a Faculdade Nacional de Direito que me deu a oportunidade de conhecer o direito e grandes mestres, que me inspirarão para o resto da minha vida.

Ao meu orientador, Prof. Walter Rodrigues pela prestatividade e compreensão de sempre, compartilhando artigos, ensinamentos e sabias palavras que contribuíram para a formulação desse trabalho acadêmico.

Por fim, a espiritualidade que está ao meu redor e me proporciona conforto quando tudo parece difícil. Sem fé eu jamais seria capaz de superar os obstáculos que surgem nessa caminhada.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a analisar as limitações do Código de Processo Civil (CPC) na tutela de litígios complexos, decorrentes da forte influência do modelo processual clássico, de caráter individualista e patrimonialista, que manifesta-se, principalmente, por meio da rigidez processual e da lógica bipolar. Em razão disso, buscou-se avaliar a alternativa do processo estruturante, de origem norte americana, suas características e formas de implementa-lo no ordenamento jurídico nacional para verificar se essa forma de tratamento seria mais adequada para prestação de uma tutela jurisdicional aos casos complexos. Por fim, analisou-se a dimensão prática, a partir do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, correspondente ao caso “Albergue Estadual de Uruguaiana”, no qual o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão de caráter predominantemente estruturante para solucionar a problemática

**Palavras-chave:** Modelo processual clássico. Lógica bipolar. Processo estruturante. Decisão estruturante. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Albergue Estadual Uruguaiana.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the limitations of the Code of Civil Procedure (CPC) in the protection of complex litigation, resulting from the strong influence of the classical procedural model, of an individualistic and patrimonialist nature, manifested mainly in procedural rigidity and bipolar logic. For this reason, we sought to evaluate the alternative of the structuring process, of North American origin, its characteristics and ways of implementation in the national legal system, in order to see if this form of treatment would be more suitable to provide jurisdictional protection in complex cases. Finally, the practical dimension was analyzed on the basis of the Extraordinary Appeal 592.581/RS, corresponding to the "State Hostel of Uruguaiana" case, in which the Federal Supreme Court issued a predominantly structuring decision to resolve the problem.

**Keywords:** Classical procedural model. Bipolar logic. Structural process. Structural decision; Extraordinary Appeal n° 592.581/RS. State Hostel of Uruguaiana.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
CDC – Código de Defesa do Consumidor  
CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário  
CPC – Código de Processo Civil de 2015  
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional  
FUNPEN - Fundo Penitenciário Nacional  
HC – *Habeas Corpus*  
IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas  
LACP – Lei de Ação Civil Pública de 1985  
LEP – Lei de Execução Penal de  
MIN - Ministro  
RE – Recurso Extraordinário  
STF – Supremo Tribunal Federal  
SUSEPE – Superintendência dos Serviços Penitenciários  
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>A LÓGICA BILATERAL NO PROCESSO CIVIL</b> .....	<b>13</b>
<b>2.1</b>	<b>Característica</b> .....	<b>15</b>
2.1.1	Bipolaridade.....	15
2.1.2	A preocupação retrospectiva e episódica da tutela .....	16
2.1.3	A interdependência entre o remédio e a tutela .....	17
2.1.4	O controle das partes sobre o processo .....	18
<b>2.2</b>	<b>Reflexos da lógica bipolar no processo coletivo</b> .....	<b>18</b>
<b>2.3</b>	<b>Elementos da lógica bipolar no direito processual civil brasileiro</b> .....	<b>22</b>
2.3.1	A petição inicial e o nascimento da demanda.....	22
2.3.2	Os princípios da demanda e congruência e suas limitações .....	24
2.3.3	O sistema probatório e seu viés retrospectivo .....	25
2.3.4	Formas de representação e participação .....	26
2.3.5	A coisa julgada .....	28
<b>3</b>	<b>OS PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO ALTERNATIVA DE TRATAMENTO AOS LITÍGIOS COMPLEXOS</b> .....	<b>31</b>
<b>3.1</b>	<b>Origem</b> .....	<b>32</b>
3.1.1	Antecedentes.....	32
3.1.2	Caso Brown v. Board of Education of Topeka .....	34
<b>3.2</b>	<b>Noções conceituais</b> .....	<b>37</b>
<b>3.3</b>	<b>Objetivos</b> .....	<b>40</b>
<b>3.4</b>	<b>Características</b> .....	<b>41</b>
3.4.1	Policentria.....	41
3.4.2	Prospectividade e continuidade.....	43
3.4.3	Objeto do processo construído conjuntamente pelas partes .....	44
3.4.4	Participação do juízo no processo de desenvolvimento e implementação da decisão .....	46
<b>3.5</b>	<b>Caminhos para efetivação do processo estruturante no direito brasileiro</b> .....	<b>47</b>
3.5.1	Aumento da representatividade.....	48
3.5.2	O art. 139, IV do CPC como meio para as decisões estruturantes .....	51
3.5.3	A forma de tratamento das ações individuais com natureza estruturante .....	52
3.5.4	Flexibilização procedimental.....	53
<b>4</b>	<b>ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581/RS</b> .....	<b>57</b>

<b>4.1</b>	<b>A tramitação do caso “Albergue Estadual de Uruguaiana”</b> .....	<b>57</b>
<b>4.2</b>	<b>O voto paradigmático do ex-Ministro Ricardo Lewandowski</b> .....	<b>63</b>
4.2.1	A existência de problema estrutural .....	63
4.2.2	As violações sistemáticas a normas internas e internacionais .....	66
4.2.3	A intervenção judicial no âmbito das políticas públicas .....	68
4.2.4	A questão orçamentária .....	70
<b>4.3</b>	<b>Os votos dos demais Ministros</b> .....	<b>71</b>
4.3.1	Voto do Ministro Fachin .....	71
4.3.2	Voto do Ministro Barroso .....	73
4.3.3	Votos dos ex-Ministros Celso de Mello e Rosa Weber .....	74
4.3.4	Votos dos Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux .....	75
4.3.5	Voto da Ministra Cármen Lúcia .....	76
4.3.6	Voto do Ministro Gilmar Mendes .....	77
<b>4.4</b>	<b>Conclusões da análise</b> .....	<b>78</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>81</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>84</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Processo Civil, tanto como instrumento da jurisdição quanto como disciplina jurídica, foi constituído para lidar preponderantemente com conflitos individuais de caráter patrimonial, tipicamente ilustrados pela lógica bipolar, na qual autor e réu encontram-se em posições diametralmente opostas. Todavia, esse fato não impediu que o direito processual civil brasileiro desenvolva-se um amplo arcabouço normativo para tutelar direitos coletivos, como, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, sofrendo, contudo, a influência desse modelo sobre seus instrumentos e mecanismo, resultando em um procedimento inadequado para lidar especificamente com litígios complexos. Diante disso, o presente trabalho buscou na doutrina norte-americana o instituto do processo estruturante como alternativa procedimental para tutela desses casos, marcados, principalmente, pela alta complexidade e conflituosidade.

Por essa razão, o trabalho se concentrou, inicialmente, em analisar as principais características do modelo processual clássico definidas por Abraham Chayes como: bipolaridade, preocupação retrospectiva e episódica da tutela, interdependência entre remédio e tutela e o controle das partes sobre o processo; bem como a forma que elas se manifestam no ordenamento jurídico brasileiro, os problemas gerados no âmbito da tutela dos litígios complexos e como o processo estruturante poderia proporcionar um tratamento diferenciado a esses casos.

Para tanto, foi feito um estudo de caso do julgamento do Recurso Extraordinário 592.581/RS, no qual figurou um caso estruturante e foram utilizadas algumas técnicas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, os objetivos específicos do presente trabalho consistem em (i) compreender as bases e características do modelo processual clássico e a razão da sua inaptidão para tutela de litígios complexos; (ii) conceituar o processo estruturantes, seus elementos e elencar suas principais características; e (iii) compreender como um modelo processual estruturante pode servir para solucionar litígios complexos, com base no exemplo da decisão proferida no Recurso Extraordinário 592.581/RS.

A principal metodologia empregada na pesquisa foi o estudo de caso, se concentrando nas decisões proferidas pelo STF no Recurso Especial 592.581/RS. Paralelamente, pesquisou-se conteúdos na doutrina, em trabalhos de conclusão de

curso, em teses de mestrado, doutorado e artigos aptos a proporcionar a compreensão dos temas referentes ao modelo processual clássico, ao processo estruturante e as particularidades do julgado supracitado. Ressalta-se que o trabalho não se limitou a mera análise genérica dos institutos e mecanismos processuais, buscando, dessa forma, entender criticamente o objeto estudado e suas reflexões no processo brasileiro e no caso Albergue Estadual de Uruguaiana.

Diante disso, o primeiro capítulo discorreu sobre o conceito de modelo processual civil clássico, suas características, formas de manifestação no direito processual civil brasileiro e como a tutela coletiva se desenvolveu no Brasil para compreender os impactos no tratamento processual dado aos litígios complexos. Tal análise, revelou que nesses casos é reproduzida a lógica bipolar dos casos individuais e privados com algumas particularidades da tutela coletiva.

Já o segundo capítulo, destina-se a conceituação do processo estruturante, a contextualização histórica de sua origem e a definição de suas características essenciais para compreender as razões pela qual ele pode fornecer uma tutela adequada aos litígios complexos. Também foi analisado as potenciais formas de implementação desse modelo no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos dispositivos do código de processo civil, especialmente o art. 139, IV que pode atuar como um permissivo legal para que sejam proferidas decisões estruturantes.

Por fim, o terceiro capítulo é direcionado ao estudo do Recurso Extraordinário 592.581/RS que traz à tona o caso “Albergue Estadual Uruguaiana”, o qual foi escolhido para ser objeto do trabalho por apresentar um problema estrutural comum a realidade brasileira que diz respeito as condições desumanas presentes nos estabelecimentos prisionais, especificamente o Albergue Estadual Uruguaiana, a qual estão submetidos os apenados e, principalmente, a concessão pelo STF de medida estruturante para reformar esse estabelecimento requerida pelo MPERS. Nota-se que o aspecto estrutural desse caso consiste majoritariamente na repercussão geral atribuída ao tema, que levará a diversas decisões em cascata de instâncias inferiores em lides semelhantes, as quais poderão ser úteis para resguardar os direitos fundamentais e pela multiplicidade de partes representadas por diversos entes federados, instituições e ONG’s que ingressaram no processo para se manifestar sobre o tema.



## 2 A LÓGICA BILATERAL NO PROCESSO CIVIL

Originariamente, o processo civil foi criado para resolução de conflitos individuais de natureza patrimonialista e individualista (PICOLI, 2018, p. 12). Tais controvérsias eram notoriamente privadas e episódicas entre autor e réu, refletindo a estrutura triádica da relação jurídica processual, na qual há dois interesses diametralmente opostos, decididos por um terceiro imparcial que aplica a lógica “o vencedor leva tudo” (CHAYES, 1976, p. 1282). Essa dinâmica ilustra o pensamento bipolar que vigora na maioria dos casos, como, por exemplo, quando o credor ajuíza ação contra o devedor requerendo o pagamento de uma dívida ou a entrega de um bem acordado (FERRARO, 2015, p. 6)

Nesse sentido, Arenhart (2013, p. 389) afirma que até mesmo as diversas hipóteses de intervenções de terceiros admitidas pelo ordenamento jurídico se enquadrariam a esse modelo, pois esses interessados ao ingressarem no feito se “convertem” em integrantes de um dos polos ou são implicitamente assimilados a um deles. Chayes (1976, p. 1282) também sustenta que essas formas de participação de terceiros seriam tratadas pelas partes e corte como excepcionais e indesejadas.

Nas palavras de Silva (2004, p. 56) “[...] a influência exercida pelo individualismo sobre o processo civil é enorme, uma vez que os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais”

Porém, o avanço social levou ao desenvolvimento de novas relações jurídicas que evidenciaram a inadequação do modelo processual clássico para tutelar direitos coletivos, devido ao seu procedimento deficiente que é ausente de respostas e institutos processuais compatíveis para lidar com conflitos dessa natureza (MARÇAL, 2018, p.15).

Por essa razão, a doutrina passou a dar especial atenção aos litígios coletivos, desenvolvendo formas de tratamento processual mais adequadas e eficientes, como se verá no tópico 2.2 (MARÇAL, 2018, p.16).

Além disso, o crescimento de uma sociedade “de massa” criou novos tipos de relações jurídicas marcadas pela repetitividade, reforçando a insuficiência do processo clássico para tratar de litígios individuais e coletivos (MOREIRA, 1991, p. 187), especialmente no âmbito dos direitos individuais homogêneos e lides comuns que se repetem em processos com objetos diversos. (TEMER, 2016, p. 35-37).

Para tanto, o legislador do CPC/2015, inspirado na doutrina e direito estrangeiro, criou o microsistema de resolução de causas repetitivas, trazendo, conjuntamente, outros institutos como a súmula vinculante, a suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos e o pedido de uniformização de lei no âmbito dos juizados especiais (MARÇAL, 2018, p. 17).

Apesar dessa lógica atender razoavelmente as lides clássicas, de caráter individual e patrimonial, o mesmo não se pode dizer dos litígios estruturantes, também chamados de “policêntricos”, “multipolares”, ou “multifocais, que envolvem um problema de caráter estrutural, ou seja, com uma série de padrões institucionais que provocam a mesma violação de direitos ou que envolvam interesses conflituosos entre diferentes pessoas ou grupos, especialmente no âmbito das políticas públicas, obrigando o juiz a escolher entre apenas duas propostas de solução, implicando, eventualmente, em injustiças (MARÇAL, 2018, p.17-18).

Arenhart destaca a relevância dos litígios estruturantes no campo da tutela coletiva, pois haveria uma interferência peculiar nas esferas econômico, social, cultural e político, especialmente nos casos envolvendo políticas públicas:

Pense-se em uma demanda em que certa pessoa pretende uma cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde. Ao contrário do que se pode imaginar, este (aparentemente) inocente litígio não é apenas entre o seu direito à saúde (ou à vida) e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Ele embute em seu seio graves questões de política pública, de alocação de recursos públicos e, ultima ratio, de determinação do próprio interesse público. Com efeito, o juiz, ao decidir essa demanda, poderá estar, por exemplo, desalojando da prioridade de cirurgias do Poder Público outro paciente quiçá em estado ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando recursos – dinheiro, pessoal, tempo etc. – de outra finalidade pública essencial. E sem dúvida, estará, sempre, interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão (ARENHART, 2013, p. 3)

Ressalta-se que diversos processos dessa natureza já tramitam no Judiciário brasileiro, como, por exemplo, os casos que tratam de falta de vagas em escolas públicas, demarcação de terras indígenas, ausência de infraestrutura em estabelecimentos prisionais, dentre muitos outros. (VITORELLI, 2016, p. 559).

Diante disso, serão analisadas as características do modelo tradicional de adjudicação de litígios para compreender suas inadequações frente aos litígios estruturais.

## 2.1 Característica

Um dos principais críticos do processo civil tradicional foi Abraham Chayes (1976), que em seu trabalho “*The Role of the Judge in Public Litigation*”, identificou as características essenciais do modelo tradicional de adjudicação de conflitos que são: a bipolarização, a preocupação retrospectiva, a interdependência entre direito e remédio, a atuação episódica e o controle das partes sobre o processo.

Apesar das críticas serem direcionadas ao sistema anglo-americano da década de 60, as características apresentadas por ele ainda apresentam grande correspondência e incidência no cenário brasileiro contemporâneo, em razão do predomínio do modelo processual clássico.

### 2.1.1 Bipolaridade

Segundo Chayes (1976, p. 1282), a bipolarização do processo corresponde a relação jurídica processual estruturada “a partir de dois interesses unitários, diametralmente opostos, que serão decididos pela lógica “o vencedor leva tudo”, que alcança até mesmo o instituto da intervenção de terceiros, já que a ocorrência desse fenômeno jurídico é tratada tanto pelas partes, como pela Corte, como excepcional e indesejado (CHAYES, 1976, p. 1282). Tanto é assim que o nosso ordenamento caracteriza esta forma de participação processual como excepcional.

A base teórica desse modelo é encontrada no pensamento oitocentista, de natureza individualista e patrimonialista, que é regido pelos princípios da liberdade, propriedade e segurança jurídica, na qual o procedimento é considerado como assunto exclusivo das partes (PICOLI, 2018, p. 17).

Contudo, ao tratar o processo de maneira adversarial nos casos envolvendo políticas públicas assume-se o risco de ignorar os interesses adjacentes envolvidos, como o do próprio Estado ou sociedade, e de proferir decisões contraditórias (PICOLI, 2018, p, 17)

E nem mesmo as ações coletivas escapam dessa lógica, uma vez que a decisão que declara uma coletividade vencedora contra o Estado possui capacidade limitada de produzir alterações no mundo fático e, ainda que consiga, pode não ser compatível com a realidade dos campos econômico, político, atuarial e institucional (PICOLI, 2018, p, 18)



Tal quadro, evidência a necessidade de implementar uma nova forma de tratamento para tutelar adequadamente os direitos nos litígios complexos, pois essa espécie de demanda apresenta uma série de particularidades que são incompatíveis com esse modelo clássico.

### 2.1.2 A preocupação retrospectiva e episódica da tutela

Para Chayes (1976, p. 1282), em regra, uma ação civil é formada por um conjunto determinado de eventos, que trata da sua ocorrência ou não e das eventuais consequências jurídicas decorrentes dele. Por essa razão, construiu-se um modelo adjudicatório com um viés reativo, no qual a resposta jurisdicional é posterior a violação e com atuação restrita sobre ela (PICOLI, 2018, p.18).

Nesse contexto, Picoli (2018, p. 18) esclarece que a tutela inibitória, prevista no art. 497, parágrafo único, do CPC<sup>1</sup> também se encaixaria nessa premissa, porque mesmo que ela seja efetivada a forma de atuação jurisdicional manterá seu foco em um episódio específico de tempo e espaço (CHAYES, 1976, p. 1282-1283).

Em qualquer dos casos, os efeitos da decisão estarão restritos às partes, independente do autor ser individual ou coletivo, e caso sua pretensão seja julgada procedente, haverá uma compensação financeira (mediante equivalente pecuniário) ou a determinação de uma conduta específica do réu. Em contrapartida, se o réu for vitorioso, a situação se manterá (PICOLI, 2018, p. 18). Assim, Picoli concluiu que:

A atuação jurisdicional, ademais, visa em especial retomar o status quo anterior. Pressupõe-se um estado de coisas “bom”, negativamente afetado pela ação de determinado ator social. Por consequência, o escopo adjudicatório é limitado e se torna axiologicamente “neutro”, menos importando os resultados da decisão do que o ato de decidir em si considerado – há, afinal, uma presunção de justiça da situação anterior (PICOLI, 2018, p. 18).

Evidente, portanto, que a atuação jurisdicional seria apenas repressiva e não preventiva, limitando-se a resolver problemas já existentes. Nesse sentido, Picoli (2018, p. 19) discorre que essa forma de atuação leva a uma série de problemas,

---

<sup>1</sup> Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

dentre os quais estão: (i) a insustentabilidade das medidas particularistas a longo prazo; (ii) a proliferação de demandas idênticas; (iii) a prioridade na resolução das consequências e não na origem do litígio; e (iv) a incapacidade de proporcionar decisões criativas e efetivamente adequadas ao caso concreto que promovam os direitos fundamentais

### 2.1.3 A interdependência entre o remédio e a tutela

De acordo com Chayes (1976, p. 1282) o processo seria regido por uma premissa quase intuitiva da existência de uma correspondência entre violação e reparação. Dessa forma, o autor receberia o equivalente ao que perdeu do réu, demonstrando o papel predominantemente compensatório da tutela jurídica. O mesmo ocorre na tutela inibitória, porém limitando-se ao provável ato contrário ao direito (PICOLI, 2018, p. 19).

Consequentemente, essa dinâmica engessa a resposta jurisdicional ao problema imediato, pois se esquia de questões como o contexto de nascimento do litígio, as perdas sofridas pela sociedade e quais outras medidas poderiam evitar o surgimento de casos semelhantes, esgotando, portanto, o processo no julgamento de mérito (PICOLI, 2018, p. 19).

Picoli (2018, p. 19) acrescenta que o problema seria ainda mais grave no campo das políticas públicas, uma vez que a solução imediata esconderia falhas sistêmicas e institucionais potencialmente maiores.

Assim, torna-se necessário uma atuação criativa e proficiente do julgador para lidar adequadamente com as violações, de modo que, em alguns casos, será preciso ir além dos limites do problema suscitado.

#### 2.1.4 O controle das partes sobre o processo

Para Chayes (1976, p. 1283) o processo tradicional é iniciado e controlado pelas partes, com um julgador imparcial que deve decidi-lo nos termos da lei, limitando-se ao pedido da parte, trazendo à tona o arquétipo de magistrado “boca da lei” presente no sistema da *civil law*.

Já para Fiss (1879, p. 37-38), um dos pioneiros no tratamento dessa problemática, as ações que buscam a resolução de conflitos formariam uma relação jurídica tríplice, na qual o autor litiga contra o réu e o juiz apenas age passivamente. Nessa estrutura cada parte da ação teria uma função bem delimitada: o autor é o agente ativo e beneficiário do remédio; o réu é o responsável por arcar com as despesas do processo e com as questões oriundas da procedência do pedido; e o juiz é quem decide entre as teses apresentadas pelas partes.

Por sua vez, Picoli (2018, p. 20) sustenta que no campo das políticas públicas está forma de tratar o processo mostra-se inadequada, pois é incompatível com o objeto das demandas que, normalmente, ultrapassam os limites da declaração da lei, especialmente por tratarem de direitos sociais que demandam do julgador um papel mais ativo concretizar os valores públicos constitucionais

## 2.2 Reflexos da lógica bipolar no processo coletivo

Segundo Grinover (1984, p. 4), o desenvolvimento social levou a novas problemáticas que não se amoldavam mais ao processo civil tradicional por apresentarem conflitos de interesses coletivos e transindividuais que abrangem a coletividade ou grupos de pessoas, obrigando o direito brasileiro a elaborar institutos e mecanismos processuais aptos a tutelar o processo coletivo

Após diversas discussões doutrinárias sobre o assunto e a criação de diversas leis, formou-se o microssistema de processos coletivos brasileiro. Alguns juristas cogitaram a criação de um código de processo coletivo para tratar especificamente do assunto, porém até o presente momento o projeto não avançou (NEVES, 2024, p. 43)

O objetivo desse microssistema é proteger os direitos coletivos que, de acordo com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), incluem os direitos individuais homogêneos, os direitos transindividuais ou difusos e os direitos

coletivos em sentido estrito (BRASIL, 1990, *online*). Luanardi (2018, p. 58) afirma que os direitos “coletivizáveis” também estariam abrangidos por essa tutela “[...] aqueles que, embora individuais, podem ser tutelados coletivamente, com fundamento na universalização, eficiência e isonomia”.

Esse microsistema foi inaugurado pela Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965) e posteriormente composto pelos seguintes diplomas normativos: Lei de Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), Constituição Federal de 1988, que previu o tema, em seu título II, dos direitos e garantias fundamentais, e o CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) que trouxe as disposições gerais sobre a defesa coletiva de interesses e direitos.

A Lei da Ação Popular possui grande relevância por ser a primeira lei a disciplinar a matéria conferindo proteção ao patrimônio público e legitimidade ativa ao cidadão (MONTEIRO, 2021, p. 36). Contudo, no cotidiano forense, esse procedimento mostrou-se inefetivo, pois o Código de Processo Civil de 1973 não previu nada sobre o tema, reforçando a influência do modelo de processo clássico sobre ele.

Já a Lei de Ação Civil Pública dispôs sobre o procedimento da ação civil pública de responsabilidade por danos coletivos que, inicialmente, buscava proteger o “meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (MONTEIRO, 2021, p. 36). Posteriormente, esse rol foi ampliado para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (CDC), “ordem econômica” (Lei nº 12.529, de 2011); “ordem urbanística”, (Medida provisória nº 2.180-35, de 2001); “honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos”, a (Lei nº 12.966, de 2014); e, por fim, do “patrimônio público e social”, inclusão advinda da Lei nº 13.004, de 2014 (BRASIL, 1985, *online*).

Além disso, o art. 5 da LACP conferiu legitimidade ativa para propositura da ação principal e cautelar ao Ministério Público, a Defensoria Pública, aos entes federados, as entidades da administração indireta e as associações que cumpram os requisitos previstos na referida lei (MONTEIRO, 2021, p. 37). Acrescenta-se que o art. 8, §1º da LACP estabeleceu que o Ministério Público poderá instaurar inquérito civil que valerá como prova da petição inicial, reforçando o papel do *parquet* como defensor da ordem jurídica e do regime democrático (MONTEIRO, 2021, p. 37).

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, ampliou-se o acesso à justiça por meio do processo coletivo, prevendo-se institutos como o mandado de

segurança coletivo (art. 5, LXX, CRFB), a legitimidade de associações (art. 5, XXI, CRFB), a defesa por sindicato (art. 8, III, CRFB); a inclusão no objeto da ação popular da defesa “moralidade administrativa e do meio ambiente” (art. 5, LXXIII, CRFB); legitimidade ativa dos indígenas, suas comunidades e organizações para ajuizamento de ações, em prol dos seus interesses e direitos (art. 232, LXXIII, CRFB) (BRASIL, 1985; BRASIL, 1988, online).

Em 1990, o CDC, em seu artigo 81<sup>2</sup>, definiu as espécies de direitos coletivos como: “direitos individuais homogêneos”, “direitos transindividuais” e “direitos coletivos” em sentido estrito. Monteiro explica conceitualmente cada um deles:

Os direitos difusos e coletivos são transindividuais e indivisíveis, já os individuais homogêneos receberam a forma de tratamento coletiva no CDC, mas são divisíveis e com titulares determinados. Os direitos difusos (inciso I do artigo 81 do CDC) se diferem dos coletivos (inciso II) do artigo 81 do CDC quanto à determinação dos titulares. Na categoria dos difusos não há titulares determinados, pois os interesses ou direitos decorrem de elementos fáticos. No tocante aos coletivos, pode ser titular “[...] grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (MONTEIRO, 2021, p. 37)

O novo CPC também passou a integrar esse núcleo, pois, diferentemente de sua versão anterior, regulamentou instrumentos e técnicas aplicáveis ao âmbito da tutela coletiva como o dever dos magistrados de oficiar os legitimados ativos das ações coletivas sobre o ajuizamento de diferentes demandas individuais repetitiva (art. 139, X, do CPC), a possibilidade de suspensão dos processos pendentes (arts. 976 a 987, do CPC), entre outros (MONTEIRO, 2021, p. 38-39). Nesse sentido, Bastos (2018, p. 63) sustenta a aplicação do CPC em diálogo de fontes com a CRFB na esfera do microsistema coletivo para promover a eficiência processual.

Diversas leis anteriores e posteriores a Constituição Federal ampliaram esse rol de proteção, como, por exemplo: (i) a Consolidação das Leis do Trabalho (Lei n. 7.853/1989); (ii) o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990); (iii) a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992); (iv) o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003); (v) a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2010); (vi) o

<sup>2</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III -interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010); e v) o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) (MONTEIRO, 2021, p. 38-39).

Dessa forma, o Brasil desenvolveu em seu ordenamento jurídico um sistema processual para lidar com conflitos coletivos por meio das ações coletivas. Todavia, essas ações ainda sofrem grande influência do modelo processual clássico regido pela lógica bipolar. Nesse sentido, Gajardoni (2016, p. 134) pontua que “pode-se dizer, sem medo da crítica, que o processo coletivo brasileiro, ainda hoje, é refém de uma ideologia individualista secular e que contamina as estruturas do direito processual civil brasileiro, inclusive no âmbito no Novo CPC (*Lei 13.105/2015*)”.

Na mesma linha, Venturi (2007, p. 24) afirma que diversos problemas enfrentados pela tutela coletiva decorrem da tentativa de encontrar pontos em comum com o modelo clássico processual em vez de compreender a diferença entre eles. Essa forma de tratamento dos institutos da tutela coletiva transmuda-a em uma espécie de nova técnica de processo individual, sem base técnica, teórica e principiológica própria (PICOLI, 2018, p. 27).

Portanto, a relação jurídica coletiva estaria “contaminada” por uma polarização entre autor e réu coletivos, resumida a vencedores e perdedores. Assim, o papel do julgador seria apenas o de anunciar o vitorioso desse embate (PICOLI, 2018, p. 27). Arenhart sintetiza bem essa dinâmica na seara coletiva:

[...] a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real (ARENHART, 2015, p. 4)

Logo, percebe-se que o modelo processual tradicional rege tanto os processos individuais, como coletivos, dificultando a instrumentalização de meios adequados para enfrentar litígios de caráter complexo encarados diariamente pelo Poder Judiciário.

Diante disso, passa-se a uma breve análise dos principais elementos do modelo processual tradicional no Direito Processual Civil brasileiro para

compreender quais são os principais obstáculos procedimentais nas ações individuais e coletivas para resolução de problemas estruturais.

### **2.3 Elementos da lógica bipolar no direito processual civil brasileiro**

Na introdução do capítulo 2 verificou-se que o Direito Processual Civil brasileiro é fortemente influenciado pelo modelo processual tradicional, de base individualista e patrimonialista. Conseqüentemente, seus, princípios, instrumentos e regras regem a tutela de direitos individuais ou coletivos.

Por essa razão, o trabalho buscou apresentar os principais elementos desse modelo no processo civil brasileiro sem, contudo, esgotar a explanação de cada um deles, em razão da amplitude temática dos institutos e por não ser o objetivo específico dessa monografia.

#### **2.3.1 A petição inicial e o nascimento da demanda**

Como se sabe, o processo nasce com a demanda que é considerada proposta no momento de protocolo da petição inicial (art. 312 do CPC), correspondendo a forma da demanda (DIDIER JR., 2017, p. 617-618). Didier Jr. (2017, p. 617-618) sustenta que “a petição inicial é um projeto de sentença: contém aquilo que o demandante almeja ser o conteúdo da decisão que vier a acolher o seu pedido”

Dessa forma, a petição inicial funcionaria como meio pelo qual o autor inicia e delimita a atuação jurisdicional, apresentando o direito lesado, os fatos que causaram a problemática, as provas que embasam a demanda e os pedidos para garantir a reparação, guiando o processo do início ao fim.

Nesse sentido, o art. 319 do CPC prevê os seguintes requisitos formais da petição inicial:

Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

- VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação (BRASIL, 2015, *online*)

E o art. 330 do CPC dispõe sobre as causas de indeferimento da petição inicial:

- Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:
- I - for inepta;
  - II - a parte for manifestamente ilegítima;
  - III - o autor carecer de interesse processual;
  - IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321.
- § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:
- I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;
  - II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;
  - III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
  - IV - contiver pedidos incompatíveis entre si. (...) (BRASIL, 2015, *online*).

Contudo, há situações em que apresentar todas essas informações com exata precisão prejudicaria a busca por uma tutela apta e efetiva, sobretudo nos processos complexos, porque diversos fatos – importantes ou não - podem ser desconhecidos pelo autor desde o início do processo ou se alterarem durante seu curso (MARÇAL, 2018, p. 135), exigindo uma readequação dos limites da pretensão. Por exemplo, quando o autor conhece o pedido mediato (“bem da vida”), mas não sabe as providências necessárias para tutelar o fim objetivado (pedido imediato) (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2013, p. 347).

Marinoni (2015, p. 225-226) explica que a ideia de unicidade entre direito de ação e direito material foi rompida durante o Estado Social, inaugurando a fase de independência entre eles. O autor ainda esclarece que existe uma diferença entre o direito de ação como meio de defesa dos indivíduos lesados e entre o direito fundamental de ação no Estado Constitucional, de modo que seria possível a busca tanto pela reparação como por uma “prestação constitutiva do direito social”.

Nesse contexto, a petição inicial como forma de instrumentalização da demanda deve ser flexibilizada nos litígios estruturais para se adequar a dinamicidade exigida pelo caso e, conseqüentemente, alcançar uma tutela jurisdicional adequada para concretização dos direitos fundamentais.



### 2.3.2 Os princípios da demanda e congruência e suas limitações

O princípio da demanda, previsto expressamente no art. 2 do CPC<sup>3</sup>, estabelece que o pedido formulado pela parte inicia a atividade jurisdicional, delimitando a atuação do juiz e fixando o objeto do processo, pertencendo, por essa razão, ao núcleo de elementos essenciais da jurisdição (PICOLI, 2018, p. 76). Na mesma linha, Arenhart (2006, p. 587-603) afirma que “se a jurisdição não atua, a não ser quando estimulada, o estímulo em questão exerce função considerável, determinando quando e a que respeito atuará o Estado, em sua função jurisdicional”

Essa função seria atribuída aos interessados por dois motivos. O primeiro deles origina-se na concepção clássica que sustenta que o processo civil trata majoritariamente de interesses privados e disponíveis, considerando, portanto, razoável que as partes escolham, prioritariamente, o momento que será realizado a proteção desse interesse e o objeto do litígio que irá ser analisado pelo Judiciário. Já o segundo, buscaria resguardar a imparcialidade do magistrado, pois caso ele determinasse quando ocorreria o início da ação e sua extensão haveria grande chance de que se inclinasse para um dos polos devido a formação de uma opinião sobre a demanda desde sua gênese (ARENHART, 2006, p. 587-603).

Dessa ideia resulta o princípio da congruência (ou correlação) que impõe ao juiz a obrigação de decidir conforme o pedido formulado pelas partes (ARENHART 2006, p. 587-603), proibindo que deixe de decidir o pedido, que decida com base em causa de pedir que não tenha sido formulada na fase postulatória (congruência objetiva) e que a decisão seja contra parte que não foi demanda (congruência subjetiva), expressando a vedação as decisões de mérito *citra, ultra, extra petita, causa petendi e partes* (MARÇAL, 2018, p. 126)

Após o ajuizamento da demanda, com a respectiva delimitação de seu objeto, ocorrerá a estabilização do pedido, ou seja, ele não poderá ser alterado por nenhum dos sujeitos, nem com a insurgência de fatos novos, os quais deverão se ligar a causa de pedir. Embora a estabilização por meio da preclusão objetive concretizar a garantia da razoável duração, ela representa uma ótica estática do processo que nem sempre é adequada (FERRARO, 2015, p.143-144).

---

<sup>3</sup> Art. 2: o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei

Tal lógica não encontra plena sustentação nem mesmo nos processos voltados diretamente a litígios individuais, onde flexibiliza-se o princípio da demanda em disciplinas envolvendo obrigação de fazer, não fazer e entregar com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais possibilitariam a concessão de pedido distinto do requerido (ARENHART, 2006, p. 587-603).

Nos litígios estruturais essa inadequação fica ainda mais evidente, pois nesses casos um dos maiores obstáculos é a definição das causas de pedir e pedido envolvidos na questão. Tanto é assim que frequentemente essas demandas são formuladas apenas com noções embrionárias desses elementos, de modo que a petição inicial seria um “esboço” do caso diante da incerteza imposta pelo quadro fático (FERRARO, 2015, p. 144). Nas palavras de Arenhart:

(...) um ordenamento em que impera a necessária correspondência entre pedido e sentença dificilmente consegue operar com a espécie de decisão em análise, porque não tem a flexibilidade necessária para a adequação da decisão judicial às particularidades do caso concreto (ARENHART, 2015, p. 375)

Todavia, essa flexibilização do princípio da demanda não autorizará que a parte interessada fuja dos contornos impostos pela própria lesão que busca impedir ou reparar. Assim, essa atenuação não seria um salvo conduto para o autor promover uma escolha arbitrária da causa de pedir e do pedido nos litígios estruturais (ARENHART, 2015, p. 376).

Portanto, nos processos estruturais deve ocorrer uma inversão da presunção de que o objeto do processo é conhecido desde antes do ajuizamento da demanda para permitir sua verificação em momento posterior, após o debate entre as partes e interessados (FERRARO, 2015, p. 144).

### 2.3.3 O sistema probatório e seu viés retrospectivo

O sistema probatório também enfrenta algumas limitações que dificultam a produção de provas no âmbito dos litígios coletivos (Ferraro, 2015, p. 86), pois está espécie de demanda comumente envolve ilícitos complexos de serem aferidos, demandando meios de prova incomuns, como, por exemplo, as estatísticas (ARENHART, 2019, p. 451). Por sua vez, o art. 369 do CPC dispõe que:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (BRASIL, 2015, *online*)

Dessa redação infere-se que a prova busca a certeza sobre os fatos passados alegados pelas partes para embasar sua pretensão ou defesa, a fim de convencer o juízo. Ferraro (2015, p. 86) observa que “(...) a própria estrutura processual ser marcada pela retrospectividade, e a maior evidência é o regime probatório. Não é difícil perceber que não só está voltado ao passado, como a uma certeza sobre ele”.

Contudo, os litígios estruturais não se adequam a essa proposta, pois seus casos demandam respostas que se projetarão no futuro ou que exigirão a prova da ameaça ou da existência de dano após a sentença. Arenhart pontua que:

De fato, a complexidade do caso, muitas vezes, torna inúteis as “provas tradicionais”, dado que elas se referem à demonstração de fatos pontuais, ocorridos no passado. Os litígios complexos, a seu turno, porque normalmente carecem de resposta que se projete para o futuro, também demandarão, muitas vezes, análises que probabilidade futuras ou – mesmo quando examinam o passado – imporão a avaliação de um plexo de situações, a fim de aferir de forma adequada a ocorrência de alguma infração (ARENHART, 2019, p. 451)

Portanto, é preciso reavaliar o sistema probatório marcado pela retrospectividade para promover a construção de uma versão mais dinâmica que não se limite apenas aos fatos pretéritos alegados, mas a análise do problema em sua totalidade, incluindo consequências futuras.

#### 2.3.4 Formas de representação e participação

De acordo com Fuller (1995, p. 1303), um dos elementos distintivos da jurisdição é a possibilidade de as partes afetadas participarem do processo de decisão pela via da argumentação ou produção de provas, conforme estabelece o modelo de processo clássico/adversarial. Já nos litígios coletivos haveriam duas formas dos sujeitos envolvidos participarem do processo correspondentes a participação de direta ou a representação (FISS, 2003, p. 112).

Todavia, nos litígios estruturais ocorrem problemas policêntricos que contam com vários sujeitos - como se verá no tópico 3.4.1 – e nenhuma dessas formas

proporciona uma solução simples para a questão da participação, pois há dois problemas chave: (i) a limitação da participação impostas pelo processo legislativo; e (ii) a inadequação da estrutura processual para lidar com uma vasta quantidade de sujeitos participantes (ARENHART, 2017, p. 428)

Quanto ao primeiro problema, o legislador pátrio optou pela legitimação *ope legis*, atribuindo essa função aos legitimados coletivos pelas diversas leis esparsas do nosso ordenamento. Em regra, serão instituições públicas como o Ministério Público, a Defensoria Pública, os membros da administração pública direta, entre outros (PICOLI, 2018, p. 70). Contudo, essa dinâmica comumente afasta os sujeitos diretamente afetados do litígio, pois o foco da titularidade do direito fica a cargo do substituto processual que, muitas vezes, está distante da realidade do caso concreto, fazendo alguns requerimentos que não representam a tutela desejada ou necessária para a sociedade (ARENHART, 2017, p. 429).

Desse modo, o processo coletivo transformar-se-ia na vontade dessas instituições, já que formulariam pedidos e conduziriam o processo da forma que bem quisessem, mostrando, mais uma vez, a influência exercida pela lógica bipolar (ARENHART, 2017, p. 429). Tanto é assim que o processo coletivo brasileiro não prevê expressamente formas de participação direta dos sujeitos envolvidos no caso concreto, limitando a atuação do legitimado coletivo (ARENHART, 2017, p. 430).

Por essa razão, Fiss (1979, p. 21) sustenta que os litígios estruturais não deveriam aderir a lógica binária, já que é fundamental “encontrar um grande número de representantes, cada um representando diferentes pontos de vista em relação ao que é do interesse do grupo de vítimas”<sup>4</sup>. Dessa forma, seria possível a criação de um panorama geral do caso para evitar distorções. Ressalta-se que a ideia é de que o caso é construído majoritariamente durante o processo, fugindo-se da presunção de que a petição inicial delinearía todos os seus contornos (FERRARO, 2015, p. 85)

Contudo, o princípio da demanda dificultaria ainda mais a participação da coletividade, pois o juiz fica limitado a decidir conforme o pedido expressamente feito pelo autor, independente da vontade da coletividade ou do grupo representado (ARENHART, 2017, p. 587-603). Conseqüentemente, haveria um aumento do déficit informacional do julgador, visto que nos litígios estruturais são analisadas questões

---

<sup>4</sup> No original: “to find a great number of spokesmen, each perhaps representing different views as to what is in the interest of the victim group”

complexas que demandam conhecimentos específicos, os quais poderiam ser apresentados pelos titulares do direito ou por profissionais (Marçal, 2018, p. 70.)

Além disso, Vitorelli (2016, p. 539) explica que o principal problema dos litígios irradiados - espécie de litígio que será explicada no tópico 3.2 - é a dificuldade de compatibilização de interesses dos vários sujeitos afetados, pois eles podem ser antagônicos ou muito distintos, dificultando uma defesa adequada por um único representante.

Por outro lado, Arenhart (2017, p. 587-603) apresenta questões fundamentais que precisam ser pensadas caso os grupos titulares desses direitos participem diretamente do processo que são: (i) como saber se o interesse de todo grupo foi devidamente apresentado no processo; e (ii) tratando-se de interesses despersonalizados, como no caso de direitos transindividuais, seria possível aferir se a manifestação dessas pessoas que compõe o grupo representa adequadamente a vontade social, os quais serão abordados no capítulo 3.4.4.

Quanto a problemática da inadequação da estrutura processual para lidar com uma multiplicidade de interessados, é evidente que a participação direta de todos os sujeitos lesados geraria constantes intervenções e causaria grande tumulto processual. Isso porque, esses grupos ou indivíduos foram afetados de maneiras, intensidades e em tempos distintos, além dos interesses distintos titularizados por cada um deles, dificultando a determinação dos que foram efetivamente lesados (PICOLI, 2018, p. 72).

Diante disso, o modelo atual de representação em litígios estruturais não assegura uma participação efetiva dos interessados, devendo, portanto, ser reavaliado, para proporcionar formas mais adequadas de participação e representação da sociedade afetada.

### 2.3.5 A coisa julgada

O art. 502 do CPC dispõe que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não sujeita a recurso”. Já o art. 5, inciso XXXVI, CRFB<sup>5</sup> confere segurança jurídica a coisa

---

<sup>5</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

julgada. Logo, esse instituto seria o resultado natural do processo, buscando a “estabilidade”

Todavia, em uma sociedade marcada pelo dinamismo e mutabilidade, refletidos pelas constantes alterações em nosso ordenamento jurídico, o paradigma estabilidade-segurança mostra-se ultrapassado (MARÇAL, 2018, p. 172). Nesse sentido, Marçal mostra com clareza a superação da premissa da obtenção da segurança jurídica por meio da imutabilidade:

Basta pensarmos que mesmo quando um provimento está coberto pela eficácia da coisa julgada soberanamente material (após o prazo da ação rescisória e, portanto, a estabilidade mais forte que temos), somente seu conteúdo fica imutável, mas não seus efeitos. A partir disso, é possível perceber que, na prática, essa estabilidade mais forte não garante uma inalterabilidade das situações jurídicas existentes, muito menos das situações fáticas. (MARÇAL, 2018, p. 172)

Além disso, a imutabilidade impossibilita a adaptação e possíveis correções de decisões. A única exceção legal a essa regra está prevista no art. 505 do CPC que trata do surgimento de novos fatos ou direitos nas relações jurídicas de trato continuado. Ademais, doutrina e jurisprudência também criaram alguns meios de “flexibilização” (MARÇAL, 2018, p. 174).

Em contrapartida, no caso dos processos estruturais é comum que as decisões estipulem planos de cumprimento com metas e prazos – inclusive com viés de reestruturação de políticas públicas – demandando um constante acompanhamento judicial e, em alguns casos, a alterações desse plano, em razão de descumprimento ou mudança no plano fático (FERRARO, 2015, p. 88). Diante disso, Cabral assevera que

(...) ao deliberar sobre conflitos dinâmicos, complexos e multilaterais, com cursos e alterações descontínuos e não lineares, com riscos e prognoses de difícil avaliação e efeitos muitas vezes subjetivamente alargados, impende haver uma adaptação também dos mecanismos do Estado para responder adequadamente e prover soluções equânimes e temporalmente sustentáveis (CABRAL, 2014, p. 542).

Além disso, Cabral (2014, p. 289-293) defende que a ideia de segurança jurídica deveria ser fundada na ideia de continuidade jurídica, ou seja, a

previsibilidade, nos planos subjetivo e objetivo, assegurando previsibilidade, calculabilidade e confiabilidade durante o decurso do tempo.

Cabral (2014, p. 293-294) explica que a continuidade tem uma faceta relacionada à duração das normas, que devem ser tendencialmente permanentes; e outra que asseguraria que caso hajam mutações elas não sejam abruptas e repentinas. Dessa forma, esse conceito seria marcado pela durabilidade ou permanência normativa com o intuito de garantir a realização das posições jurídicas estáveis.

Assim, a continuidade jurídica almejaria garantir “constância na mudança”, abrindo brecha para alterações nas estabilidades, sem perder a segurança jurídica (CABRAL, 2014, p. 294). E o autor conclui sua ideia afirmando que se trata de uma:

(...) zona de movimentação e alteração que autoriza modificação das estabilidades. Trata-se de enxergar uma “mínima medida” de consistência, a proteção de um mínimo de continuidade ao lado de uma esfera marginal de mudança sistemicamente autorizada (CABRAL, 2014, p. 290-291)

Evidente, portanto, que a ideia de imutabilidade trazida pelo conceito de coisa julgada não é suficiente para atender as necessidades impostas pelos litígios estruturais, uma vez que seu dinamismo e complexidade dificultam o convívio com a noção de certeza e permanência própria da coisa julgada.

### **3 OS PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO ALTERNATIVA DE TRATAMENTO AOS LITÍGIOS COMPLEXOS**

No capítulo 2, foi abordada a influência do modelo clássico no processo civil brasileiro, que tem como principais características a bipolaridade de partes, a retrospectividade, a interdependência entre direito e remédio e o controle das partes sob a demanda.

Diante disso, Ferraro, (2015, p. 2) explica que existem três espécies de litígios: individual-bipolar, coletivo-bipolar e coletivo estrutural. O primeiro se enquadraria perfeitamente no modelo processual clássico, pois é regido pela lógica bipolar, marcada pelo antagonismo entre autor e réu. Já o segundo também não escapa dessa influência, pois a situação material coletiva se ajusta as bases desse modelo, sobretudo nos casos que envolvem disputas patrimoniais privadas (FERRARO, 2015, p. 2).

Contudo, nos últimos anos, ocorreu uma série de mudanças que resultaram na ampliação das demandas sociais levando a uma nova espécie de litígio denominado estruturante, o qual não se enquadrava a esse modelo, pois o procedimento e seus institutos não eram capazes de fornecer uma resposta jurisdicional necessária a complexidade dos direitos envolvidos (MARÇAL, 2018, p. 17-18).

Nesses casos, a problemática pode não se limitar a condutas isoladas, trazendo questões estruturais que não são pontuais e passageiras, originárias de falhas de maiores dimensões causadas por padrões institucionais. Tal quadro produz repetidos litígios com a mesma violação de direito envolvendo interesses de diferentes grupos e pessoas, os quais podem ser difíceis de identificar precisamente a correspondência (FERRARO, 2015, p. 7).

Nesse sentido, Picoli (2018, p. 9) afirma que um típico exemplo desses litígios seriam as demandas envolvendo o controle de políticas públicas, onde o Judiciário lida com quadros de violações massivas, generalizadas e sistemáticas de direitos fundamentais, em razão de ações inadequadas ou omissões deliberadas do Poder Público.

Porém, o Poder Judiciário frequentemente decide esses casos como se fossem de natureza individual, resumindo-os há um conflito de “direito subjetivo” individual frente ao Estado, adotando medidas particularizadas - e muitas vezes



paliativas - sem fornecer uma solução que quebre esse ciclo, afetando os demais interesses em jogo que podem sofrer efeitos colaterais ainda piores (FERRARO, 2015, p. 8).

Diante das dificuldades do sistema processual civil no tratamento de litígios estruturais, torna-se necessário pensar em um modelo processual coletivo-estruturante que forneça técnicas processuais adequadas e úteis para fornecer soluções eficientes que rompam com esses ciclos viciosos de litigância.

Por isso, o presente capítulo analisará a origem do processo estruturante, suas definições conceituais, objetivos, características e, por fim, os institutos do direito processual civil brasileiro que podem facilitar a implementação desse modelo.

### 3.1 Origem

Antes de adentrar na decisão proferida pela Suprema Corte estadunidense no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, considerado pela doutrina majoritária como o caso que deu origem ao processo estruturante, é necessário analisar a forma que eram julgados os casos semelhantes que lhe antecederam, sobretudo dois deles.

#### 3.1.1 Antecedentes

O primeiro deles foi o caso *Dred Scott v. Sanford* (1857), no qual Dred Scott, escravo da família Sandford no Missouri, foi levado voluntariamente por seu “dono” para trabalhar em Illinois e Louisiana, locais onde era proibido a escravidão. Após ele entrar em contato com essa realidade distinta, ao retornar ao seu estado de origem, ajuizou ação requerendo o seu reconhecimento como cidadão livre (VIOLIN, 2019, p. 13)

Por sua vez, a defesa de Sandford sustentou a incompetência da Justiça Federal, já que o autor era um escravo e não um cidadão e que o ingresso voluntário em estados onde a escravidão era proibida não rompia automaticamente o vínculo estabelecido previamente (VIOLIN, 2019, p. 13-14).

Na primeira instância, o autor se sagrou vencedor em uma Corte do Missouri, porém a decisão foi cassada pela Corte Estadual (JOBIM, 2017, p. 568-569). Diante disso, o autor interpôs recurso para a Suprema Corte, que estabeleceu duas questões como cerne da demanda: (i) é possível um escravo ajuizar ação perante a

Justiça Federal; e (ii) se ele seria capaz de ser parte na demanda (VIOLIN, 2019, p. 14)

Ante essas questões, a Suprema Corte proferiu decisão julgando o recurso improcedente, sob o fundamento de que o conceito de cidadão expresso na constituição não englobava negros, sejam eles escravos ou livres, concluindo, portanto, que Dread Scott sequer era uma pessoa, mas apenas uma propriedade (VIOLIN, 2019, p. 14).

Já o segundo caso é *Plessy v. Ferguson* (1896), no qual Homer Plessy, um jovem homem negro, foi preso por entrar em um vagão exclusivo para pessoas e negar-se a trocar, infringindo a Lei da Lousiana (*Louisiana's Separate Car Act*) que estabelecia que as companhias ferroviárias deveriam disponibilizar acomodações iguais, porém em espaços distintos para brancos e negros.

Posteriormente, ele foi condenado em dois graus de jurisdição, razão pela qual recorreu a Suprema Corte com base na inconstitucionalidade da lei por violar à 14ª Emenda (VIOLIN, 2019, p. 26).

Pela primeira vez a Suprema Corte analisaria a previsão de segregação racial em uma lei estadual, diferentemente dos casos anteriores em que a separação racial foi determinada por algum ato privado. Outra peculiaridade do caso era o caráter impositivo da norma, que era dotada de responsabilização penal no caso de violação (VIOLIN, 2019, p. 26).

No julgamento do recurso, a Suprema Corte proferiu decisão declarando a constitucionalidade da Lei da Lousiana, alegando que a 14ª Emenda não proibia todo e qualquer tipo de diferenciação proveniente da cor da pessoa e que a isonomia é “*resultado de afinidades naturais, apreciação mútua e consentimento voluntário*” (VIOLIN, 2019 p. 26)

Logo, percebe-se que as decisões da Suprema Corte americana respaldaram juridicamente a segregação racial, refletindo o preconceito enraizado na sociedade estadunidense da época. Por essa razão, a decisão proferida em *Brown v. Board of Education of Topeka* foi considerado tão paradigmática.

### 3.1.2 Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka I* (1954) tem origem na história de Linda Brown, garota negra, privada de ir a uma escola exclusiva para brancos a sete quadras da sua casa, percorrendo seis quarteirões até o ponto de ônibus para ir à escola para negros mais próxima, localizada no município de Topeka. Diante disso, seu pai, Oliver Brown, e outros doze pais ajuizaram uma ação coletiva contra a Secretaria de Educação de Topeka, no Kansas, em razão do indeferimento de 20 matrículas baseado em uma lei que previa que matrículas escolares poderiam ter como critério discriminante a raça. (PINTO, 2018, p. 57)

Os pais alegavam que as escolas para brancos tinham qualidade superior. Já os distritos escolares rebatiam pedindo a aplicação do precedente de *Plessy v. Ferguson* e que a educação era um assunto exclusivamente estatal, não cabendo ao Poder Judiciário decidir sobre o tema. (PINTO, 2018, p. 57)

Na Suprema Corte, esse caso foi reunido com outros três que também versavam sobre o tema nos estados de Delaware, Carolina do Sul e Virginia (VIOLIN, 2019, p. 30). Em 1954, a Suprema Corte decidiu diversamente do precedente *Plessy v. Ferguson*, que representava a doutrina *separate but equal*, reconhecendo a inconstitucionalidade da segregação étnica de estudantes em escolas públicas norte-americanas por afrontar a 14ª Emenda Constitucional que assegura a *equal protection clause* (FERRARO, 2015, p. 101).

Contudo, o caso não se encerrou com essa enfática decisão, pois ainda era necessário que a Corte estabelecesse a forma de implementação dessa decisão, já que ela buscava reestruturar o sistema educacional público e encararia uma série de dificuldades como o incontável número de escolas públicas em locais diferentes e as resistências dos estados e das próprias escolas (VIOLIN, 2019, p. 31).

Diante disso, foi necessário que a Suprema Corte reexamina-se a questão, surgindo, assim, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka II* (PICOLI, 2018, p. 53). Na nova decisão foi determinado a adoção de medidas progressivas para eliminar a segregação racial nas escolas públicas (PICOLI, 2018, p. 53), as quais deveriam ser implementadas pelas respectivas administrações, sob a fiscalização dos juízes locais (VIOLIN, 2019, p. 32).

Essa descentralização permitiu que os juízes de primeiro grau acompanhassem minuciosamente cada caso, viabilizando a adoção de medidas

individualizadas com forma, velocidade e meio compatíveis as peculiaridades locais (VIOLIN, 2019, p. 32). Dessa forma, foram criados mecanismos assegurando a efetivação da decisão frente a obstáculos como a dispersão geográficas das instituições violadoras e a magnitude da tarefa (VIOLIN, 2019, p. 33).

Essas decisões representaram um mandamento de caráter estrutural (*structural injunction*), pois determinaram a reforma de todo o sistema educacional público estadunidense (*structural reform*) (PICOLI, 2018, p. 54). Não por outro motivo, os casos *Brown v. Board of Education of Topeka* colidiram frontalmente com o modelo tradicional de adjudicação e suas “soluções”. Nesse sentido, Fiss afirma que a efetivação da decisão exigiu que fosse repensado todas as concepções ligadas ao processo tradicional:

Brown exigia nada menos que a transformação dos ‘sistemas duais de escolas’, com escolas separadas para negros e brancos, em ‘sistemas unitários de escolas, não-raciais’, o que implicava em uma reforma organizacional profunda. Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias, nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização, e muito mais. Entendeu-se, a tempo, que o fim daquela segregação era um processo de transformação total, no qual o juiz encarregava-se da reconstrução de uma instituição social existente. A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais (FISS, 2004, p. 28)

Violin (2019, p. 34) acrescenta que *Brown I* foi paradigmático por seu conteúdo que rompeu com as barreiras da segregação racial e *Brown II* pela sua forma, pois o Judiciário se afastou da sua função típica de apenas declarar direitos para atuar como agente de mudança social. O autor ainda ressalta que o papel exercido pelo Judiciário Federal na efetivação da decisão proferida em *Brown I* o colocaria necessariamente em disputa com o Legislativo e os Executivos estaduais.

Já *Brown II* é considerado pela doutrina como o primeiro caso de reforma estrutural, pois adotou medidas flexíveis e diferidas no tempo para promover a efetividade de uma decisão que consistia na reforma de todo um sistema escolar de bases raciais. O caso foi enquadrado como *public interest litigation* por possuir todas as suas características essenciais que são: (i) uma demanda multipolarizada com impactos no futuro; (ii) pretensões difusas envolvendo direitos fundamentais

abstratos que requerem sua concretização; e (iii) a reforma generalizada de uma instituição social que demanda medidas que se prolongam no tempo, conduzidas pela colaboração entre juiz e partes (VIOLIN, 2019, p. 33)

Picoli (2018, p. 55-56) sustenta que é possível extrair seis lições do caso: (i) relação entre as partes nos litígios complexos não é bilateral ou rígida, mas instável, existindo vários interessados que podem ser afetados pela decisão estruturante; (ii) para fornecer tutela adequada aos casos complexos a decisão não deve ser episódica e retrospectiva, pois a problemática se prolonga no tempo; (iii) o objeto não se limita a simples violação, devendo buscar uma solução para a raiz do problema; (iv) o julgador deve ter um papel proativo, já que estão em jogo valores fundamentais pertencentes a toda a sociedade e não um direito subjetivo de natureza individual e patrimonial; (v) a decisão tem um grande peso por afetar escolhas políticas, devendo, portanto, ser realizada com toda cautela possível para garantir sua exequibilidade; e (vi) a forma coletiva seria o meio adequado para tutelar os litígios complexos.

O caso também foi o pontapé inicial para uma série de mudanças que ocorreriam na sociedade americana, principalmente quanto a adjudicação de direitos civis por meio das “*civil rights injunctions*”, decorrentes das “*structural injunctions*” que correspondem a decisões mandamentais que buscam solucionar problemas de instituições sociais existentes (PICOLI, 2018, p. 55)

Tanto é assim que, em 1957, o Congresso editou o *Civil Rights Act* autorizando o advogado geral a promover a efetivação judicial da 15ª Emenda Constitucional que trata do direito de voto. Após, em 1960, foram ampliados os poderes do advogado geral para alcançar esse objetivo. E, em 1964, finalmente ocorreu a promulgação do *Civil Rights Act*, garantindo uma base legislativa para embasar todas as medidas judiciais que visavam assegurar esses direitos (FERRARO, 2015, p. 101)

Além disso, o caso influenciou outras decisões estruturantes no âmbito dos sistemas prisionais, moradias populares, departamentos de polícia e estabelecimentos de cuidado à saúde mental (FERRARO, 2015, p. 103). Um desses exemplos é a reunião de casos que conhecida como “*Holt v. Sarver*”, na qual foi impugnado todo o sistema prisional de um determinado estado, resultando em uma série de intervenções ao longo dos anos para realizar uma reforma estrutural

prisonal. Consequentemente, uma série de demandas análogas foram ajuizadas em diversos estados norte-americanos (MARÇAL, 2018, p. 40).

Pesquisas revelaram que, aproximadamente, 30 estados americanos já tinham recebido amplas ordens de reforma em cadeias públicas (NAGEL, R. F., 1984, p. 396). Há também outros dados do mesmo ano que mostram que 24% dos 903 presídios estaduais (*state prisons*) estariam operando sob ordem judicial (SCHLANGER, 1984, p. 2004).

Essas estatísticas deixam claro a ocorrência de ampla atuação estrutural do Poder Judiciário nos Estados Unidos, o que provou uma reação do Congresso norte-americano para conter essa forma de tratamento processual, como, por exemplo, o Prison Litigation Reform Act (“PLRA”), editado em 1996, que determinava várias limitações à atuação estrutural do Poder Judiciário para promoção de reformas prisionais (FERRARO, 2015, p. 104)

Portanto, a *structural reform* é uma forma diferente de lidar com os litígios complexos, especialmente aqueles que versam sobre políticas públicas, já que o modelo processual tradicional possui limitações que inviabilizam uma resposta jurisdicional adequada.

### 3.2 Noções conceituais

O capítulo busca apresentar algumas definições do conceito de processo estruturante (*structural injunction*) com o intuito de verificar como esse modelo trata os litígios complexos, quais suas limitações e sua abrangência. Frisa-se que o tema é altamente controvertido na doutrina, possuindo diversas conceituações, as quais serão expostas para compreender o núcleo essencial dessa ideia.

Em primeiro lugar, é preciso estabelecer o que são litígios coletivos. Nesse sentido, Vitorelli os define como:

(...) o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais (VITORELLI, 2018, p. 334)

Essa classificação distingui-os dos litígios individuais, já que nesses casos a lesão não é direcionada a um indivíduo específico, mas a todo um grupo de

peçoas; bem como do litisconsórcio que se baseia apenas em uma aglomeração de autores e réus (VITORELLI, 2020, p. 98-99).

Vitorelli (2020, p. 99) ainda crítica a classificação dos litígios coletivos estabelecida pelo art. 81, I, II, do parágrafo único do CDC que pressupõe a indivisibilidade dos direitos difusos ou coletivos. Isso porque, até quando esses direitos são íntegros, a lesão coletiva não atinge da mesma maneira todas as pessoas envolvidas, tanto que, em regra, a reparação do dano sofrido não é igual entre elas.

Diante dessa problemática, Vitorelli (2015, p. 209-250) em sua obra “Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados” propõe classificar os litígios coletivos a partir da conflituosidade e complexidade, dividindo-os em: (i) de difusão global (complexidade mediana e grau de conflito baixo); (ii) de difusão local (complexidade e grau de conflito medianos); e (iii) de difusão irradiada (complexidade e grau de conflitos alto).

Dentro do gênero dos litígios coletivos encontram-se os litígios de natureza estruturante, os quais Vitorelli define como:

(...) litígios coletivos 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 (VITORELLI, 2018, p. 339)

Já Marçal (2018, p. 24-25) define as medidas estruturantes como:

(...) prestações – positivas ou negativas – gradativas e difusas, com uma perspectiva preponderantemente futura e global - do litígio policêntrico (problema), operadas de forma mais dialogal entre os sujeitos processuais (e, muitas vezes, terceiros), para – objetivo imediato – realizar alterações em práticas ou condutas ou para reformar (a estrutura de) um ente, organização ou instituição. Assim, suas finalidades principais – objetivos mediatos – podem ser, por exemplo, a tutela de direitos fundamentais, a realização de uma determinada política pública ou a resolução de qualquer — litígio policêntricos (MARÇAL, 2018, p. 24-25)

O autor ressalta que embora a policêntria seja uma característica típica dos litígios coletivos – referente a presença de interesses diversos na demanda que podem ou não ser antagônicos - ela também pode figurar em outras espécies de litígio que não terão que ser resolvidos necessariamente por decisões estruturais,

devendo ser utilizadas apenas forem aptas a solução do caso (MARÇAL, 2018, p. 25).

Outra questão conceitual é a diferença entre o uso dos termos estruturante e estrutural, provenientes da tradução dos termos *structural reform* ou *structural injunctions* utilizados por Fiss. O primeiro deles reduz a abrangência do conceito, limitando-o a pedidos de (re)estruturação de instituições estatais, privadas ou políticas públicas, isto é, prestações positivas, excluindo, eventualmente, as negativas que poderiam ser requeridas pelas partes (MARÇAL, 2018, p. 27).

Já o segundo termo também não fica isento de problemas. Isso porque a palavra estrutural transmite a ideia de essencialidade, só sendo correto seu uso quando as decisões estruturais tratarem da alteração do elemento fundamental do objeto do processo (MARÇAL, 2018, p. 28). Contudo, as decisões estruturais não são o objeto do processo propriamente dito, mas o meio pelo qual serão executadas as mudanças determinadas na decisão (MARÇAL, 2018, p. 28).

Marçal (2018, p. 28) conclui que embora o termo “estruturante” não englobe as prestações negativas e desconsidere o uso de medidas pontuais para solucionar litígios estruturais, ele ainda seria o mais adequado por transmitir a essência do conceito que é destinado a transformação das estruturas das instituições e políticas públicas.

Quanto a diferença entre procedimento e processo estruturante, Marçal (2018, p. 30) sustenta que o uso do primeiro termo seria mais correto quando a referência for diretamente a cadeia de atos processuais e suas particularidades. Entretanto, o autor ressalta que não haveria nenhum prejuízo no emprego do segundo termo, já que no cotidiano forense é comum o emprego sem distinção de conceitos como “processo de conhecimento/de execução”.

Feitas essas considerações iniciais sobre o processo estrutural, o trabalho irá prosseguir com a abordagem de Picoli (2018, p. 57), adotando-a, uma vez que analisa o tema sob a perspectiva dos objetivos (conceito teleológico) e das características (conceito morfológico). Contudo, essa divisão não é excludente entre si, pois a estrutura e função do processo estrutural estão intimamente conectadas.



### 3.3 Objetivos

Essa divisão conceitual busca diferenciar o processo estrutural dos demais por meio do seu alcance, já que englobaria a reestruturação de estruturas sociais complexas, de burocracias estatais, o controle judicial de políticas públicas, o combate ao estado de coisas inconstitucionais, a implementação de visibilidade a grupos vulneráveis, entre outras coisas (PICOLI, 2018, p. 57).

Um dos principais autores nessa seara foi Owen Fiss (1979, p. 3) que definiu o processo estrutural como aquele em que o juiz confronta uma burocracia estatal violadora de direitos fundamentais, determinando sua reestruturação para eliminar o ilícito decorrente da atuação institucional. O jurista norte-americano sustenta que os traços diferenciados desse conceito seriam os direitos públicos discutidos na lide e o objetivo específico do magistrado em concretizar os valores constitucionais utilizando uma reforma estrutural. Assim, o elemento violador seria a ação das instituições e não condutas individuais isoladas dentro ou fora delas.

Já Vitorelli (2018, p. 344) ressalta que os litígios estruturais não estariam restritos apenas ao âmbito das estruturas públicas, abrangendo também a mudança de comportamento de instituições privadas de interesse público que influenciem o âmbito social ou interesses exclusivamente privados que ameacem direitos fundamentais. Um típico exemplo dessa espécie de lide na área privada é o processo falimentar, em que são determinadas uma série de medidas visando a reestruturação da empresa, podendo levar até mesmo a nomeação de um administrador judicial (art. 99, IX, Lei 11.101/2005) (DIDIER JR., OLIVEIRA, ZANETTI JR., 2017, p. 358-359).

Campos (2016, p. 189) é enfático sobre o caráter institucional-governamental, afirmando que os litígios estruturais seriam, essencialmente, de interesse público, buscando a reforma de instituições governamentais para combater os vícios decorrentes de sua forma de atuação, a fim de garantir a tutela de direitos fundamentais.

Campos (2016, p. 184) sustenta ainda que os casos que configuram o Estado de Coisas Inconstitucionais são hipóteses evidentes de implementação de decisões estruturais, pois as circunstâncias fáticas foram um “quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado”.

Portanto, resta claro que os processos estruturais tem como objeto (res)estruturação instituições públicas, privadas ou políticas públicas que afetem a sociedade, servindo, assim, para distinguir quando deverão ser implementadas medidas dessa natureza.

### 3.4 Características

Diferentemente do modelo processual clássico, Picoli (2018, p. 61-62) afirma que o processo estrutural é composto essencialmente das seguintes características: (i) estrutura policêntrica das partes; (ii) preocupação prospectiva da tutela; (iii) objeto do processo construído conjuntamente pelas partes e magistrado; (iv) participação constante do juízo no processo de desenvolvimento e implementação da medida.

Importante ressaltar que o autor selecionou apenas as principais características exposta na obra *public law litigation* de Chayes (1976, p. 1302), já que a totalidade delas incluiria o aspecto probatório ativo, o caráter negociado da deliberação e o fim de operacionalização das políticas públicas

Logo, serão apresentadas cada um desses elementos essenciais delimitados por Picoli objetivando compreender como o processo estrutural pode fornecer um procedimento mais adequado para lidar com os litígios complexos e, brevemente, algumas de suas outras características.

#### 3.4.1 Policentria

No Capítulo 2, foi explicado que no modelo processual clássico vigora uma estrutura bipolarizada organizada em função de dois centros de interesse (autor e réu) diametralmente opostos. Essa lógica também é aplicada aos processos coletivos, porém com a diferença do tratamento de um grupo, normalmente representado por uma entidade abstrata, como parte (VIOLIN, 2019, p. 57). Contudo, essa forma de lidar com os interesses da coletividade não é adequada aos litígios estruturais, em razão do elevado grau de complexidade e conflituosidade que impacta diversos setores sociais.

Basta imaginar os litígios que tratam do meio ambiente como, por exemplo, em um caso hipotético envolvendo a construção de uma usina hidroelétrica, na qual está em jogo não só o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas

os interesses de populações tradicionais, empresas geradoras e distribuidoras de energia elétrica, seus usuários, entre outros (CANOTILHO, 1994, p. 55-56). Esses sujeitos podem pertencer a diferentes instituições, burocracias e grupos sociais e integrarem polos iguais ou opostos, sem que haja necessariamente convergência entre seus interesses ou nos meios de implementação pedidos por eles, existindo ainda a chance de mudança de pontos de vista durante o curso do processo (PICOLI, 2018, p. 62).

Chayes (1976, p. 1284) denominou esse fenômeno como *amorfia e dispersão* da estrutura das partes, pois os grupos e, eventualmente, seus subgrupos divergem ao longo da demanda quanto os pontos que consideram essenciais para chegar ao seu término. Essas hipóteses conflitam diretamente com a lógica bipolar do modelo processual tradicional, trazendo novas questões ao Poder Judiciário: qual seria a extensão desses grupos e até onde eles podem ser entendidos como algo uniforme? Como avaliar a representatividade de determinado grupo? Quais as consequências da decisão sobre aqueles que não participaram do processo? (PICOLI, 2018, p. 63).

Nesse contexto, a ideia de policentria torna-se útil para responder essas questões. A princípio, esse fenômeno está presente nas situações em que há diferentes centros de influência interligados, onde qualquer alteração gera repercussões complexas e, muitas vezes, imprevisíveis. (FERRARO, 2015, p. 11). Tal característica é comum nos litígios estruturais, uma vez que a estruturação ou reforma de instituições violadoras de direitos fundamentais afetará diversos grupos sociais de maneira única (PICOLI, 2018, p. 64).

Todavia, a noção de policentria não é exclusiva desses litígios, pois também está presente em diversos casos encarados pelo Poder Judiciário, na criação de normas públicas e nos próprios precedentes que a longo prazo repercutirão em outros casos e partes (FERRARO, 2015, p. 12). Ressalta-se que a multipolaridade possui diversos graus, classificados pelos critérios de complexidade e conflituosidade da lide (PICOLI, 2018, p. 64).

Portanto, a utilidade desse conceito está na ideia de que litígios envolvendo questões multipolares afetarão vários grupos - presentes ou não - e que esse fator deve ser considerado na formação do processo para garantir a melhor representatividade.

### 3.4.2 Prospectividade e continuidade

No modelo processual clássico, a decisão judicial objetiva o retorno ao *status quo ante* por meio da repressão a violação que provocou essa ruptura (FERRARO, 2015, p. 23). Porém, nem sempre essa premissa é compatível aos litígios estruturais, pois, muitas vezes, sequer sabe-se qual era esse estado anterior. Além disso, nos processos estruturantes busca-se a ruptura do *status quo* para a construção de um novo estado de coisas em conformidade com os valores constitucionais (PICOLI, 2018, p. 64).

Assim, as decisões estruturantes se afastam da “lógica da culpabilização”, que prioriza o aspecto retributivo, para se aproximar das dimensões corretivas e distributivas. Afinal, o objeto principal dessas medidas não são as condutas individuais, mas a correção da causa da violação para o futuro, não se restringindo, portanto, a uma visão retrospectiva. (FERRARO, 2015, p. 23-25).

Esse viés prospectivo se deve especialmente a dificuldade em avaliar os prejuízos causados, os que ainda poderão ocorrer e a ênfase transformadora do processo estruturante para corrigir os ilícitos existentes (MARÇAL, 2018, p. 158). Se a reparação de um dano, quando possível, significa o retorno ao *status quo ante* (e caso isso não seja viável, concedesse uma tutela equivalente), o mesmo não ocorre no processo estrutural que busca a alteração do quadro existente, pois lida com violações que se prolongam e não tem seus efeitos restritos ao passado e presente (FERRARO, 2015, p. 25),

Quanto ao enquadramento dos ilícitos continuados, havia certa polêmica, devido a uma eventual “zona de penumbra”. Isso porque, enquanto espécie de violação está se reproduzindo no presente, enquanto, simultaneamente, tenta-se eliminar seus efeitos pretéritos e sua causa definitiva. Portanto, a tutela utilizada para fazer cessar essa continuidade não teria preventividade suficiente para ser classificada como inibitória, pois não é totalmente voltada ao passado (FERRARO, 2015, p. 26).

Além disso, os casos estruturais, frequentemente, originam-se de uma situação global complexa que pode exigir a união de tutelas de diferentes naturezas para lidar contra o ilícito e o dano. Frisa-se que, em qualquer um dos casos, a marca da prospectividade estará presente, pois o problema vai além de determinadas

condutas específicas que representem o ilícito ou provoquem o dano. (FERRARO, 2015, p. 26).

Desse modo, o processo estrutural concentra-se em corrigir erros e promover acertos para que as condutas posteriores estejam de acordo com os interesses tutelados. Contudo, isso não significa que é vedado a reparação ou sanção de condutas pretéritas na seara estrutural, mas apenas que não é uma de suas prioridades (MARÇAL, 2018, p. 156-157)

Logo, a forma mais adequada de lidar com litígios estruturantes seria por meio da aplicação de diversos mecanismos transitórios que corrigissem e extirpassem os efeitos negativos pretéritos, presentes e futuros da violação (FERRARO, 2015, p. 24).

### 3.4.3 Objeto do processo construído conjuntamente pelas partes

No tópico 2.3.2, discorreu-se sobre os efeitos do princípio da demanda (e seus subprincípios), especialmente aqueles referentes à fixação do objeto da causa pelo autor e as limitações impostas a decisão judicial. Tal ideia origina-se no individualismo que sustentava que o processo civil versava majoritariamente sobre direitos disponíveis, concedendo as partes a liberdade de dispor sobre a causa (ARENHART, 2006, p. 588).

Contudo, essa necessidade de conferir estabilidade ao objeto do processo não se adequa ao processo estrutural que, em regra, lida com direitos indisponíveis em litígios de elevado grau de complexidade e conflituosidade. Afinal, no momento do ajuizamento da demanda é possível não se conheça todos os fatos relevantes e as consequências que surgirão ao longo do tempo, as quais poderão ensejar medidas diversas das requeridas para alcançar uma solução adequada (FERRARO, 2015, p. 81).

Assim, esse mecanismo de rigidez processual inviabilizam a apresentação de fatos, provas e gerenciamento objeto do processo ocorra por outra dinâmica, negando uma prestação jurisdicional distinta da demanda por litígios estruturantes que exigem uma reconstrução constante (FERRARO, 2015, p. 81-82). Nesse sentido, Ferraro sustenta que os processos demandam flexibilização procedimental:

É necessário perceber que os litígios estruturais são, a rigor, construídos em juízo, com a participação do juiz e dos demais interessados chamados ao processo. É no dinamismo que se desenharão e redesenharão os contornos do caso, conforme as informações são obtidas (ou as alternativas testadas, testes que também se traduzem em informação, a rigor). E tudo isso só é possível se houver flexibilização procedimental, não sendo aceitável o argumento de que haveria violação do devido processo legal. Devido processo legal não é simplesmente procedimento estabelecido em lei, muito menos “procedimento ordinário”, mas a utilização de técnicas processuais adequadas e idôneas, com respeito às garantias processuais (FERRARO, 2015, p. 82)

Além disso, o supracitado fragmento textual ainda menciona importante questão a ser analisada: a participação do juiz na construção do objeto da demanda nos processos estruturantes, pois no modelo tradicional sua atuação está engessada pelos princípios dispositivo e da adstrição (arts. 2<sup>6</sup>, 141<sup>7</sup> e 492<sup>8</sup> do CPC)

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que o art. 6 do CPC dispõe expressamente sobre o princípio da cooperação que, de acordo com Marçal (2018, p. 100), carrega a ideia de que “os sujeitos do processo devem atuar de forma concertada e conjunta, independentemente de seus interesses”. Todavia, essa ideia não significa que os interesses das partes devam ser compatíveis, muito menos que elas têm obrigação de auxiliarem umas às outras para alcançar um resultado que discordem.

Ademais, o princípio da cooperação impõe uma repartição de responsabilidades entre juiz e partes na condução do processo (CABRAL, 2010, p. 209). A luz do processo estrutural essa noção deve ser entendida como uma busca constante pelo diálogo entre todos os envolvidos para influenciarem nos atos e decisões executadas (MARÇAL, 2018, p. 101).

Paralelamente, Fiss (1979, p. 2) defendeu uma atuação mais ativa do juiz, tratando-o como protagonista do processo. Contudo, essa ideia foi fortemente criticada pela doutrina porque atribuiu a essa figura o papel de “herói”, quando apenas requer-se dela uma posição de diálogo com as partes (MARÇAL, 2018, p. 101-102).

---

<sup>6</sup> Art. 2. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei

<sup>7</sup> Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

<sup>8</sup> Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Em contrapartida, um aumento dos poderes do juiz não significa necessariamente que lhe foi conferido um destaque excessivo, pois a distribuição dos poderes no processo não consiste em um “jogo de soma-zero”, podendo ocorrer, simultaneamente, uma maior atribuição de poderes a outros sujeitos processuais, sobretudo a autores e réus (MARÇAL, 2018, p. 102)

Nesse sentido, Marçal (2018, p. 130) afirma que o juiz não poderia conceder medida diversa que extrapolasse o objeto da demanda sem a manifestação de vontade do autor. Desse modo, as partes continuariam atuando como figuras centrais nos pedidos necessários a tutela dos direitos violados

Portanto, o processo estrutural exige uma atenuação do esquema inércia-demanda-congruência para permitir um procedimento mais flexível, no qual partes e o juiz possam construir progressivamente o *thema decidendum* e alterá-lo ao longo do processo, a fim de garantir uma prestação jurisdicional mais compatível com os litígios complexos (MARÇAL, 2018, p. 129)

#### 3.4.4 Participação do juízo no processo de desenvolvimento e implementação da decisão

No subtópico anterior, demonstrou-se enfaticamente a necessidade de atenuação dos princípios da demanda e congruência na fase cognitiva do processo para gerenciar o objeto do processo e construir o *thema decidendum* adequadamente. Porém, essa dinâmica participativa também deve se estender a fase de cumprimento de sentença, já que o processo estruturante é caracterizado pela imbricação entre essas duas fases (MARÇAL, 2018, p. 169).

A fase de cumprimento de sentença no processo estrutural é caracterizada pela delimitação da ordem, utilizando-se, comumente, o método de tentativa e erro (VIOLIN, 2019, p. 68). Acrescenta-se que as lesões provocadas pela violação de direito podem continuar manifestando-se ou apresentar traços diferentes, demandando a implementação e controle de novas medidas que deverão ser debatidas entre as partes e o juiz (MARÇAL, 2018, 169). Dessa forma, essa fase durará o tempo que for necessário para fazer com que as violações institucionais cessem (VIOLIN, 2019, p. 68).

Assim, retoma-se a ideia de flexibilidade das preclusões e coisa julgada para possibilitar a realização de medidas executivas desde o conhecimento de violações

anteriores ou novas, gerando uma retroalimentação entre as fases de conhecimento e execução (MARÇAL, 2018, p. 170).

Relembra-se ainda que uma das principais características do processo estruturante é a prospectividade que se manifesta pelo caráter continuado e progressivo da reforma institucional. Desse modo, não se exige que todo mérito seja resolvido em uma única decisão-núcleo, mostrando-se mais adequado uma cognição limitada para avaliar a ocorrência ou não da violação de direito e a definição dos parâmetros de sua tutela, diferindo o julgamento no tempo (MARÇAL, 2018, p. 170). Arenhart (2013, p. 13) denominou esse fenômeno como “provimentos cascata”, que se resumem a uma série de decisões diversas tomadas conforme o surgimento de um novo problema

Logo, a natureza mutável e fluída dos litígios submetidos ao processo estruturante exige uma participação constante das partes e do juízo tanto na fase cognitiva como na de cumprimento da decisão para o debate e construção de soluções ao longo do tempo que possam promover uma tutela adequada.

### **3.5 Caminhos para efetivação do processo estruturante no direito brasileiro**

Durante todo esse trabalho destacou-se que o modelo clássico não é adequado para lidar com litígios complexos. Por essa razão, o capítulo 2,2, concentrou-se em apresentar o processo estruturante como alternativa, pois consiste em um modelo processual destinado a solução de litígios complexos por meio de medidas que determinem a (re)estruturação de políticas públicas ou instituições burocráticas, públicas ou privadas, cujas ações ou omissões violem valores constitucionais (PICOLI, 2018, p. 66).

Nessa linha, Pinto (2018, p. 44) assevera que o fenômeno da reinstitucionalização e redemocratização proporcionado pelo Direito Constitucional, trouxe a ideia de uma normatividade mais aberta e indeterminada para viabilizar a hermenêutica jurídica. Dessa forma, o papel do intérprete seria fazer a adequação da solução ao caso concreto, promovendo maior efetividade ao ordenamento jurídico, sem necessariamente prender-se a modelos preestabelecidos (BARROSO, 2018, p. 36).

Essa influência alcançou outras searas jurídicas, principalmente a do direito processual civil, como se vê pela Exposição de Motivos do CPC, que é enfática ao



estabelecer a busca por meio do processo da concretização dos valores constitucionais:

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo (BRASIL, 2015)

Apesar do Código de Processo Civil de 2015 carregar esse viés social, voltado a assegurar direitos fundamentais, ficou claro que alguns de seus institutos processuais são inadequados a tutela dos litígios complexos. Contudo, Bauermann (2012, p. 23) sustenta que é possível utilizar tutelas atípicas para proporcionar soluções adequadas a esses litígios, desde que respeitada a legislação processual em vigor.

Sob essa perspectiva será feita a revisão dos institutos e conceitos tradicionais do CPC para analisar a possibilidade de implementação do processo estrutural.

### 3.5.1 Aumento da representatividade

Para Vitorelli (2016, p. 539) esses problemas seriam amplificados pelo elevado grau de conflituosidade e complexidade dos litígios estruturais, pois os sujeitos envolvidos, inclusive aqueles que figuram no mesmo polo da demanda, podem possuir interesses antagônicos ou querer formas de execução diferentes, as quais dificilmente poderão ser expressas por um único legitimado representando-os.

Nesse sentido, Susan Sturm (1991, p. 1410-1433) sustenta que é necessário a ampliação do litígio para incluir (i) os afetados; (ii) os responsáveis pela execução das medidas estruturantes; (iii) os sujeitos com conhecimento relevante sobre a temática; ou (iv) aqueles que são capazes de dificultar a realização do remédio, concedendo-lhes a possibilidade de apresentar fatos, discorrer sobre os eventos, propor soluções ou manifestar-se sobre propostas

Além disso, o direito de participação direta dos afetados nos litígios estruturantes apresenta algumas vantagens como, por exemplo, a maior fidelidade de representação de seus interesses e uma salvaguarda mais fiel de seus direitos, principalmente, sob a ótica do devido processo legal (ARENHART, 2017, 423-448).

Todavia, se a representação direta de todos os grupos envolvidos nos litígios estruturais fosse adotada de forma indiscriminada a operacionalidade do processo seria comprometida, porque nessa espécie de litígio, frequentemente, há uma grande quantidade de sujeitos afetados com interesses diversos ou antagônicos, causando um tumulto processual intenso (PICOLI, 2018, p. 72).

Dessa problemática, surgem algumas questões que precisam ser respondidas: como o juiz pode avaliar se o legitimado extraordinário está exercendo adequadamente a representação? Quais os grupos efetivamente afetados pela lesão e como devem participar do processo? (ARENHART, 2017, p. 423-448).

No que diz respeito a primeira questão, não há previsão na legislação infraconstitucional que permita a fiscalização da representação feita pelo legitimado extraordinário. Porém, essa lacuna legislativa não inviabiliza que o ordenamento jurídico recepcione essa atividade como decorrência da garantia do devido processo legal para assegurar os interesses dos grupos afetados, pois eles que sofrerão os efeitos da decisão (PICOLI, 2018, p. 73). Tal entendimento, também é endossado por Gidi:

(...) apesar de não estar previsto em lei, o juiz não só pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. (...). Pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata aqui de uma questão meramente processual, mas constitucional (GIDI, 2002, p. 68-69)

Quanto a segunda questão, Ferraro (2015, p. 160) afirma que os mecanismos de coletivização funcionariam como filtros de participação. Dessa forma, o controle judicial seria utilizado para verificar se o grupo que deseja participar do litígio representa o interesse alegado e se ele tem condições de se envolver no processo.

Para tanto, o CPC fornece algumas ferramentas que podem ser empregadas com o intuito de promover a ampliação da representatividade e debate sem, contudo, comprometer a operacionalidade do procedimento.

Uma delas corresponde as audiências públicas, previstas no art. 983, § 1º, II, do CPC, prevendo sua aplicação aos ritos do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), aos recursos extraordinários e especiais repetitivos e até mesmo

aos processos administrativos<sup>9</sup>. Cabral (2006, p. 202) as define como “uma reunião aberta em que a autoridade responsável colhe da comunidade envolvida suas impressões e demandas a respeito de um tema que será objeto de uma decisão”. Além delas pluralizarem o debate por meio da participação dos interessados, seu uso também destina-se a colheita de informações de caráter técnico-científico (MARÇAL, 2018, p. 81-82). Porém, Vitorelli (2015, p. 518) pontua que esse instituto está desgastado e tem tido uma baixa adesão pelos magistrados na prática forense.

Outro mecanismo é o *amicus curiae*, previsto expressamente no art. 138 do CPC, que estabelece a “participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada” visando auxiliar nos casos em que houver “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”.

Diante disso, Cabral (2004, p. 12) afirma que a finalidade desse instituto é fornecer elementos relevantes para o conhecimento do juízo, ampliando o contraditório e a participação democrática no processo. Esse mecanismo possibilita que setores da sociedade forneçam elementos técnicos sobre o problema e eventuais soluções que não se encontram na petição inicial (ARENHART, 2019, p. 17).

Por sua vez, Vitorelli (2016, p. 538-54) sugere algumas outras alternativas como (i) a nomeação de um terceiro com a finalidade específica de representar interesses periféricos (hipótese que se encaixaria perfeitamente aos casos em que o juiz reconhecesse a insuficiência de condições do grupo para se envolver adequadamente no processo); (ii) a nomeação de uma espécie de advogado do diabo, aproximando-se de um “*special master*”, com o objetivo de sustentar que a decisão não é adequada, justa ou razoável para a tutela do direito dos ausentes; (iii) a submissão do processo à órgãos públicos ou privados da mesma área de *expertise* do litígio.

Portanto, há diversos caminhos para alcançar uma representatividade adequados dos grupos envolvidos nos litígios complexos. Porém, só será possível escolher os melhores instrumentos com base na análise de cada caso concreto e suas peculiaridades. Assim, é preciso submeter-se a um período de tentativas e erros para aprimorar as técnicas e decisões.

---

<sup>9</sup> Como se observa nas Leis 8.666/93; 9.472/96; 9.478/97; 9.784/99; 10.257/01; 10.233/01 e Lei Complementar 101/00

### 3.5.2 O art. 139, IV do CPC como meio para as decisões estruturantes

O art. 139, caput, do CPC dispõe que o “juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe (...)”. Esse último verbo do referido dispositivo legal indicaria quais poderes o magistrado pode empregar no curso do processo (JOBIM, 2016, p. 215-234). Apesar de seus incisos elencarem uma série de atribuições ao magistrado, o trabalho focará sua análise no inciso IV que assegura o uso de meios atípicos para o cumprimento de decisões e é considerado por autores como Jobim (2016, p. 215-234) e Pinto (2018, p. 84-92) como o permissivo legal para as medidas estruturantes na legislação processual, que tem a seguinte redação:

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

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (BRASIL, 2015, *online*)

Nesse sentido, Jobim (2016, p. 215-234) esclarece o significado de cada um desses termos. As medidas “indutivas” referem-se a uma pressão que obriga o magistrado a determinar uma ordem que induza a parte a cumpri-la. Já as medidas “coercitivas” estariam ligadas a ideia de obrigação, indicando um ato que apenas o Estado poderá realizar. Por sua vez, as medidas “mandamentais” corresponderiam a noção de cumprimento e eficácia do ato. Por fim, as medidas “sub-rogatórias” tratam-se das ordens que deverão ser cumpridas por terceiros, seja fiscalizando ou executando uma medida.

Diante disso, Jobim (2016, p. 215-234) afirma que esse dispositivo legal funcionaria como uma cláusula que poderia ser edificada por uma série de outros institutos, já que ele abre uma porta para diferentes técnicas de cumprimento e execução de medidas judiciais, especialmente as decisões estruturantes. O autor ainda explica que essas medidas podem ser determinadas a qualquer momento do processo e que são compostas por uma ordem que determina atos que induzam, coajam, mandem ou até mesmo sub-roguem para assegurar seu cumprimento.

Portanto, resta claro que existe uma abertura no Código de Processo Civil para o Poder Judiciário utilizar decisões estruturantes nos casos envolvendo litígios complexos.

### 3.5.3 A forma de tratamento das ações individuais com natureza estruturante

Em regra, o processo estrutural lida com situações coletivas, pois veicula uma situação jurídica coletiva. Contudo, é possível uma demanda individual carregar uma questão de natureza estrutural, devendo ser tratada como um processo estrutural (DIDIER JR, OLIVEIRA, ZANETI JR, OLIVEIRA 2020, p. 51). Essa situação ocorre principalmente quando acontece o fenômeno da múltipla incidência, onde um único fato é capaz de influenciar tanto a esfera de situações jurídicas individuais como coletivas (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA, 2020, p. 51).

Cumprе mencionar que o legislador vetou o incidente de coletivização, previsto no art. 333, IV, do CPC, que possibilitava a conversão de ações *pseudoindividuais* em coletivas (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA 2020, p. 52)

Por essa razão, no tratamento do caso, é essencial distinguir o objeto processual do material, apesar deles se relacionarem (DOMINGOS, 2019, p. 170). Nos casos em que o litígio coletivo possa ser tratado pela via individual, o meio processual não convergirá necessariamente com o procedimento a ser adotado, possibilitando o uso de uma medida estrutural para tutelar o caso de maneira adequada (VITORELLI, 2017, p. 8). Isso porque, o uso do processo estruturante não se limita a espécie de ação que veicula a demanda, mas ao reconhecimento de um litígio complexo que necessita de um tratamento estrutural (DOMINGOS, 2019, p. 170)

Diante disso, Marçal (2019, p. 425) sustenta que há uma série de demandas estruturantes levadas ao Poder Judiciário por meio de demanda individuais devido a lógica processual bipolar. O autor explica que nessas ações existe um direito individual que afeta diversos interesses policêntricos de terceiros, direta ou indiretamente, pelas decisões proferidas em juízo. E, frequentemente, originam-se de violações sistêmicas de alguns direitos que seriam melhor tratados por um processo estrutural.

Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira (2020, p. 51) exemplificam essa situação por meio do caso hipotético de uma pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade

reduzida que ajuíza ação individual requerendo que alguns edifícios públicos ou privados, de uso coletivo, frequentados constantemente por ela, promovam obras que garantam a acessibilidade em conformidade com a Lei 10.098/2000

Nesse contexto, existem pelo menos duas formas de o Poder Judiciário conduzir esses litígios. A primeira delas utiliza o procedimento individual ordinário para lidar com o objeto material, proferindo decisões favoráveis ou não ao pedido, que poderão acarretar várias consequências na esfera de terceiros e na própria administração pública. Já a segunda, ocorre quando a Corte verifica a existência de um número elevado de pedidos individuais com o mesmo objeto, porém sem nenhuma ação coletiva tratando sobre a controvérsia, devendo, dessa forma, optar pela técnica de gestão de casos denominada como Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) (art. 976 do CPC) para conferir um tratamento isonômico e eficiente a esses casos (DOMINGUES, 2019, p. 171-172).

Essa técnica de julgamento promove a reunião dos processos individuais e a suspensão do andamento individual de cada um dele até que seja firmada uma tese aplicável a todos os casos (DOMINGOS, 2019, p. 172). Por essa razão, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 211) sustentam a necessidade de uma análise da situação jurídica coletiva para verificar se é cabível o IRDR, a ação coletiva tradicional ou ambas as técnicas. Os autores ressaltam que predominando a natureza coletiva da demanda deve haver preferência pela ação coletiva tradicional em relação ao IRDR, podendo, eventualmente, assumir o papel de caso piloto.

Além disso, quando forem utilizadas técnicas repetitivas em processos estruturantes, a interpretação deverá desenvolver uma constante interação entre as regras do processo coletivo e do processo individual *sui generis* para garantir um tratamento adequado a esses litígios (ZANETI JR., 2018, p. 225-246).

#### 3.5.4 Flexibilização procedimental

Conforme exposto no Capítulo 2.2, um dos maiores obstáculos do processo estrutural é o princípio da demanda (e correlatos) que promove a estabilização do objeto do processo. Isso porque, nos litígios complexos é comum que o autor conheça o pedido mediato (“bem da vida”), ou seja, o resultado prático desejado, mas não as providências necessárias para alcançar esse fim (pedido imediato) (MARÇAL, 2018, p. 135). Essa problemática decorre da prospectividade e

dinamicidade do processo estruturante, que se manifesta no conhecimento gradual do problema, não cabendo, portanto, um procedimento tão rígido (FERRARO, 2015, p. 138). Sob essa perspectiva, Violin constata que:

(...) variando o objeto da ação, variam também as adaptações procedimentais necessárias à proteção do bem da vida. A tutela do direito à saúde, à habitação ou à erradicação do trabalho infantil, por exemplo, exigirá medidas diversas daquelas adotadas para a dessegregação das escolas (VIOLIN, 2019, p. 502-503)

Diante disso, a doutrina majoritária entende que (i) na fase postulatória, deve ser feito um pedido genérico e incompleto (flexibilizando a regra do art. 324, caput do CPC que estabelece a necessidade de determinação do pedido); (ii) na fase instrutória, seja possível a alteração do objeto do processo, inclusive da causa de pedir e pedido; e (iii) na fase decisória, o juiz não estaria limitado pelo princípio da congruência (MARÇAL, 2018, p. 135-136).

Quanto ao pedido genérico, o art. 324, §1º, II do CPC viabiliza essa possibilidade dispondo que “é lícito, porém, formular pedido genérico: (...) quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato”, reconhecendo a dificuldade inicial de determinar quais seriam as medidas necessárias para cessar o ilícito (MARÇAL, 2018, p. 138). O autor ainda ressalta que a indeterminação do pedido englobaria os pedidos mediatos e imediatos para evitar eventuais limitações. Esse entendimento também é compartilhado por Ferraro:

É necessária a inversão da lógica segundo a qual o objeto do processo é conhecido, como regra, desde logo. A lógica invertida seria um objeto do processo verificável apenas a posteriori, após a discussão entre as partes e demais interessados, como reflexo de que a petição inicial apenas traz um “esboço da demanda” (da causa de pedir e do pedido e talvez, até mesmo, de quem seriam aqueles responsáveis pela violação de direitos). É uma visão mais ajustada à dinâmica e à dinamicidade dos litígios estruturais (FERRARO, 2015, p. 144)

Além disso, o pedido indeterminado deve ser analisado de forma global, sob a luz da boa-fé (art. 322, § 2º, do CPC), desde que possibilite, minimamente, a identificação de um conteúdo que demonstre a violação do direito tutelado (MARÇAL, 2018, p. 138).

Nesse sentido, destaca-se a decisão proferida pelo STJ no REsp 1279586/PR que negou provimento ao recurso e confirmou a decisão do Tribunal de

Justiça do Estado do Paraná que após a contestação determinou a emenda de uma ação civil pública que continha pedido genérico, com base no art. 284 do CPC, em vez de sua extinção sem resolução de mérito conforme era pedido no recurso (MARÇAL, 2018 p.153).

Marçal (2018, p. 153-155) assevera que no voto do relator constam duas observações relevantes: (i) a afirmação de que é possível a realização de pedido e condenação genérica no âmbito de ações civis públicas que tutelem direitos individuais homogêneos, porém, incoerentemente, essa seria a mesma razão que deu causa a emenda da petição no caso concreto; e (ii) que caso na emenda a inicial ocorra inovação do pedido ou da causa de pedir, o juiz deverá realizar o controle jurisdicional para promover a estabilidade da demanda, oportunizando que a outra parte se manifeste, de modo a garantir o contraditório e a ampla defesa.

Da mesma maneira, Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira (2020, p. 49) endossam a necessidade de flexibilização do processo estrutural e sugerem que ele se desenvolva em um procedimento bifásico, como no processo falimentar que possui base legal nos arts. 354, parágrafo único e 356 do CPC, permitindo o fracionamento da resolução de mérito.

Na primeira fase, o processo seria dedicado a verificação da presença da violação de direitos alegada, isto é, do próprio problema estrutural. Conseqüentemente, a instrução probatória apuraria a existência desse estado de desconformidade constante, utilizando meios de prova típicos e atípicos (art. 369, CPC), como a amostragem e as estatísticas. O encerramento dessa fase ocorreria com a decisão estrutural que, em caso de procedência, definiria um conteúdo programático para buscar o estado ideal de coisas (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA, 2020, p. 53).

Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira (2020, p. 54) ressaltam que as metas para alcançar o estado ideal de coisas podem ser definidas em momento posterior se o juiz considerar necessário, utilizando a segunda fase para consultar *experts* e definir os melhores caminhos de combate ao problema estrutural.

Já na segunda fase, o processo estrutural buscaria a implementação das medidas definidas na decisão da primeira fase, caracterizando-se como o momento de execução. Todavia, isso não significa a ausência de atividade cognitiva, pois o principal objetivo é a identificação e emprego dos meios aptos a efetivar a decisão (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVEIRA 2020, p 54).



Além disso, Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira (2020, p. 53-57) sustentam que a decisão estrutural precisa determinar, pelos menos, três coisas para que seja possível a sua implementação: (i) o tempo, o modo e o grau da reestruturação; (ii) o regime de transição, com base no art. 23 da LINDB<sup>10</sup>; e (iii) a forma de avaliação/fiscalização da fase executória. Os autores acrescentam ainda que outras medidas podem ser determinadas, como a exigência de relatórios periódicos, audiências para oitiva de testemunhas e inspeções judiciais.

Quanto aos limites da decisão judicial impostos pelo princípio da adstrição, seria possível atenuá-lo com base no art. 493 do CPC que, interpretado a luz dos valores constitucionais, possibilitaria a ampliação do *thema in decidendum*, pois autoriza e impõe que a decisão se ajuste a realidade fática (DIDIER JR, ZANETI JR, OLIVERIA, 2020, p. 57).

Evidente, portanto, que o Código de Processo Civil possui diversos mecanismos que viabilizam a plasticidade procedimental necessária aos processos estruturantes, permitindo, assim, a tutela adequada dos direitos em jogo.

---

<sup>10</sup> Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais

## **4 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 592.581/RS**

No presente capítulo será analisado um dos principais litígios complexos enfrentados pelo Poder Judiciário, a partir do Recurso Extraordinário 592.581/RS, de relatoria do ex-Ministro Ricardo Lewandowski, para demonstrar o impacto das decisões estruturais na solução de problemas dessa natureza. Escolheu-se o caso “Albergue Estadual de Uruguaiana” por trazer à esfera social e jurídica um relevante problema estrutural, multipolar, que abordou diretamente a temática da intervenção judicial em políticas públicas. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal levou ao Tema 220 da Repercussão Geral<sup>11</sup> que servirá de baliza à atuação das demais instâncias do Judiciário em casos análogos.

### **4.1 A tramitação do caso “Albergue Estadual de Uruguaiana”**

Em 05/01/2006, a Promotoria de Justiça de Defesa Comunitária de Uruguaiana instaurou Inquérito Civil para analisar a documentação sobre as condições do Albergue Estadual de Uruguaiana, pois havia indícios de violações a direitos fundamentais dos presos e a necessidade de adoção de medidas judiciais contra o Estado do Rio Grande do Sul para buscar a reforma do estabelecimento.

Nos documentos tinha um relatório de inspeção realizada em 04/10/2004 pelo próprio Conselho Penitenciário da Secretaria Estadual da Justiça e Segurança do Rio Grande do Sul que constatava (i) a inadequação de habitação do local, por causa da umidade excessiva e concentração de pó; (ii) o péssimo estado do banheiro do alojamento, necessitando de obras urgentes; (iii) a visibilidade de instalações elétricas com fios e tomadas expostas, em razão da ausência de teto; e que (iv) o telhado estava cedendo.

Também tinha relatório produzido pela Divisão de Assessoramento Técnico do Ministério Público, em setembro de 2004, que demonstrou outros problemas como a pintura precária, a falta de forros, vidros quebrados, instalações sanitárias precárias, instalações elétricas improvisadas e telhas quebradas.

---

<sup>11</sup> Tema 220 - Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.

Havia registros da confirmação de que um dos apenados tragicamente morreu eletrocutado pela fiação que estava em proteção, colocando os detentos e funcionários em risco.

A grave situação das condições estruturais foi informada a Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE) que chegou a projetar uma reforma geral da parte elétrica, conforme revelado pelo relatório do Engenheiro João Francisco de Metello encaminhado ao administrador do Albergue Estadual de Uruguaiana.

Diante disso, em 17/01/2006, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública (tramitando sob o n. 0008436-94.2007.8.21.7000) contra o Estado do Rio Grande do Sul, requerendo, antecipadamente, a reforma completa da rede elétrica em sessenta dias e, definitivamente, a realização das demais obras emergências para a readequação do Albergue Estadual de Uruguaiana em 6 meses, devido as violações a integridade física e moral dos presos (art. 5, XLIX, da CF e art. 40 da LEP), aos requisitos de salubridade mínimos exigidos as celas destinadas as penas de reclusão em regime fechado – a qual se interpreta extensivamente a todas as unidades utilizadas para o cumprimento de pena privativa de liberdade – (art. 88 da LEP) e ao princípio da dignidade humana (art. 1, III, da CRFB).

Em 10/03/2006, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou petição pedindo o indeferimento da antecipação de tutela, pois trata-se de pedido juridicamente impossível, uma vez que o Judiciário não pode decidir como devem ser aplicados os recursos financeiros que o Executivo possui para atender as demandas que lhe são afetas.

Em 03/05/2006, foi realizada vistoria no Albergue Estadual de Uruguaiana, concluindo que estavam presentes as deficiências estruturais narradas pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; bem como a realização de uma reforma interna pela própria administração do presídio de parte de um alojamento e a existência de um processo buscando a autorização para locação de um prédio para abrigar os presos que possuem trabalho externo.

Em 29/05/2006, foi proferida decisão concedendo a medida liminar para que o Estado do Rio Grande do Sul proceda, no prazo de sessenta dias, a reforma completa da rede elétrica do Albergue Estadual de Uruguaiana, executando o projeto elaborado pela SUSEPE, uma vez que estavam presentes os requisitos ensejadores, isto é, a verossimilhança das alegações do autor e o perigo na demora

da prestação, pois os presos e funcionários estavam submetidos a risco de vida pela fiação elétrica exposta.

Em 13/10/2006, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou contestação alegando em preliminares, novamente, a impossibilidade jurídica do pedido. Já no mérito afirmou que somente o Executivo tem competência para definir a destinação dos recursos públicos, nos termos das dotações orçamentárias, e que as obras serão desnecessárias em um futuro próximo, pois a administração está providenciando a locação de outro prédio para atender as exigências de acomodação necessárias, requerendo, assim, a improcedência da Ação Civil Pública.

Frisa-se, porém, que em momento algum o réu tentou rebater os argumentos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul referentes as péssimas condições do Albergue Estadual de Uruguaiana.

Em 02/07/2007, foi proferida sentença julgando procedente o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para realizar, no prazo de 6 meses, as obras de reforma geral do Albergue Estadual de Uruguaiana para adequá-lo aos requisitos básicos da habitualidade e salubridade dos estabelecimentos penais, determinando: (i) o conserto dos telhados onde há infiltração de umidade; (ii) a instalação de forro sob o telhado em todos os dormitórios; (iii) o conserto de janelas e substituição de vidros quebrados; (iv) conserto das instalações hidrossanitárias, especialmente os canos com vazamentos e esgotos abertos no pátio; (v) adequação das instalações elétricas, principalmente dos fios e tomadas aparentes; (vi) revestimento das áreas molhadas (paredes dos banheiros, etc) tornando-os lisos, laváveis e impermeáveis

Em sua fundamentação, a magistrada sustentou, em primeiro lugar, que as provas juntadas aos autos evidenciaram as péssimas condições do Albergue Estadual de Uruguaiana, configurando violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CRFB) que veda o tratamento desumano ou degradante, a dispositivos da Lei de Execução Penal que protegem a integridade física e moral do preso e estabelecem requisitos mínimos de salubridade para as celas e ao art. 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil.

Em segundo lugar, que o Poder Judiciário, quando provocado, pode promover medidas para efetivar direitos fundamentais, pois a elaboração de políticas públicas e a realização de atos administrativos voltados à efetiva implementação desses

direitos estão vinculados aos critérios da imperatividade e inviolabilidade, possuindo natureza de norma autoaplicável que não pode ser afastada pela discricionariedade do administrador.

Por fim, ressaltou que o caso alcança toda a comunidade, visto que a precariedade de condições físicas do local favorece a evasão dos presos, a prática de delitos por presos evadidos e o crescente embrutecimento dos detentos pelas más condições carcerárias (um dos fatos que demonstra a imbricação de diversos interesses no conflito)

Irresignado, em 30/08/2007, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs apelação, reiterando seus argumentos defensivos de impossibilidade jurídica do pedido e de ausência de competência do Poder Judiciário para deliberar atos da Administração, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, requerendo, assim, a reformada da sentença.

Em 16/10/2007, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul apresentou contrarrazões utilizando-se dos mesmos argumentos de sua Inicial.

Em 06/12/2007, a 21ª Câmara Cível do TJRS deu provimento à apelação, julgando improcedente a ação:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. DECABIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. Preliminar: O pedido não é juridicamente impossível, porquanto não lhe veda expressamente a ordem jurídica. Mérito: O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica da efetivação desses direitos fundamentais. É que diversa a carga de eficácia quanto se trata de direito fundamental prestacional proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou quando sob forma que permita, de logo, com ou sem interposição legislativa, o reconhecimento de direito subjetivo do particular (no caso do preso), como titular do direito fundamental. Aqui o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva (sic). Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição auto-executável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público. Para além (sic) disso, sua efetiva realização apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada 'reserva do possível'. Pois a 'reserva do possível', no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada. Ao Judiciário não sabe

determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, pena de fazer às vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos. Preliminar rejeitada. Apelo provido. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL, 2008, *online*)

Portanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que seria inviável ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras dessa natureza, pois configuraria uma intromissão indevida na atividade administrativa. Na fundamentação destacou-se que as normas constitucionais mencionadas pelo autor seriam de cunho programático, visando apenas traçar linhas gerais para a atuação do poder público, desde que houvesse recursos suficientes.

Diante disso, em 26/03/2008, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Extraordinário, sustentando, preliminarmente, a repercussão geral da matéria, em razão das violações aos direitos fundamentais dos presos e ao princípio da dignidade da pessoa humana. O *parquet* prequestionou expressamente os art. 1, III, e art. 5, XLIX, ambos da Constituição Federal.

Já no mérito requereu a reforma integral do acórdão para obrigar o Estado do Rio Grande do Sul a realizar, no prazo de seis meses, as obras emergenciais no Albergue Estadual de Uruguaiana, pois (i) foi desconsiderado a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; (ii) a impossibilidade orçamentária não é justificativa para a efetivação de direitos fundamentais, devendo ser observada a vinculação do Poder Executivo a implementação das políticas públicas nessa área; (iii) não há ofensa ao princípio da separação de poderes na apreciação da questão pelo Poder Judiciário, já que também seria parte integrante do “Estado”; e (iv) a Constituição garantiria o acesso à justiça como direito fundamental (art. 5, XXXV, da CRFB), justificando a atuação do Poder Judiciário para concretizar o dever constitucional de garantir a integridade física e moral dos presos.

Em contrapartida, o Estado do Rio Grande do Sul não apresentou contrarrazões.

Em 08/09/2009, o Recurso Extraordinário foi remetido ao Supremo Tribunal Federal e distribuído para o ex-Ministro Ricardo Lewandowski que tornou-se relator do caso. Em 23/10/2009, ele admitiu o recurso e reconheceu a repercussão geral do tema.

Posteriormente, a União Federal ingressou no feito como terceiro interessado e os Estados do Acre, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Rondônia, Bahia, Roraima, Amapá, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal, Rio de Janeiro, São Paulo e Pará foram admitidos como *amicus curiae*, em razão do interesse no feito.

Por sua vez, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados também apresentou memorial visando contribuir com a solução do caso. Nesse sentido, Arenhart destaca a multipolaridade do caso:

Na tramitação do recurso extraordinário, quinze Estados (aí incluído o Distrito Federal) e também a União se habilitaram no processo na condição de *amici curiae*, já que a todos esses entes interessava a discussão a respeito da extensão da prerrogativa do Judiciário em determinar a realização de obras públicas (sobretudo quando essa discussão se faz com repercussão geral). Formou-se assim, um processo com, no mínimo, dezoito distintos polos de interesses. E esses polos poderiam multiplicar-se ainda mais; sem dúvida, entidades de proteção a direitos humanos, especialista em orçamento público, pessoas com experiência em gestão penitenciária e outros sujeitos (especialistas nas matérias envolvidas e interessados na solução dada ao problema) poderiam habilitar-se no processo para trazer seu ponto de vista e seus interesses no caso (ARENHART, 2017, p. 425)

Na sequência, em 05/02/2015, o Procurador Geral da República apresentou parecer favorável ao provimento do recurso extraordinário, pois (i) a questão deixaria de ser política para se tornar jurídica a partir do momento que direitos fundamentais foram violados por ação ou omissão estatal; (ii) é errôneo dizer que o direito à integridade física e moral dos presos (art. 5, XLIX, da CF) pertence a categoria dos direitos sociais, possibilitando a oposição de restrições de discricionariedade política e da reserva do possível, quando, na verdade, trata-se de direito fundamental de defesa; (iv) os presos possuem apenas limitada liberdade jurídica, de modo que a garantia da sua integridade recai no âmbito dos direitos de defesa; (v) direitos de defesa somente são respeitados caso o Estado se abstenha de todas as condutas capazes de suprimi-los ou lesá-los, não cabendo, portanto, falar de discricionariedade legislativa ou executiva para lhe proporcionar condições materiais; (vi) o art. 5, XLIX e §1º da CF possui aplicabilidade imediata e a situação do sistema carcerário brasileiro viola a constituição e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil; (vii) não cabe aplicação da reserva do possível em casos que resultem na negativa de efetivação do núcleo essencial de direitos fundamentais, devendo o Estado garantir

o mínimo existencial referente ao respeito a integridade física e moral dos presos; e (viii) o Poder Judiciário tem legitimidade para determinar a adoção de políticas públicas para garantir a intangibilidade do mínimo existencial do direito ao respeito à integridade física e moral dos presos.

Em 13/08/2015, ocorreu o julgamento do Recurso Extraordinário 592.581/RS, o qual será minuciosamente analisado, destrinchando temas como a presença de problema estrutural no caso, as possibilidades e limites de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, a forma de implementação de medidas estruturantes, a possibilidade de aplicação da reserva do possível nos casos envolvendo direitos fundamentais e a aplicabilidade de normas constitucionais programáticas.

## **4.2 O voto paradigmático do Ministro Ricardo Lewandowski**

### **4.2.1 A existência de problema estrutural**

Inicialmente, o ex-Ministro começou seu voto sustentando que a pena no Estado Democrático de Direito tem uma dupla função. A primeira delas seria a de reintrodução do egresso do sistema penitenciário no convívio social, tornando-o novamente um cidadão prestante. Já a segunda refere-se à retribuição pelo crime, respeitando critérios de racionalidade e proporcionalidade, ou seja, os limites prévios e estabelecidos em lei, não devendo as penitenciárias violar essa premissa

Contudo, o péssimo estado do Albergue Estadual de Uruguaiana não é um fato isolado no sistema penitenciário. Nesse sentido, o ex-Ministro, em seu voto, ressaltou o caráter estruturante do problema, como se observa na passagem que retrata esse quadro no período imperial:

Muito embora a Constituição de 1824, bem como o Código Criminal de 1830, tenham introduzido uma concepção mais aggiornata acerca da pena de prisão em nosso País, o que se percebeu ao longo do tempo foi uma completa ausência de propostas no sentido de criar-se estabelecimentos prisionais adequados, que pudessem, ainda que minimamente, dar efetividade aos comandos legais previstos naqueles textos normativos. (BRASIL, 2015, p. 7)

E continuou citando Maia que afirma que desde a metade do século XIX já eram flagrantes os problemas carcerários. Tanto é assim que, em 1905, foi



elaborado relatório por uma comissão designada pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores revelando as péssimas condições físicas e higiênicas das casas de correção:

O que a Comissão encontrou, e denuncia a V. Ex., foi um depósito de presos, onde tudo é primitivo e desordenado, praticado sem plano, sem conhecimento do que seja sistema penitenciário que tem de ser executado em todas as suas partes, sem discrepância, harmonicamente, para poder atingir seus elevados e humanitários fins (...) E para que fique bem firmado na memória de V. Ex. o que a Comissão pensa, em resumo, ela dirá: A Casa de Correção não tem administração, não tem sistema, não tem moralidade ou melhor: Não há Casa de Correção (MAIA *et al*, 2009, p. 284-285)

Com o passar dos anos essa problemática apenas se agravou, havendo relatos recorrentes de torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre organizações criminosas, superlotação, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação inadequada. Nessa linha, o julgador apresentou relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em junho de 2014, que revelou um déficit de mais de 230 mil vagas nas prisões brasileiras (BRASIL, 2014, p. 11).

Contudo, essa não foi a única estatística apresentada pelo Ministro para demonstrar a falência do sistema carcerário brasileiro. Dentre os demais dados, destacam-se o relatório das visitas de inspeção realizadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário (CNPCCP), no Estado do Rio Grande do Sul, em 2009, narrando uma série de violações:

(...) O Presídio Central de Porto Alegre – PCPA - destina-se à custódia de presos em regime fechado e provisórios, do sexo masculino, contendo 4.807 presos na data da inspeção (13 de julho). A capacidade do estabelecimento é de 2.069 presos, sendo que as celas possuem diferentes metragens (6 a 19,96 m<sup>2</sup>).

(...) A estrutura predial dos estabelecimentos visitados está em péssimas condições, necessitando de reformas estruturais, hidráulicas, elétricas e sanitárias

(...) As infiltrações nas paredes são visíveis, inclusive nas alas recentemente inauguradas. O presídio possui extensa área onde é lançado o lixo a céu aberto, onde escorre água e esgoto o dia todo, contribuindo para a proliferação de insetos e pragas. Durante a inspeção, foram vistas várias ratazanas percorrendo o pátio e as paredes externas das galerias. Os Promotores de Justiça que nos acompanhavam relataram que o Ministério Público já propôs ação civil pública em face do Estado visando à retirada do lixo do local, mas as decisões judiciais ainda não haviam sido cumpridas. Ademais, os quatro novos pavilhões construídos no final do ano de 2008,

com capacidade para 492 vagas, não resolveram a questão da superlotação carcerária. Presos provisórios e condenados dividem mesmas celas e pátio de banho de sol, em flagrante descumprimento ao disposto no artigo 84, da Lei de Execução Penal.

(...) Visita ao Albergue Padre Pio Buck:

(...) As condições são subumanas, constatando-se uma desagradável superlotação, péssimas instalações físicas (especialmente elétricas e hidráulicas), que, inclusive, põem em iminente risco a vida, a incolumidade física e a saúde dos que ali se encontram 'enjaulados'. É comum ver 'gambiarras' em todos os alojamentos visitados, já que toda a parte elétrica está descoberta e possui ligações indevidas. Os internos têm por costume usar fogões elétricos, que além de serem ligados por fios descoberto, cruzam a cela, ficam muito próximos das colchas, toalhas e roupas, o que, por um mínimo descuido, pode ocasionar uma tragédia (BRASIL, 2009, p. 2-26)

E também o relatório intitulado "A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro", elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público e divulgado em 2013:

Os 1.598 estabelecimentos inspecionados possuem capacidade para 302.422 pessoas, mas abrigavam, em março de 2013, um total de 448.969 presos. O déficit é de 146.547 ou 48%. A superlotação é registrada em todos as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimento (penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, etc). O déficit de vagas é maior para os homens. O sistema tem capacidade para 278.793 pessoas do sexo masculino, mas abrigava 420.940 homens presos em março de 2013. Para as mulheres, são 23.629 vagas para 28.029 internas.

#### Separações

As inspeções verificaram que a maior parte dos estabelecimentos não faz as separações dos presos previstas na Lei de Execuções Penais. Segundo o relatório, 1.269 (79%) estabelecimentos não separam presos provisórios de definitivos; 1.078 (67%) não separam pessoas que estão cumprindo penas em regimes diferentes (aberto, semiaberto, fechado); 1.243 (quase 78%) não separam presos primários dos reincidentes. Em 1.089 (68%) locais, não há separação por periculosidade ou conforme o delito cometido; em 1.043 (65%), os presos não são separados conforme facções criminosas. Há grupos ou facções criminosos identificados em 287 estabelecimentos inspecionados (17%).

#### Fugas, integridade física dos presos e disciplina

Entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões, 23 das quais com reféns. Ao todo, houve 769 mortes, das quais 110 foram classificadas como homicídios e 83 como suicídios. Foram registradas 20.310 fugas, com a recaptura de 3.734 presos e o retorno espontâneo de 7.264. Os casos em que presos, valendo-se de saída temporária não vigiada, não retornam na data marcada, são computados como fuga ou evasão. Houve apreensão de drogas em 654 locais, o que representa cerca de 40% dos estabelecimentos inspecionados.

No quesito disciplina, o relatório mostra que 585 estabelecimentos (37%) não observam o direito de defesa do preso na aplicação de sanção disciplinar. Em 613 locais (38%), o ato do diretor da unidade que determina a sanção não é motivado ou fundamentado; em 934 (5), nem toda notícia de falta disciplinar resulta em instauração de procedimento. As sanções coletivas foram registradas em 116 estabelecimentos (7%). Em 211 (13%) locais não é proporcionada assistência jurídica e permanente; em 1.036

(quase 65%), não há serviço de assistência jurídica no próprio estabelecimento.

Assistência material, saúde e educação

Quase metade dos estabelecimentos (780) não possui cama para todos os presos e quase um quarto (365) não tem colchão para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009). Não é fornecido material de higiene pessoal em 636 (40%) locais e não há fornecimento de toalha de banho em 1.060 (66%). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%). As visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços do sistema (1.039 estabelecimentos).

Cerca de 60% dos estabelecimentos (968) não contam com biblioteca; falta espaço para prática esportiva em 756 locais (47%) e para banho de sol (solário) em 155 (10%) (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2013, *online*)

Nota-se pelos dados que os presos preventivos e apenados - como demonstrado pelo relatório poucos são os presídios que fazem a separação entre eles – são submetidos a tratamento cruel e degradante a sua integridade física e moral, uma vez que são privados diariamente de seus direitos fundamentais, em razão da ausência de condições dignas como alimentação, higiene e até mesmo segurança, as quais estão são asseguradas pela Constituição Federal e LEP.

Tanto é assim que no caso concreto um dos apenados faleceu eletrocutado ao entrar em contato com fiação elétrica inadequadamente expostas no Albergue Estadual de Uruguaiana.

Resta evidente, portanto, que a falência do sistema penitenciário é um problema estrutural decorrente da omissão do Estado por muitos e muitos anos no cumprimento de sua obrigação constitucional.

#### 4.2.2 As violações sistemáticas a normas internas e internacionais

Após demonstrar a situação do sistema carcerário nacional, o ex-Ministro Ricardo Lewandoski concluiu que essas agruras implicam diretamente em violações aos dispositivos legais que asseguram a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF) e o respeito a integridade física e moral do preso (art. 5, XLIX, CF). Ressalta, ainda, nas palavras de Silva (2009, p. 38) que o supracitado postulado “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.

Isso porque, o princípio da dignidade da pessoa humana é classificado como “sobrepincípio”, impondo limites expressos a atuação do Estado, seus agentes e,

principalmente ao *ius puniendi*. Porém, o quadro do sistema carcerário brasileiro atual viola diretamente essa garantia, funcionando como “um processo de verdadeira “coisificação” de seres humanos presos, amontoados em verdadeiras “masmorras medievais”, que indica claro retrocesso relativamente a essa nova lógica jurídica” (BRASIL, 2015, p. 29). Desse modo, o Estado estabelece uma sanção que ultrapassa os limites da privação de liberdade prevista na sentença, já que os presos são submetidos a sofrimento físico, psicológico e moral.

Essas condições desumanas não ferem apenas preceitos constitucionais, mas também dispositivos legais específicos sobre o assunto como os arts. 3, 40 e 85 da LEP. O primeiro deles assegura aos internados, presos provisórios e condenados em geral todos os direitos não atingidos pela sentença, não incluindo, assim, esse quadro degradante dos presídios.

Na mesma linha, o art. 88, caput, da LEP estabelece que “o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”. E o seu parágrafo único dispõe sobre os requisitos mínimos de salubridade de cada alojamento prisional.

Por sua vez, o art. 64 da LEP prevê que os estabelecimentos prisionais deverão ter lotação compatível com a respectiva estrutura e finalidade, cabendo ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP/MJ) estabelecer os limites máximo da capacidade destes.

Tampouco são respeitados os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que asseguram o direito dos presos, como, por exemplo, os arts. 5, 6 e 8 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Nesse sentido, lembrou a natureza supralegal dessas normas, conforme decisão do STF no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 466.343/SP, 349.703/RS e *Habeas Corpus* 87.585/TO e 92.566/SP (BRASIL, 2015, p. 29)

#### 4.2.3 A intervenção judicial no âmbito das políticas públicas

Posteriormente, o ex-Ministro lembrou que há entendimento sólido de que os princípios constitucionais são regras jurídicas de natureza prescritiva, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes (Canotilho, 1992, p. 352). Ou seja, a inobservância dessas normas implicaria sempre uma consequência jurídica compatível a carga normativa que carregam. Nesse sentido, asseverou em seu voto que:

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário (BRASIL, 2015, p. 33)

Em contrapartida, o acórdão recorrido sustentou que as normas violadas pelo Estado do Rio Grande do Sul seriam de caráter meramente programático, com a finalidade exclusiva de direcionar a forma de atuação estatal, não cabendo, assim, a intervenção do Judiciário nessa seara.

Contudo, no caso dos autos ocorreu verdadeira violação a direitos fundamentais praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda. Desse modo, o Judiciário, por dever constitucional, deve assegurar-lhes a devida proteção. Assim, não se trata de implementação de política pública pelo Poder Judiciário, mas do cumprimento de uma de suas obrigações que é dar concreção aos direitos fundamentais presentes em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais (SCAFF, 2007, p. 90)

Por essa razão, a constante omissão do Estado em oferecer condições de vida digna aos detentos exige uma intervenção do Judiciário para, no mínimo, garantir o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, não havendo margem para qualquer discricionariedade das autoridades prisionais sobre esse ponto. Afinal, a ausência de decisão judicial para correção dessa problemática permitiria o seu agravamento, possibilitando novas rebeliões sangrentas de presos, como visto em outras unidades da federação.

Não por outra razão, no HC 94.163/RS o STF entendeu que caso o detento fuja, ou seja, cometa falta grave, o tempo de pena já cumprido não deverá ser zerado, mas apenas desconsiderado o período em que o sujeito ficou foragido, pois

a quantidade de pena efetivamente cumprida já está extinta e serve de base para diversos institutos processuais que beneficiam o apenado, como, por exemplo, o livramento condicional (BRASIL, 2009, *online*).

Em sua fundamentação, a Corte afirmou que deve prevalecer o critério interpretativo da LEP que busca a primazia de mecanismos de reinserção social dos apenados, uma vez que essa forma de interpretação da lei seria a que mais se aproxima do texto constitucional, assegurando, como na decisão anterior, o núcleo essencial de direitos fundamentais do preso e evitando arbitrariedades do Poder Executivo.

E, recentemente, na ADPF 45 MC/DF, o ex-Ministro Celso de Melo reiterou esse posicionamento afirmando que o Judiciário não pode ser omissivo:

(...) se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional (BRASIL, 2004, *online*)

Em seu voto, o ex-Ministro relator ainda mencionou os *prison reform cases* norte-americanos, conhecidos como casos estruturantes, nos quais o Judiciário estadunidense determinou uma série de medidas para alterar gradualmente o sistema penitenciário do país, objetivando dar concretude a Oitava Emenda<sup>12</sup> que veda penas cruéis ou iníquas (BRASIL, 2015, p. 51)

Além disso, sustentou que uma das principais garantias para efetivação dos direitos fundamentais é o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5, XXXV, da CF), que dispõe que “a lei não subtrairá à apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”, assegurando o direito à plena cognição da lide pelo Estado-juiz.

Nesse contexto, destacou o poder geral de cautela atribuído aos juízes, consistente na possibilidade de concessão de medidas cautelares atípicas, isto é, aquelas não previstas em lei, sempre que forem necessárias para garantir a efetividade do direito buscado nos casos concretos submetidos à jurisdição. Tal entendimento se adequa a ideia desenvolvida no tópico 3.5.5 sobre a função do art. 139, IV, como mecanismo para decisões estruturantes.

<sup>12</sup> “Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou iníquas.” na tradução disponível em: <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>

Por outro lado, esclareceu que esse caso concreto de atuação do Judiciário não é um permissivo para a intervenção de ofício desse poder em todas as situações que ocorrer ameaça ou lesão a direitos fundamentais, necessitando de adequada provocação para evitar que o juízo usurpe o papel do administrador público.

Portanto, apenas seria lícito a atuação do Judiciário nos casos em que é evidente um “não fazer” comissivo ou omissivo do Estado que coloque em risco, de maneira grave e iminente, o direito dos jurisdicionados, independentemente do entendimento contra majoritário social. Sob esse ângulo, o ex-Ministro ressaltou que “o recorrido jamais contestou o péssimo estado de conservação do Albergue Estadual de Uruguaiana, o qual, inclusive, cumpre lembrar, acarretou a morte de um de seus detentos devido à deterioração de suas instalações elétricas” (Brasil, 2015, p. 49)

Logo, essas violações sistemáticas ao princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia da integridade física e moral do preso impediriam a principal finalidade das sanções penais consistente em promover a ressocialização do sujeito que violou a lei.

#### 4.2.4 A questão orçamentária

Em sua defesa, o Estado do Rio Grande do Sul sustentou a ausência de verbas para melhorar o sistema carcerário. Contudo, o ex-Ministro prontamente rebateu essa tese, pois, segundo dados da DEPEN, o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) - principal fonte de recursos para a reforma e modernização dos presídios brasileiros no âmbito federal – recebeu um investimento até 2013 de R\$ 1.583.640.000,00 e empregou no mesmo ano apenas R\$ 357.200.572,00, devido a contingenciamentos e inconsistência, atraso ou falha na execução dos projetos submetidos pelos entes federados (BRASIL, 2015, p. 50)

Sobre esse último ponto, é preciso entender que para um ente federado acessar as verbas do fundo é necessário celebrar convênio com a União para execução dos projetos elaborados e submetidos por ele ao DEPEN.

Por fim, afirmou a existência de falta de vontade política tanto da União, como dos Estados em sair da inércia para promover melhorias no desestruturado sistema carcerário brasileiro.

### 4.3 Os votos dos demais Ministros

Considerando que o Tribunal decidiu por unanimidade e nos termos do voto do relator dar provimento ao Recurso Extraordinário 592.581/RS será analisado apenas as principais observações sobre o tema feitas pelos demais ministros, a fim de evitar a repetição de argumentos citados anteriormente.

#### 4.3.1 Voto do Ministro Fachin

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin destacou que não cabe ao Poder Judiciário substituir o legislador ou gestor, porém ele deve garantir a efetivação de direitos fundamentais, promovendo a democracia ao dar visibilidade a interesses que seriam ignorados pela vida pública diária. Isso porque, uma compreensão tradicional sobre a separação de poderes em que o Judiciário é totalmente inerte às escolhas do Executivo e Legislativo demonstraria uma limitada noção de democracia, pois as decisões majoritárias dos representantes do povo seriam inquestionáveis, permitindo a violação sistemática de direitos fundamentais de minorias.

Além disso, caso as políticas públicas sejam insuficientes para dar concretude aos direitos fundamentais, o Judiciário deverá atuar para garantir que elas satisfaçam o direito tido como pressuposto para uma existência digna. Sob esse ângulo, o Min. Fachin explica que:

A agenda de políticas públicas nasce de pesquisa realizada no seio do grupo social e da definição das prioridades, a partir dos recursos financeiros existentes. Todavia, o não atendimento dessas necessidades coletivas pelos demais Poderes autoriza a atuação do Poder Judiciário no sentido de tornar efetiva a proteção aos direitos fundamentais (BRASIL, 2015, p. 86)

E complementa afirmando que “é preciso manter uma íntima ligação entre a Constituição e as circunstâncias sociais que se mantêm em constante mutação” (BRASIL, 2015, p. 86).

Acrescenta que não há sentido prever um direito fundamental se ele não puder ser tutelado pelo Estado, principalmente quando está expresso pela legislação vigente. Por essa razão, pontua que estariam corretos os autores que afirmam a



unicidade do poder e sua repartição em três funções (executiva, legislativa e judiciária) como meio para otimizar resultados.

Ressalta que não há nenhuma regra que proíba um Poder de agir para tutelar direitos fundamentais em uma ordem normativa, divergindo apenas quanto a forma de exercício dessa tutela. Na verdade, a proibição seria para que um dos poderes não se imiscua totalmente na função do outro. Tanto é assim que o sistema de freios e contrapesos pressupõe que todos os poderes tem funções típicas e atípicas, tornando efetivas as escolhas do constituinte. Nas palavras de Canela Jr.:

Não é possível a invocação do princípio da separação dos poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social. Como já ressaltado, o Poder Judiciário, durante o exercício do controle de constitucionalidade, não interfere na esfera exclusiva de atribuição das demais formas de expressão do poder estatal, porque atua exclusivamente no âmbito jurisdicional.

Por outro lado, o princípio da separação de poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado aos quais todas as formas de expressão do poder estatal estão vinculadas.

A atuação jurisdicional reflete, portanto, atividade corretiva do Estado-juiz, com o precípua propósito de atender aos objetivos estatais, mediante a satisfação integral dos direitos fundamentais sociais, fator que assegura a unidade do sistema (CANELA JR., 2011, p. 94-95)

Quanto a alegação da reserva do possível como obstáculo para realização das obras emergenciais no Albergue Estadual de Uruguaiana, o Min. Fachin assevera que:

(...) o Estado não pode se furtar a garantir, minimamente, o conteúdo normativo dos direitos especificados ao longo do Texto Constitucional e exaustivamente regulamentado pelas normas infraconstitucionais, sob pena de incorrer em ilegitimidade (BRASIL, 2015, p. 90)

Diante disso, a ausência de correspondência entre os direitos previstos na constituição e de sua efetivação pelo Estado torna o texto constitucional letra morta e esvazia o sentido da decisão política social. Logo, eventual objeção orçamentária deve ser fundada em prova expressa ou documental que justifique e demonstre a impossibilidade financeira do Estado e as razões políticas para deixar de atender a tal demanda.

Na mesma linha, afirma que a ausência de recursos no orçamento vigente não afasta a possibilidade de atendimento do direito, pois é possível a inclusão da respectiva dotação no orçamento do próximo ano, nos termos do arts. 165, § 5º e

167, I, ambos da CRFB. Isso porque, o orçamento tem apenas caráter autorizativo, não possuindo obrigatoriedade para a execução daquela dotação.

Conclui que manter-se silente com o acórdão proferido pelo TJRS ou decidir “pouco” sobre o caso não contribuíra em nada com a superação da negativa de direitos aos presos.

#### 4.3.2 Voto do Ministro Barroso

Em primeiro lugar, o Min. discorreu sobre a questão da judicialização das políticas públicas, afirmando que ela não substitui a política, a qual deve prevalecer quando conseguir atuar e produzir consensos sobre o problema.

Ressaltou que a intervenção judicial na seara do Executivo deve ocorrer em situações excepcionais, como no caso em questão, por três razões. A primeira delas é porque os presos são uma minoria invisível que não goza de direitos políticos, ou seja, incapaz de vocalizar seus interesses e pretensões. Em segundo, porque a violação de direitos no sistema prisional é um problema estrutural sistêmico, marcado pela inércia do Executivo diante de uma ampla legislação que assegura os direitos desse grupo. Nesse sentido, sustenta “(...) que o Judiciário tem a legitimidade de intervir para superar um quadro crônico, histórico, atávico de omissão do Poder Executivo nessa matéria” (BRASIL, 2015, p. 96)

Afirmou, ainda, que a legitimidade da intervenção provem do Estado não cumprir seu dever de proteção dos apenados que estão sob sua guarda por sua própria decisão.

Acrescentou que a cláusula da reserva do possível não pode funcionar como uma válvula de escape para o Estado se escusar de cumprir com obrigações nas quais ele tem o dever jurídico de atuar. Porém, destacou que essa cláusula tem dois importantes papéis: (i) assegurar o respeito aos princípios orçamentários mínimos de quem decide fazer as alocações de recursos, reforçando a ideia de responsabilidade fiscal; e (ii) funcionar como elemento de autocontenção nas matérias questionados no âmbito do Judiciário.

Além disso, o Estado ao alocar seus recursos tem a obrigação de observar as prioridades impostas pela Constituição. Desse modo, a cláusula da reserva do possível se aplica as escolhas políticas, mas não as escolhas feitas pela Constituição, ainda mais quando se tratar da preservação de aspecto mínimos do

princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, essa cláusula não é argumento suficiente para prorrogar o cumprimento de deveres que envolvam o núcleo essencial de direitos fundamentais.

Por fim, sustentou que o Executivo teria mais capacidade institucional para reformar o sistema penitenciário do que o Judiciário:

eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais (BRASIL, 2015, p. 96)

Nesse contexto, reforçou que é função típica do Executivo elaborar políticas públicas, pois tem mais capacidade técnica e legitimidade democrática para isso. Contudo, caberia ao Judiciário atuar na inércia ou omissão inconstitucional do Executivo.

Sugere como regra geral que o Judiciário determine ao Executivo a realização do diagnóstico do problema e apresente um plano adequado para resolvê-lo com eventuais cronogramas, estimativas de custo e meios para arcar com as despesas, tudo sob a fiscalização do juízo, criando, assim, um diálogo entre os poderes.

Essa forma de atuação se enquadra perfeitamente na ideia de prospectividade do processo estrutural que visa a flexibilização procedimental, especialmente da coisa julgada, para alcançar o estado ideal de coisas, por meio do acompanhamento contínuo da medida executiva e a promoção de alterações quando necessário.

Todavia, o Min. Barroso considerou o caso concreto uma exceção, por já ter sido realizado o diagnóstico do problema e uma proposta apresentada para sua resolução, que não foi cumprida pelo Executivo.

#### 4.3.3 Votos dos Ministros Celso de Mello e Rosa Weber

Em trecho aparte, o ex-Ministro Celso de Mello destacou que o caso concreto constitui típica hipótese de desvio ou excesso de execução, configurando violação

ao art. 185 da LEP<sup>13</sup>. Ressalta que em hipóteses semelhantes<sup>14</sup> o STF garantiu ao condenado o direito de permanecer em regime penal menos gravoso até que estivesse disponível vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime definido na sanção. Nesse sentido, o excesso na execução seria a expressão do inaceitável comportamento do Estado com as pessoas sob sua guarda.

Já em seu voto afirmou que a situação precária do sistema carcerário subverte a função ressocializadora da pena e que esse quadro decorreria da omissão deliberada do Estado, violando direitos fundamentais que garantem ao apenado na execução da pena a proteção contra tratamento cruel ou degradante lesivo a sua integridade física ou moral.

Frisou que a questão penitenciária é um problema de dimensão nacional, no qual há crônico inadimplemento das obrigações estatais, esvaziando dispositivos previsto na Constituição, na Lei de Execução Penal e em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas.

Por sua vez, a ex-Ministra Rosa Weber acompanhou integralmente o voto do Min. Relator, endossando que quando estão em jogo direitos fundamentais – como no caso em questão – e há uma omissão injustificada do Executivo, o Judiciário seria competente para determinar a implementação de políticas públicas garantidas pela Carta Magna.

#### 4.3.4 Votos dos Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux

O Min. Marco Aurélio lembrou apenas que no Recurso Extraordinário nº 440.028/SP, originário de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Estado de São Paulo requerendo a realização de obras em escolas públicas para viabilizar o acesso de portadores de necessidade especiais, a Primeira Turma do STF declarou a possibilidade de o Judiciário determinar medidas ao Executivo, desde que presentes os seguintes requisitos: (i) política pública de natureza constitucional; (ii) correlação entre ela e os direitos

---

<sup>13</sup> Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

<sup>14</sup> Como se observa nos Habeas Corpus 93.596/SP e 76.930/SP

fundamentais; e (iii) omissão ou prestação deficiente da Administração Pública, sem que exista justificativa socialmente aceitável.

Já o Min. Fux enfatizou a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal e que a vedação ao tratamento degradante ao preso e a proteção a sua integridade física, psíquica e moral do preso pelo Estado-custodiante seria uma especificação do núcleo da dignidade. Afinal, essa atuação jurisdicional é inerente para garantir à própria necessidade da tutela dos direitos fundamentais.

Diferenciou direitos fundamentais de direitos civis, explicando que nos últimos uma parte tem direito e a outra tem deveres, enquanto nos primeiros há uma dimensão objetiva que presume a irradiação de seus efeitos para outras relações jurídicas, exigindo instituições, procedimentos, e mecanismos para assegurar sua efetivação.

Por último, sustentou que tratando-se das condições dos presos, a vedação constitucional à tortura e ao tratamento desumano é aquela que deve ser observada quando se pensar na ideia de mínimo existencial:

#### 4.3.5 Voto da Ministra Cármen Lúcia

Em primeiro lugar, a Min. Cármen Lúcia sustentou que o Judiciário é competente para determinar a implementação de medidas necessárias para garantir os direitos constitucionais a dignidade e a integridade dos presos, citando, inclusive, o Agravo em Recurso Extraordinário 832.823 de sua relatoria, que apresentou entendimento nessa linha:

Repetição de indébito. Inadequação da via eleita. Extinção do processo sem resolução do mérito. Preclusão. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos ou a análise da legislação infraconstitucional. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido" (ARE 821.534-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 10.4.2015). "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (RE 746.740-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 16.9.2013). Nada há

a prover quanto às alegações do Agravante. 9. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, al. a, do Código de Processo Civil e art. 21 (BRASIL, 2015, *online*))

Além disso, afirmou que no Brasil existe um sério problema, pois a parte externa das cadeias é de responsabilidade do Executivo e a interna do Judiciário, já que o juiz é o responsável por determinar a prisão e acompanhar seu cumprimento.

Relatou que a construção de penitenciárias não é promovida pelo Estado, pois não angaria votos. Portanto, faltaria vontade política para melhorar as condições desse setor, descumprindo, assim, o disposto na Constituição.

Destaca que tem dúvidas se a adoção das medidas necessárias no caso seriam ou não discricionárias para garantir a integridade dos apenados como, por exemplo, o local e o número de vagas, de modo que o primeiro seria discricionário e o segundo não.

Arremata alegando que não se trata de mínimo existencial, mas de existência digna (art. 170, caput, da CRFB<sup>15</sup>) que vale para todos, sobretudo para aqueles sob custódia do Estado.

#### 4.3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Min. Gilmar Mendes começou seu voto abordando a problemática da superlotação carcerária e seus reflexos na segurança pública. Por um lado, as péssimas condições possibilitam que organizações criminosas controlem diversos setores dos presídios, influenciando a tomada de decisão dos detentos. Por outro, uma situação adequada desses estabelecimentos carcerários facilitaria o policiamento, o monitoramento do quadro geral e dificultaria o fortalecimento desses grupos criminosos.

Afirmou que a cláusula da reserva do possível não se aplica ao caso, pois o Judiciário não estaria formulando política pública, mas apenas corrigindo excessos na execução, já que é violado o art. 88, caput e parágrafo único da LEP que estabelecem, respectivamente, o local de alojamento do condenado e os itens que devem estar presentes e os requisitos de salubridade mínimos da cela.

---

<sup>15</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

Além disso, afirma que o art. 203 da LEP<sup>16</sup> prevê regras de transição para adequação dos estabelecimentos prisionais, permitindo inclusive que o Conselho Penitenciário prorrogue o prazo estabelecido para respeitar a reserva do possível, o que não foi feito.

Acrescenta que a responsabilidade pela execução da pena é competência do Poder Judiciário, cabendo a ele inspecionar os estabelecimentos prisionais, tomar as medidas necessária para adequar o seu funcionamento e até mesmo interdita-lo caso esteja em condições inadequadas (art. 66, VII e VIII, da LEP<sup>17</sup>).

Ademais, explica que não haveria violação ao princípio da separação de poderes, pois o Judiciário apenas estaria determinando que sejam tomadas medidas para estabelecer o que está previsto expressamente no texto constitucional. Portanto, no caso concreto haveriam ações ou omissões deliberadas do Executivo com o objetivo de se esquivar da política pública estabelecida pelo próprio legislador.

Assevera que a cláusula da reserva do possível não pode se tornar uma fórmula mágica para isentar o Poder Público de suas responsabilidades e de direcionar os recursos financeiros para as suas devidas finalidades. E embora ela seja pedra angular para garantir a responsabilidade fiscal, há gastos que são compulsórios e devem ser respeitados.

#### **4.4 Conclusões da análise**

Diante do exposto, constata-se que o caso “Albergue Estadual Uruguaiana” enquadra-se na categoria de processo estruturante por algumas razões. A primeira

---

<sup>16</sup> Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis. § 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei. § 2º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados. § 3º O prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos. § 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

<sup>17</sup> Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...) VII- inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII- interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; (...)

delas, é porque a demanda fundou-se em problema estrutural referente a falta de condições dignas do sistema carcerário, conforme foi enfatizado por diversos Ministros do STF. Em razão disso, o MPRS ajuizou Ação Civil Pública requerendo a reforma do estabelecimento para tornar efetiva a política pública que resguarda os presos de tratamentos degradantes ou desumanos que violem sua integridade física ou moral. Ressalta-se, que esse pedido vai de encontro com a lição de Marçal (2018, p. 25) que define como principais finalidades do processo estruturante a tutela de direitos fundamentais, a realização de uma determinada política pública ou a resolução de qualquer litígio policêntrico.

Em segundo lugar, destaca-se a atuação do MPRS que utilizou dados colhidos em seu inquérito civil, isto é, em uma fase pré-processual, para ter um diagnóstico preciso do quadro fático e requereu uma medida baseada em um plano de ação elaborado anteriormente pelo próprio Poder Executivo com um prazo para cumprimento que resultou em uma decisão estruturante.

Por sua vez, a necessidade de fiscalização da execução da ordem estabelecida na sentença revela a prospectividade característica dos processos estruturais, já que a partir de novas reavaliações da situação poderão ser determinadas medidas distintas para alcançar o estado de coisas ideal, não se esgotando a preocupação do juiz após sentença.

Por outro lado, o processo tramitou até a segunda instância como se fosse uma ação comum, seguindo a lógica bipolar na qual há a pretensão do autor e a resistência do réu. Contudo, após a admissão do Recurso Extraordinário com pedido de repercussão geral esse cenário mudou, haja vista que a União, entes federados e a OAB participaram do feito como terceiros interessados ou *amicus curiae* ilustrando a multipolaridade dos litígios estruturantes (ARENHART, 2017, p. 425)

Já na decisão proferida pelo STF foram estabelecidos alguns entendimentos importantes no âmbito dos processos estruturantes. O principal deles é a possibilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas quando o Estado for omissivo em garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Destaca-se, ainda, a sugestão do Min. Barroso que propôs uma regra geral, na qual o juiz determinaria em sua decisão um prazo para o Executivo formular um plano de ação e, posteriormente, o mesmo seria discutido e fiscalizado sob *judice* fortalecendo um diálogo institucional entre poderes para solução de litígios complexos.



Além disso, a elaboração de tese de repercussão geral nessa seara temática possibilitará que em processos semelhantes o Poder Judiciário obrigue o Executivo a implementar reformas nos estabelecimentos carcerários para cumprir o seu dever constitucional de respeitar o núcleo essencial do princípio da dignidade humana dos detentos, colaborando com o combate dessa problemática sistêmica. Nesse sentido, Arenhart pontua que:

O fundamental, em relação às decisões estruturais, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. Por isso, seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirige exatamente à reestruturação dessa relação burocrática, de modo a alterar substancialmente a forma como as interações sociais se travam. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado (ARENHART, 2013, p. 14).

Embora a decisão demonstre um progresso no âmbito dos direitos dos detentos, ela não se enquadra totalmente nos fins das decisões estruturantes, pois não é capaz de promover uma reforma total e continua dos presídios sem que haja o ajuizamento de novas ações.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A influência do modelo clássico no ordenamento jurídico brasileiro faz com que os litígios complexos sejam tratados de forma bipolarizada, seja no âmbito da tutela individual em que a solução do conflito se resume a lógica do “vencedor leva tudo”, como na coletiva onde a principal diferença processual é a presença de um legitimado extraordinário representando o polo ativo, gerando uma série de problemas para prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

Ocorre que essa forma de tratamento desconsidera características essenciais dos litígios complexos como o policentrismo que é marcado por diversos centros de interesses interligados, demandando uma maior representatividade.

Além disso, a rigidez procedimental não é compatível com a dinamicidade desses litígios, manifestando-se, principalmente, por meio das estabilizações processuais. Basta lembrar as limitações impostas pelo princípio da demanda que impõe ao autor a fixação do objeto da demanda no ajuizamento da ação. Entretanto, muitas vezes, não se sabe ao certo quais serão as medidas necessárias para fazer cessar a violação de direitos, em razão da ausência de informações nesse momento inicial. E esse problema também se reflete na fase de cumprimento da sentença, pois a imutabilidade da coisa julgada não permite que sejam feitas alterações na decisão transitada em julgado, impossibilitando a formulação de um plano dinâmico que se adeque as mudanças que ocorrerem nessa etapa.

Desse modo, esse arquétipo produz decisões judiciais focadas apenas em fornecer o remédio imediato para a solução do problema, desconsiderando suas causas. Tal medida assume caráter paliativo, podendo causar efeitos colaterais ainda piores do que o próprio problema, descredibilizando a atuação do Judiciário e agravando a crise de legitimidade vivenciada por esse poder.

Diante disso, o presente trabalho defendeu o modelo processual estruturante como alternativa mais adequada para tratar litígios complexos, pois rompe com a lógica bilateral e concentra-se na reestruturação de órgãos públicos ou privados que violem direitos fundamentais para garantir aos interessados uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Todavia, não há nenhuma disposição expressa sobre o tema no Código de Processo Civil, demandando questionamentos sobre a possibilidade de uso dos seus instrumentos e mecanismos. Nessa verificação, obteve-se uma resposta

positiva, uma vez que existem diversos dispositivos que podem ser interpretados dessa forma para se adequar ao caso concreto.

Posteriormente, buscou-se analisar como o Poder Judiciário soluciona processos complexos, a partir do caso “Albergue Estadual de Uruguaiana”, devido ao seu alto grau de complexidade e conflituosidade, ilustrado pelo problema estrutural referente as péssimas condições do sistema carcerário, a multipolaridade que se acentuou após a admissão de mais de quinze novas partes como *amicus curiae* e a problemática da intervenção do Judiciário nas políticas públicas.

Conclui-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão parcialmente estruturante, pois seguiu a lógica bipolar elaborando uma medida específica para determinada situação em vez de optar por uma decisão-plano a longo prazo que busque combater a raiz do problema estrutural, isto é, as péssimas condições do sistema carcerário nacional.

Em contrapartida, ao elaborar o Tema de Repercussão Geral 220, os impactos da decisão se alastraram por casos semelhantes, possibilitando que o Poder Judiciário determine algumas melhorias em distintos estabelecimentos prisionais em estado degradante, demonstrando o aspecto prospectivo presente no processo estruturante e sua maior efetividade para lidar com litígios complexos.

Acrescenta-se que durante a tramitação do caso vários interessados se manifestaram, como, por exemplo, a OAB demonstrando distintas opiniões sobre o tema e colaborando com novas ideias para o deslinde da causa. Tal aspecto, ilustra a multipolaridade que vigorava no caso e também a condução do procedimento pelo STF sem que houvesse grande tumulto processual, permitindo, assim, uma ampla participação dos sujeitos e um contraditório efetivo.

Ademais, a Corte entendeu que, caso haja provocação, é possível a intervenção judicial em políticas públicas, desde que a omissão ou ação estatal viole direitos fundamentais, demonstrando, assim, a prevalência destes últimos. Paralelamente, afirmou-se que a cláusula da reserva do possível não é uma válvula de escape para o Estado não cumprir suas obrigações constitucionais.

Apesar do caso não ser plenamente estruturante, uma vez que não contou com características vitais como a flexibilização procedimental, ficou evidente que mesmo em menor grau o modelo de processo estruturante tutela de forma mais adequada e eficiente litígios complexos possibilitando a solução de problemas por uma via coletiva, diferentemente do modelo processual clássico que trabalha como

uma lógica atomizada, colaborando para o “abarroamento” do Poder Judiciário e para decisões contraditórias.

Todavia, a ausência de disposições normativas expressas sobre o tema ainda leva à muitos questionamentos que dificultam o estabelecimento de padrões para lidar os diferentes casos com que o Poder Judiciário se depara.

Dessa forma, é necessário discutir uma série de questões envolvendo seus mecanismos para estabelecer padrões de atuação para os Tribunais diante desses casos e aperfeiçoar esse modelo processual.

## REFERÊNCIAS

- ARENHART, S. C. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 661-677, mar. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/MyncqMv7F6pGjLsM6pMx7Nb/?la>. Acesso em: 4 abr. 2024
- ARENHART, S. C. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n 1000, p. 451-464, fev. 2019.
- ARENHART, S. C. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n; 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARENHART, S. C. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, S. C; JOBIM, M. F. (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448.
- ARENHART, S. C. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo, v. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.
- ARENHART, S. C. Reflexões sobre o princípio da demanda. *In*: FUX, L.; NERY JR. N.; WAMBIER, T. C. A. A. (org.). **Processo e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603.
- BARROSO, L. R. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum 2018. 290 p.
- BASTOS, F. R. Do microssistema da tutela coletiva e a sua interação com o CPC/2015. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 68, p. 57-132, abr./jun. 2018.
- BAUERMAN, D. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012
- BONE, Robert G. Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy between Dispute Resolution Model and Public Law Models of Litigation. **Boston University Law Review**, v. 75, p. 1.273-1.324, 1995.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 45/MC**. Rel. Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 29/04/2004. Decisão monocrática. Diário de Justiça do dia 04/05/2004. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ARE%20832.823&sort=score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ARE%20832.823&sort=score&sortBy=desc). Acesso em: 5 mai. 2024.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 832.823**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 24/06/2015. Decisão Monocrática. Diário de Justiça do dia: 03/08/2015.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPECA.ASP?ID=307137347&ext=.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2024

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016, 496 p. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 122, n. 135, p. 10227, 13 jul. 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 4 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 1. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/584917/publicacao/15633703>. Acesso em: 4 abr. 2024

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 123, n. 140, p. 10649, 25 jul. 1985. Disponível em: [Lei 7.347 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/leis/l7347). Acesso em: 4 abr. 2024

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 176, p. 1-30, 12 set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 4 abr. 2024

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2024.

BRASIL. Secretária Nacional de Políticas Penais. **Presídio Central de Porto Alegre, Penitenciária de Alta Segurança de Charqueadas, Penitenciária Estadual de Jacuí e Casa do Albergado Padre Pio Buck, Relatório de visitas de inspeção**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnppc/relatorios-de-inspecao/2009/3%20-%20RELATORIO%20DE%20INSPECAO%20EM%20ESTABELECIMENTO%20PENAL%20DO%20RIO%20GRANDE%20DO%20SUL-RS.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-Corpus n. 94.163**. Rel. Min. Carlos Britto. Data de julgamento: 02/12/2008. Primeira Turma. Diário de Justiça do dia: 23/10/2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2094163%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 5 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 592.581**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 13/08/2015. Tribunal Pleno. Diário de Justiça do dia 01/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 6 mai. 2024.

CABRAL, A. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

CABRAL, A. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, A. Os efeitos processuais da audiência pública. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 199-213, abr./jun. 2006.

CAMPOS, C. A. D. A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 335 p.

CANELA JR, O. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 193 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1214 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 1, p. 55-66, jun. 1994.

CHAYES, A. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, mai. 1976. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr89&div=68&id=&page=> Acesso: 1 abr. 2024.

DIDIER JR, F; ZANETI JR, H; OLIVEIRA, R. A. D. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 303, n. 81 p. 45-81, mai. 2020.

DIDIER JR. F; ZANETI JR, H. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: Aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016.

DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. 879 p.

DIDIER, JR., F; BRAGA, P. S; OLIVEIRA, R. A. D. **Curso de direito processual civil - teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. 640 p.

DOMINGOS, P. L. A. **Processos Estruturantes no Brasil: Origem, Conceito e Desenvolvimento**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –

Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: [https://estudogeral.uc.pt/nbitstream/10316/109661/1/Pedro-Domingos\\_Dissertaçao.pdf](https://estudogeral.uc.pt/nbitstream/10316/109661/1/Pedro-Domingos_Dissertaçao.pdf). Acesso em: 4 abr. 2024

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. 213 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>. Acesso em: 1 abr. 2024

FISS, O. As formas de justiça. *In*: Trad. Silva, D. P. G. D; Medeiros, M. D; Salles, C. A. D (org.) **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. 351 p.

FISS, O. M.; RESNIK, J. **Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure**. Nova Iorque: Foundation Press, 2003

FISS, O. Two Models of Adjudication. *In*: GOLDWIN, R. A.; SCHAMBRA, W. A.; **How Does the Constitution Secure Rights?** American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985, cap. 3, p. 36-49

FISS, O. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. Disponível em: [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The\\_Forms\\_of\\_Justice.pdf?sequence=2](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2). Acesso em: 1 abr. 2024.

GAJARDONI, F. D. F. O processo coletivo refém do individualismo. *In*: ZANETI JR., H.; DIDIER JR., F.; **Coleção repercussões do novo CPC: processo coletivo**, ed. 8. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 133-156

GIDI, A. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

GRINOVER, A. P. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 79, p. 283-307, jan./dez. 1984. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>. Acesso em: 4 abr. 2024.

JOBIM, M. F. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. *In*: ZANETI JR.; H. (coord.); GAVRONSKI, A. M. (et al.) **Repercussões do novo CPC – processo coletivo**. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 215-233

JOBIM, M. F.; ROCHA, M. H. Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education. *In*: ARENHART, S. C; JOBIM, M. F. (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 563 582.

LUNARDI, T. A. P. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. 2018. 229 f. Tese (Doutorado em Direito da Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/58147>. Acesso em: 4 abr. 2024.



MAIA, C. N *et al* (org.). **História das prisões no Brasil (Volume I)**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro**. 2018. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9435>. Acesso em: 1 abr. 2024

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D.; **Novo curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 3v

MINISTÉRIO PÚBLICO. **Dados inéditos do CNMP sobre sistema prisional**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013. Disponível em: [Dados inéditos do CNMP sobre sistema prisional - Conselho Nacional do Ministério Público](#). Acesso em: 5 mai. 2024

MONTEIRO, T. M. **O processo estrutural no estado democrático de direito brasileiro: proposições a partir do caso “Bacia do Rio Formoso”**. 2021. 135 f. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2021. Disponível em: <https://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/3681>. Acesso em: 4 abr. 2024

MOREIRA, J. C. B. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

NAGEL, R. F. Controlling the structural injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 7, n. 2, p. 395-411, 1984

NEVES, D. A. A. **Manual de Processo Coletivo - Volume Único**. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024. 576 p.

PICOLI, B. D. L. **Processo estrutural**. 2018. 110 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://acer.vodigital.ufpr.br/handle/1884/56148>. Acesso em: 1 abr. 2024

PINTO, Henrique Alves. **O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 264 p.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação n. 70022363717**. Data de Julgamento: 27/02/2008. Vigésima Primeira Câmara Cível da Comarca de Uruguaiana. Diário da Justiça do dia: 24/04/2008. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php). Acesso em: 5 mai. 2024

SCAFF, F. F. Sentenças aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 51, p. 79-99, jun. 2007

SHLANGER, M. Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation. **Michigan Law Review**, v. 97, n. 6, p. 1.994-2.036, 1999.

- SILVA, J. A. D. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1027 p.
- SILVA, O. B. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p.
- STURM, S. P. A Normative Theory of Public Law Remedies. **The Georgetown Law Journal**, v. 79, p. 1.355-1.446, 1991.
- TEMER, S. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 279 p.
- VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 502 p.
- VIOLIN, J. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 501-550
- VIOLIN, J. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. 256 f. 2019. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66023> Acesso em: 24 abr. 2024
- VITORELLI, E. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018
- VITORELLI, E. Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (org.). **Processos estruturais**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 369-422.
- VITORELLI, E. **O devido processo legal coletivo: Dos direitos aos litígios coletivos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 637 p.
- VITORELLI, E. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 710 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) -Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40822>. Acesso em: 24 abr. 2024
- VITORELLI, E. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 248, p. 209-250, out. 2015.
- VITORELLI, E. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista de Interés Público**, [S. l.], n. 4, mai. 2020. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/9955>. Acesso em: 4 abr. 2024.
- ZANETI JR, H.; BORGES, O. F.; CARDOSO, J. P. Os casos repetitivos no Brasil: Notas sobre a agregação de litígios no processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/15. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 7, p. 225-246, jan./jun. 2018.